

SOBRE LA CONVENIENCIA DE ADMITIR Y REGULAR LOS ACUERDOS PREMARITALES Y MARITALES

ON THE CONVENIENCE OF ADMITTING AND REGULATING PREMARITAL AND MARITAL AGREEMENTS

Yuri Vega Mere*

**Universidad Católica Santa María y
Universidad Antonio Ruiz de Montoya**

Nothing much has changed in the Law of Family in Peru. The main doctrine argues that it is not possible to make agreements between spouses on non-economic aspects of their relationships or their duties with their children, even when they could make decisions in a more convenient way.

In the article, the author argues that it is desirable to relax the rules on agreements between spouses or prospective spouses to regulate their rights during marriage or the benefits and obligations of each one in case they end their marriage. In that way, the author alludes to the figures of prenuptial and marital agreements present in American reality.

KEY WORDS: *Marriage; intending spouses; property regime; prenuptial agreement; marital agreement.*

Poco ha cambiado en el Derecho de Familia en el Perú. La doctrina mayoritaria sostiene que no es posible realizar acuerdos entre esposos sobre aspectos no patrimoniales de sus relaciones o de sus deberes ante los hijos, aun cuando se podrían adoptar decisiones de una forma más conveniente.

En el artículo, el autor sostiene que es conveniente flexibilizar las normas sobre los acuerdos entre futuros cónyuges o esposos para regular sus derechos durante el matrimonio o los beneficios y obligaciones de cada uno de ellos en caso concluya la unión matrimonial por cualquier razón. Para ello, hace alusión a las figuras de los acuerdos premaritales y maritales presentes en la realidad estadounidense.

PALABRAS CLAVE: *Matrimonio; contrayentes; régimen patrimonial; acuerdo premarital; acuerdo marital.*

* Abogado. Profesor de Derecho Civil en la Universidad Antonio Ruiz de Montoya. Profesor Honorario de la Universidad Católica Santa María. Ex asesor del Ministerio de Justicia. Ex Presidente del Consejo de Supervigilancia de Fundaciones. Ex asesor de la Comisión de Reforma del Código Civil. Ex miembro de la Comisión encargada de la elaboración del Código de Consumo. Socio Senior del Estudio Muñiz, Ramírez, Pérez-Taiman & Olaya Abogados. Contacto: yvega@munizlaw.com.

I. INTRODUCCIÓN

Al escribir estas líneas, intuyo que algunas de las ideas que expondré motivarán diferentes reacciones, favorables y adversas. Estas últimas no serán razón para no llevar a cabo la tarea.

Quizá lo primero que deba señalar es que nuestra mejor doctrina sobre Derecho de Familia¹ no plantea ningún nivel de reforma al actual régimen patrimonial del matrimonio.

Nuestra doctrina es clara en explicar que los futuros esposos o los contrayentes gozan de la libertad para elegir un régimen patrimonial u otro, es decir, el de la sociedad de gananciales o el de separación de patrimonios, teniendo en cuenta que el primero se aplica como régimen legal en caso de no existir un acuerdo en contrario de los mismos interesados.

No he encontrado opinión favorable para acuerdos entre esposos sobre aspectos no patrimoniales de sus relaciones o de sus deberes ante los hijos que, desde mi punto de vista, no podrían ser considerados como inválidos o ser privados de eficacia por no contar con ningún tipo de referencia normativa. Y creo que estos convenios bien podrían regular de una manera ordenada y conveniente algunas de las decisiones que los cónyuges podrían adoptar.

Así, y sólo a título de ejemplo, no encuentro impedimento para que se pacte, entre otros aspectos:

- a) La asunción de las obligaciones de uno de los cónyuges de sostener el hogar familia mientras el otro sigue estudios universitarios sin perjuicio de abordarse asuntos complementarios de otra naturaleza cuyos alcances puedan ser definidos por la pareja —elegir el centro de estudios, su ubicación, etcétera.
- b) Los lugares en los cuales se puede elegir el lugar de residencia familiar.
- c) El tipo de educación que se planea dar u ofrecer a los hijos —tema no del todo libre de polémica.
- d) Los viajes que la familia pueda tener pensado en época de vacaciones.

- e) La distribución de tareas domésticas.
- f) Las ocasiones en que la pareja planifica tener intimidad. Sin llegar a las excen-tricidades como lo fue el caso del acuerdo suscrito por la actriz Jennifer López y su ex pareja Ben Affleck, con quien nunca se casó; etcétera.

No niego que algunos de estos pactos pueden tener una consecuencia o implicancia económica, pero no necesariamente será así en todos los casos, en tanto que en algunos otros se comprende aristas patrimoniales y personales.

Una usual respuesta que revela la resistencia a mayores espacios de **contractualización** de los acuerdos entre futuros esposos viene dada por aquella que señala que los únicos aspectos que pueden ser objeto de convenios entre los cónyuges son materias o derechos de libre disposición. Y tales no son otros que los de contenido patrimonial. La aseveración pasa por alto, como es claro, que existen tópicos que tienen una coloración mixta o, para ser más claro, que involucran matices económicos y no económicos. Pero, aun así, la resistencia es férrea y mucho más cerrada en el caso de abordarse capítulos no crematísticos.

Si de allí damos el salto hacia los acuerdos de separación convencional y ulterior divorcio que se asemejan a los *marital settlement agreements* del Derecho estadounidense, regulados por la Ley 29227 (Ley que regula el Procedimiento No Contencioso de la Separación Convencional y Divorcio Ulterior en las Municipalidades y Notarías), advertimos que la defensa que suele esgrimirse para impedir los convenios sobre algunas materias no patrimoniales se derrumba.

Tanto es así que el artículo 4 de la Ley en cuestión exige a los cónyuges que buscan la separación convencional: (i) No tener hijos menores de edad o mayores con incapacidad, o de tenerlos, contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a ley, respecto de los regímenes del ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y de visitas de los hijos menores de edad y/o hijos mayores con incapaci-

¹ Sin ánimo de ser excluyente, me parece que la doctrina más autorizada sobre este tema está representada por los trabajos escritos por Alex Plácido y Enrique Varsi. Ver: PLÁCIDO, Alex. "Los regímenes patrimoniales del matrimonio". Lima: Gaceta Jurídica. 2001; y VARSÍ, Enrique. "Tratado de Derecho de Familia". Tomo III. Lima: Gaceta Jurídica. 2012. pp. 11-285. También es recomendable la obra de Benjamín Aguilar. Ver: AGUILAR, Benjamín. "Derecho de Familia". Lima: Ediciones Legales. 2013.

dad; y, (ii) carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales, o si los hubiera, contar con un acuerdo de sustitución o liquidación del mencionado régimen patrimonial.

Si se analiza con cuidado los requisitos de dicha ley y reparamos en que, además de haberse liquidado la sociedad de gananciales, debe haber un régimen definido para el ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y de visitas de los hijos menores de edad y/o hijos mayores con incapacidad, es fácil advertir que todos estos aspectos no patrimoniales —con excepción de la pensión alimenticia— pueden provenir de una sentencia o de un acuerdo conciliatorio alcanzado entre los esposos en trance de divorciarse. Y la pregunta que inmediatamente surge de esa constatación es si acaso podemos negarnos a reconocer que la ley ha favorecido los pactos entre los aún cónyuges para evitar una mayor crisis derivada del fracaso del matrimonio, abriendo espacios para contractualizar —o hacer efectiva la cultura de la conciliación— materias que siempre fueron reservadas a la competencia de los jueces.

Es más, en los procesos judiciales en los que se persigue el divorcio por mutuo disenso, los interesados formulan una propuesta de convenio al juez en la que se detallaban los mismos puntos que hoy pueden ser objeto de conciliación. La gran diferencia, en todo caso, es que hoy en día esos acuerdos se pueden lograr ante conciliadores que no ejercen función jurisdiccional en fueros que propician y albergan nuevos espacios para el ejercicio de la autonomía privada y que, en lo sustancial, fomentan la solución no judicial de posibles conflictos familiares.

Debido a ello, y a otras razones que pasaré a comentar, me muestro partidario a la conveniencia de flexibilizar y enriquecer las normas sobre los acuerdos entre futuros cónyuges o esposos para regular sus derechos durante el matrimonio o sobre los beneficios y obligaciones de cada uno de ellos en caso concluya la unión matrimonial por cualquier razón. Resulta paradójico que el orden legal se muestre complaciente con los acuerdos de separación y no con aquellos que deseen celebrar los esposos o pretendientes a ese estatus.

Sin duda hay una explicación racional, y es que la posibilidad de recurrir a esos convenios —es decir, a los *marital settlement agreements* o *separation agreements*— coadyuva al cierre de una crisis matrimonial y evita o disminuye los niveles de litigio judicial. Sin embargo, me parece que ese mismo resultado se podría lograr con la celebración de acuerdos premaritales o maritales que aborden las mismas cuestiones, sin perjuicio de extender su manto a materias no patrimoniales.

Nuestra legislación es fiel a la tradición del Civil Law. Lo que no puedo llegar a entender ni a mensurar es cuáles podrían ser las razones para mantener acotado el campo de actuación de los futuros esposos o de los cónyuges a la elección del régimen patrimonial si la relación entre ellos es igualmente proficua en otras facetas que bien podrían anticiparse o regularse en aquellos convenio, según su mejor juicio.

Tampoco llego a entender por qué sentiríamos temor al permitir que esos acuerdos premaritales y maritales permitan a los interesados renunciar a determinados derechos de orden económico que les correspondería al terminar el matrimonio, por *default*, en caso de no mediar tales pactos con alcances diferentes. Y me anticipo a adivinar que la respuesta que se dará es que un cónyuge podría abusar del otro. Y ello me parece un punto de partida erróneo, pues ¿Acaso los actuales acuerdos de separación de patrimonios, especialmente cuando se sustituye el régimen de gananciales, están sujetos a algún escrutinio judicial o a reglas de aritmética? No nos engañemos. El espacio de libertad del cual gozan los esposos en la elección del régimen de bienes —más que los futuros contrayentes que aún no han adquirido nada— es vasto.

No sólo no hay control; tampoco existen *leading cases* sobre el asunto ni estadísticas de procesos en los que se cuestione lo que los esposos deciden a su libre albedrío.

Por otro lado, tampoco nos es extraño que haya una regla, alojada al interior del Código Civil, que prevé la cesación de la obligación alimenticia entre marido y mujer al disolverse el vínculo conyugal². Un acuerdo premarital

² Segundo párrafo del artículo 350 del Código Civil de 1984. No paso por alto que el mismo artículo en cuestión señala que, si se declara el divorcio por culpa de uno de los cónyuges y el otro careciere de bienes propios o de gananciales suficientes, o estuviere imposibilitado de trabajar o de subvenir a sus necesidades por otro medio, el juez le asignará una pensión alimenticia no mayor de la tercera parte de la renta de aquél. Si el alimentista contrae nuevas nupcias, cesa ese deber de asistencia al igual que cuando desaparece el estado de necesidad, en cuyo caso quien estuvo obligado puede demandar, en su caso, el reembolso.

o marital que determine modifique o extinga cualquier expectativa de uno de los esposos en caso de terminación del matrimonio no parece pasible de un juicio descalificador *a priori*.

Con el ánimo de poder fundamentar la conveniencia de la admisión de tales acuerdos, me valdré de la experiencia registrada en los Estados Unidos de América, sin perjuicio de hacer las advertencias y precisiones allí donde resulte del todo necesario dada la incursión en un sistema que pertenece al Common Law.

II. APROXIMACIÓN A LA EXPERIENCIA LEGAL DE LOS ESTADOS UNIDOS

A. El antiguo Common Law y el principio de Cobertura. Excepciones.

Históricamente, el Derecho de los Estados Unidos tuvo como su principal fuente al Derecho inglés. Más allá del desarrollo que cada colonia tuvo desde su fundación y luego de la revolución, al menos hasta una buena parte del siglo XX prevalecieron algunos conceptos y reglas que provinieron del antiguo Derecho inglés.

Entre aquellas tradiciones se encontraba una regla que explicaba que, por el matrimonio, el hombre y la mujer se convertían en uno solo, en una unidad. La mujer quedaba bajo el manto protector del varón —el llamado principio de cobertura— y, como consecuencia de ello, la mujer sufría —en contrapartida— una serie de limitaciones y privaciones que anulaban,

en no pocos casos, su capacidad para contratar y actuar sin intervención de su marido³. Esta unificación haría imposible identificar a dos partes y, por ello, la contratación entre esposos quedaba descartada. Esta misma consecuencia fue heredada por el Derecho estadounidense⁴.

Producto de ello, los bienes muebles de la mujer pasaban a formar parte de la posesión del esposo —que inclusive podía disponer de ellos— y los predios —*estates*— quedaban sujetos al goce del marido, quien hacía suyas las rentas y provechos. La mujer tampoco podía contratar con terceros sin la participación del consorte ni ser demandada o actuar como parte demandante en un proceso sin el concurso del cónyuge. A cambio de ello, el varón debía mantener a la mujer y cubrir sus deudas. Las reglas venían impuestas por el sistema. Si bien el matrimonio se originaba en un acuerdo, no podía terminar por esa misma vía ni ser controlado en sus efectos por los actores del mismo. Todo lo determinaba la ley, por ser considerado una institución pública⁵ que, además, tenía una fuerte coloración de raíz históricamente religiosa.

Todas estas enormes y agudas limitaciones, sin embargo, fueron morigeradas en la jurisdicción de la *Equity*, dentro de la cual se reconoció el derecho de la mujer a gozar de determinados bienes libremente —*as a femme sole*— a través de un *trustee* que, sin ser extraño, podía ser el marido si no mantenía ningún interés en la propiedad —*separate estate*. También en

³ William Blackstone decía que: "By marriage, the husband and wife are one person in law: That is, the very being or legal existence of the woman is suspended during the marriage or, at least, is incorporated and consolidated into that of the husband; under whose wing, protection, an cover, she performs everything; and is thereof called in our law-french a femme-covert, faemina viro co-operta; is said to be covert-baron, or under the protection and influence of her husband, her baron, or lord; and her condition during her marriage is called her coverture. Upon this principle, of a union of person in husband and wife, depend almost all the legal rights, duties, and disabilities, that either of them acquires by the marriage". BLACKSTONE, William. "Commentaries on the Laws of England". Tomo I. Nueva York: W.E. pp. 355 - 356.

⁴ James Kent señalaba que: "The legal effects of marriage are generally deducible from the principle of the common law, by which the husband and wife are regarded as one person, and her legal existence and authority is suspended, during the continuance of the matrimonial union. From this principle it follows that, at law, no contracts can be made between the husband and wife, without the intervention of trustees; for she is considered as being *sub potestas viri*, and incapable of contracting with him; and except in special cases, within the cognizance of equity, the contracts which subsisted between them prior to the marriage, are dissolved. The wife cannot convey lands to her husband, though she may release her dower to his grantee; nor can the husband convey lands by deed directly to the wife without the intervention of a trustee. The husband may devise land, or grant a legacy to his wife, for the instrument is to take effect after his death; and by a conveyance to uses, he may create a trust in favor of his wife, and equity will decree performance of a contract by the husband with his wife, for her benefit. The general rule is that the husband becomes entitled, upon the marriage, to all the goods and chattels of wife, and to the rents and profits of her lands, and he becomes liable to pay her debts and perform her contracts". En: KENT, James. "Commentaries on American Law". Volumen II. Novena Edición. Boston: Little, Brown and Company. 1858. pp. 109-110.

⁵ LAWRENCE, Friedman y Joana GROSSMAN. "Law and the Family in 20th Century America". Princeton: "Princeton University Press. 2011. p. 60.

dicha jurisdicción se reconoció la exigibilidad de los acuerdos suscritos antes del matrimonio y por medio de los cuales el futuro esposo reconocía que la próxima contrayente gozaría de determinadas propiedades. Los obsequios del marido también eran sostenidos y protegidos⁶. Y todo ello sin afectar la obligación de mantener a la esposa⁷.

Sin embargo, para el Common Law la imposibilidad de escindir la unidad provista por el matrimonio –*unity of person*– hizo inviable la posible celebración de acuerdos premaritales o maritales –*premarital agreements* y *marital agreements*– para regular las relaciones entre las partes de manera contraria a las reglas del sistema legal.

Una excepción fue la celebración de los *ante-nuptial agreements* concluidos antes del matrimonio para asegurar a la esposa el goce de sus bienes o una porción de los bienes de su esposo durante la existencia de la **cobertura** o después de su muerte que también fueron amparados en *Chancery*, es decir, en las Cortes de *Equity*⁸. En suma, esos convenios tuvieron como propósito proteger a la mujer del avasallamiento del esposo, de su mala fortuna, o de sus vicios. Ellos usualmente provenían de los consejos de los amigos y de la advertencia de los familiares, para evitar la exposición de la esposa⁹.

A inicios de los años treinta del siglo pasado, un influyente autor como Joseph W. Madden explicaba, en oposición a las reglas del Common Law y a las excepciones plasmada por la jurisdicción de la *Equity*, que en casi todos los Estados de la unión americana, la mujer podía conservar y ser titular de bienes de toda clase adquiridos antes y durante el matrimonio, que eran asumidos legalmente como *separate property*. Decía Madden que en casi todas las jurisdicciones la mujer casada tenía, además,

derecho a disponer de sus propiedades sin la participación del marido. Los cambios se iniciaron, dice el autor, alrededor del año 1850¹⁰.

Siempre según Madden, la mujer –ya sea sobre la base de alguna antigua ley inglesa o similar *statute law* americano– adquiriría, como dote, a la muerte del esposo, una tercera parte de las tierras de este. Si el esposo moría intestado, la viuda heredaba la tercera parte de la propiedad personal del marido –la propiedad personal era diferente a la predial– si había hijos; si no los había, la mujer tomaba parte en la mitad de dichas pertenencias¹¹.

B. La aparición de la llamada *community property*

Señala Madden que el régimen de la llamada *community property* o propiedad común era desconocido en el Common Law. Fue importada a las colonias que España y Francia tuvieron en suelo norteamericano y fue abriéndose camino en algunas jurisdicciones como Luisiana, Tejas, California, Washington, Idaho, Arizona, Nevada y Nuevo México. El esquema es similar en estos lugares, pero no sin existir variaciones. De acuerdo con este régimen, la propiedad adquirida durante la cobertura por cualquiera de los cónyuges es considerada de ambos; común. Quedan exceptuadas las adquisiciones por regalos, legados, entre otros, que son considerados como *separate property*. Entran en esta última categoría los bienes con los que ya se contaba antes de las nupcias o los adquiridos por medio de otros medios calificados igualmente de *separate property*¹².

Como sostiene este mismo autor: “The general rule is that the character of the property as community or separate property is determined as of the time of its acquisition [...] The central idea of the community system is that marriage creates a partnership in property between

⁶ KENT, James. Óp. cit. pp. 152-156. En la misma línea ver: MADDEN, Joseph W. “Handbook of the Law of persons and domestic relations”. Saint Paul: West Publishing Co. 1931. pp. 99-109. Este obra es una de las obras pioneras en el Derecho de Familia de los Estados Unidos del siglo XX; más aun teniendo en cuenta la poca atención que hasta ese momento había recibido la materia de los estudiosos.

⁷ SCHOULER, JAMES. “A treatise on the Law of the domestic relations”. Volumen II. Novena Edición. Boston: Little, Brown and Company. 1858. p. 206.

⁸ Ibid. p. 264.

⁹ KENT, James. Óp. cit. pp. 158-159.

¹⁰ MADDEN, Joseph. “Handbook of the Law of persons and domestic relations”. 1931. pp. 110 - 121.

¹¹ Ibid. pp. 121 - 123.

¹² Ibid. pp. 130 - 132.

husband and wife, and that all property resulting from the labor of either or both of them, and all property vesting in either or both of them, except in the ways expressly excepted by the statute, inures to the benefit of both of them; and, though community property has not all the incidents of partnership property, it has many of them, and is commonly called 'partnership property' [...] The presumption of law is that property purchased during the existence of marriage relation, whether it is purchased in the name if both spouses or in the name of one only, is community property [...]. But the presumption may be rebutted [...]"¹³.

Este sistema trató de superar no sólo las inhabilidades que surgieron del principio de cobertura sino también, como señala el profesor Ira Mark Ellman, la tradicional orientación del Common Law por la que se trataba la propiedad adquirida por los esposos durante el matrimonio como propiedad individual, solución que se tradujo en otorgar enormes ventajas al esposo, que era quien generaba recursos y adquiría bienes, salvo en aquellos casos de adquisición de propiedad por medio de regalos, donaciones o compra a nombre de ambos¹⁴. Los alimentos, añade Ellman, eran el remedio disponible para compensar esa consecuencia en los casos de divorcio.

El régimen de la propiedad común partía de la presunción contraria aun cuando los fondos hubieran sido provistos por el esposo¹⁵.

Sin embargo, como sostiene Ellman, esta dicotomía entre ambas opciones del régimen patrimonial del matrimonio no prevalece más en los Estados Unidos de América. Todos los Estados que aplicaban las reglas del antiguo

Common Law ahora permiten a las Cortes que deciden los divorcios distribuir la propiedad sobre la base de la doctrina de la *equitable distribution*. Cinco de los ocho Estados que aplican el régimen de la propiedad común, inclusive, instruyen a sus Cortes a seguir el criterio de la **distribución equitativa y no igualitaria**. Como dice el autor citado, la doctrina de la *equitable distribution* es la dominante y sólo tres Estados se mantienen firmes en la doctrina de la *equal distribution*¹⁶.

Es más, en los Estados, las clásicas reglas del Common Law que dividen la propiedad en *marital* y en *separate property* también han sido desplazadas por las de la distribución equitativa. El único defecto de este cambio es que no dejan de existir decisiones que confunden la condición de los bienes y que al final terminan por meter todos –los propios y los comunes– en la misma olla dando a las Cortes un poder muy amplio para la distribución.

Y dado que este cambio no ha estado libre de problemas, en la formulación de leyes uniformes, como ha sido el caso de la *Uniform Marriage and Divorce Act*, propuesta por el American Law Institute [en adelante, el ALI]¹⁷, se tuvo que ofrecer a los Estados dos alternativas que seguían el sistema tradicional (Alternativa A) y el sistema la propiedad común (Alternativa B). La gran mayoría de Estados ha optado por la segunda. Empero, no en todos las jurisdicciones la aplicación de una de las alternativas ha sido químicamente pura para todos los bienes o ingresos, pues en materia de pensiones en ciertos casos se ha preferido seguir las antiguas reglas del Common Law inclusive por Estados que para otra clase de propiedades utilizan el esquema de la *community property*.

¹³ Ibid. 132 a 134.

¹⁴ ELLMAN, Ira Mark. "Marital Agreements and Private Autonomy in the United States". En SCHERPE, Jens. "Marital Agreements & Private Autonomy in Comparative Perspective". Edición Kindle. Oxford: Hart Publishing Ltd. 2002. Posición 11460 – 12660 y 11502 - 11503. Al citar la obra de Ellman en una edición Kindle, que es virtual, no necesariamente podré aludir a páginas, como ocurre con algunas publicaciones en dicho formato. Por ello me valdré del dato de la posición que es equivalente.

¹⁵ Ibid. Posición 11507.

¹⁶ Ibid. Posición 11514-11515.

¹⁷ El American Law Institute [en adelante, ALI] fue fundado en 1923 por un grupo de destacados jueces, abogados y profesores a los que se les conoció como The Committee on the Establishment of a Permanent Organization for the Improvement of the Law. Este Comité señaló, en su momento, que dos de los principales defectos del Derecho americano eran la incertidumbre y la complejidad que tenían directo reflejo en la administración de justicia. La falta de certeza (según se comenta en la presentación del ALI (<http://www.ali.org/index.cfm?fuseaction=about.creation>), provenía de la falta de consenso en los principios fundamentales del Common Law en tanto que la complejidad fue atribuida a la avasalladora diferencia entre lo resuelto por las distintas jurisdicciones de los Estados Unidos. Al crearse el ALI, su misión fue promover la clarificación y simplificación de la ley y su mejor adaptación a las necesidades sociales para asegurar una mejor administración de justicia y para incentivar el trabajo de los estudiosos y el desarrollo científico.

C. Algunas ideas sobre los alimentos

Siempre con el propósito de entender, hasta donde el esfuerzo me permita hacerlo, las particularidades de la experiencia americana, debo aludir brevemente al tópico de los alimentos –*alimony, spousal support* o *maintenance*.

No existe un régimen uniforme en los diferentes Estados, a lo cual debe sumarse el hecho de que en el país del norte prevalece, desde los años setenta, el sistema de divorcio *no fault*.

Esta última mención es importante pues, como explica Ellman, en los años de estreno del régimen del *no-fault divorce*, las Cortes creyeron que la pensión era un remedio cuyo tiempo había terminado. Esta asunción se debía a que se vivía una época de cambios y de instauración de un nuevo mundo en el que los roles de la mujer se habían ensanchado, se aspiraba al trato igualitario entre varón y mujer, asomaba la capacidad productiva femenina, etcétera, que, en conjunto, hacían insostenible la prestación de alimentos, a no ser que se tratase de una pensión de carácter **rehabilitador** –*rehabilitative alimony*– para permitir a la mujer prepararse para regresar al mercado de trabajo¹⁸. Pero la solución que se creyó adecuada no pudo ser generalizada; menos aun cuando ello podía afectar a mujeres que habían salido del mercado de trabajo por veinte años o más, tenían 45 años y no podían engancharse de nuevo en ningún empleo con facilidad, a lo que se podía sumar la ausencia de activos importantes que repartir¹⁹.

Los alimentos, hoy en día, son concedidos inclusive –como excepción– a matrimonios de poca duración cuando hay hijos que son pequeños. Es más; existe una marcada tendencia que combina o mezcla la adjudicación de la propiedad común para aterrizar en una distribución que sustituya, dentro de lo posible, una pensión de monto fijo y eventualmente una de larga duración –aunque es menos probable que esto ocurra. Esta solución sólo

será posible si hay cosas que repartir y que puedan servir de sucedáneo.

No son extraños los casos extremos, aunque afortunadamente aislados, como el querer reemplazar pensión por participar –como copropietario– en un grado académico y en las utilidades que pueda generar quien lo obtuvo, como lo decidieron las Cortes de Nueva York en el caso *O'Brien v. O'Brien*²⁰.

A ello se debe añadir la existencia de herramientas como los *compensatory spousal payments*, que tienen como finalidad buscar un re-equilibrio en la situación patrimonial de los esposos al momento de la conclusión del matrimonio, que puede cubrir y reparar los años dedicados al cuidado del hogar y de los hijos, las pérdidas de oportunidades, la pérdida de la calidad y nivel de vida luego del divorcio, los gastos realizados por uno de los esposos en beneficio del otro (por ejemplo, para educación), etcétera, sin perjuicio de que a ello se pueda sumar la recategorización de bienes que fueron excluidos de la propiedad común a fin de atribuir alguna participación a quien fue excluido y con dicha exclusión se podría producir un resultado injusto.

En suma, las decisiones sobre los alimentos no son poco importantes al momento de enjuiciar un convenio premarital o marital pues en las Cortes de aquel país no se descarta un juego entre las reglas de esta institución con las de la adjudicación de bienes.

D. Los acuerdos premaritales y maritales en los Estados Unidos. Las propuestas de Ley Uniforme de la Uniform Commission Law²¹ y del American Law Institute

1. La Uniform Premarital Agreement Act de 1983

No sólo las antiguas reglas que explicaban el principio de cobertura que hemos reseñado no favorecían los acuerdos premaritales;

¹⁸ KATZ, Sanford. "Family Law in America". Oxford University Press. 2003. p. 96.

¹⁹ Ver: ELLMAN, Ira Mark. Op. cit. Posición.

²⁰ 66 N.Y.2d 576, 489 N.E.2d 712, 498 N.Y.S.2d 743, 1985 N.Y. Sobre este famosísimo caso puede verse: ELLMAN, Ira Mark. "O'Brien v. O'Brien: A Failed Reform, Unlikely Reformers". En SINGER, Carol. "Family Law Stories". Edición Kindle Foundation Press. 2008. Posición 4304-siguientes.

²¹ The Uniform Law Commission [en adelante, ULC], antes National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, es una organización no personalizada, sin fines de lucro, establecida en 1892 que elabora o propone leyes uniformes sin valor oficial (*soft law*) para aproximar las legislaciones de las distintas jurisdicciones de los EEUU, en diferentes y muy amplias áreas. Cuenta con aproximadamente 350 comisionados

también la posibilidad cerrada de alcanzar un divorcio sobre la base de un sistema sancionatorio –basado en la culpa– y la marcada posición de los Tribunales en el sentido de que tal clase de convenios podía estimular que la parte aparentemente beneficiada con el *premarital agreement* tuviera incentivos para buscar la disolución del matrimonio, confluyeron en contra de cualquier posible admisión²².

A ello se sumaba el prejuicio que existía sobre el limitado rol de la mujer, pero que al final acabaría por ser considerado como una antigualla que impedía reconocer sus capacidades, su potencialidad, su presencia en el mercado, su autonomía, su aptitud para ser profesional, *breadwinner* y, por ende, sostén también del hogar²³.

No solo la migración a un *no-fault divorce*, sino también el abandono del principio de cobertura y la cruel pero real constatación de un incremento del número de divorcios que daban lugar a procesos que en casos extremos tuvieron una duración mayor a diez años, contribuyeron a que, entre los años ochenta y noventa se aceptara la celebración y ejecución de los acuerdos pre-maritales y maritales, respectivamente.

Sin perjuicio de las decisiones judiciales o legales de las diferentes jurisdicciones, en 1983, la entonces National Conference of Commis-

sioners on Uniform State Laws –actualmente ULC– formuló una propuesta de Ley Uniforme que fue acogida en 27 diferentes Estados de modo sucesivo, en un arco de tiempo no tan corto, y que se vio apoyada por el cambio de actitud de las Cortes al entender –de una manera contraria a lo que había ocurrido hasta entonces– que tales acuerdos no sólo permitían a los interesados diseñar u organizar su matrimonio, sino que además –al admitirlos– incentivaban ya no el divorcio, sino el matrimonio mismo, en la medida que los futuros contrayentes gozarían de un espacio de libertad en la proyección y en las decisiones de su vida como familia.

Casos como *Newman v. Newman*²⁴, *Gant v. Gant*²⁵, *Kuziemko v. Kuziemko*²⁶, pero especialmente los casos resueltos en Florida, *Posner v. Posner*²⁷ y aquellos que decidieron los Tribunales de Pennsylvania allanaron el camino para llegar a un *leading case* como lo fue *Simeone v. Simeone*²⁸.

Sin perjuicio de lo que diremos sobre la Uniform Premarital Agreement Act [en adelante, UPAA] de 1983, que no deja de ser *soft law*²⁹, por tratarse de una propuesta sin sanción estatal, en *Simeone v. Simeone*, la Suprema Corte de Pennsylvania acuñó un importante set de reglas de por qué la libertad de contratar era permitida en los acuerdos prenupciales³⁰.

que son nombrados por los gobernadores estatales. Deben ser abogados y el hecho de que los nombre un agente oficial no convierte el trabajo de la ULC en Derecho con sanción gubernamental. Por el contrario, las propuestas que alcancen luego deberán ser difundidas y promovidas por los comisionados en sus Estados para alcanzar el anhelo de legislación (*statute law*) uniforme.

²² ELLMAN, Ira Mark. Op. cit. Posición 11672. Asimismo, ver: STANDLER, Ronald. "Prenuptial and Postnuptial Contract Law in USA". p. 6. En: www.rvs2.com/dcontract.pdf.

²³ Dice Standler: "In a dissent to a contract case before the U.S. Supreme Court, in 1966, involving the freedom of a married woman in Texas to make contracts with third-parties that bind her separate property without first obtaining permission from a state court, Justice Black concluded: The Texas law of 'coverture', which was adopted by its judges and which the State's legislature has now largely abandoned, rests on the old common-law fiction that the husband and wife are one. This rule has worked out in reality to mean that though the husband and wife are one, the one is the husband. This fiction rested on what I had supposed is today a completely discredited notion that a married woman, being a female, is without capacity to make her own contracts and do her own business. I say 'discredited' reflecting on the vast number of women in the United States engaging in the professions of law, medicine, teaching, and so forth, as well as those engaged in plain old business ventures as Mrs. Yazell was. It seems at least unique to me that this Court in 1966 should exalt this archaic remnant of a primitive caste system to an honored place among the laws of the United States. *U.S. v. Yazell*, 382 U.S. 341, 361 (1966)(Black, J., dissenting)". Ver: STANDLER, Ronald. "Prenuptial and Postnuptial Contract Law in USA". p. 5.

²⁴ 653 P. 2d 728, 731, Colorado. 1982.

²⁵ 329 S.E. 2d 106, 112-13. Virginia Occidental. 1985.

²⁶ 2001, WL 1545706 at *4, Michigan. App. 2001.

²⁷ 174 So. 2d 629 Fla. Dist. Ct. App.

²⁸ 581, A.2d 162, Pa. 1990.

²⁹ Ver pie de página 22.

³⁰ STANDLER, Ronald. Op. cit. p. 22.

De acuerdo con dicha Corte, las decisiones que negaban exigibilidad a los *premarital agreements* descansaban en la creencia que las partes no tenían un mismo nivel de habilidades y que las mujeres no gozaban del conocimiento para entender la naturaleza de tales convenios. Sin embargo, la sociedad había evolucionado al punto que las mujeres no podían ser consideradas más tiempo como la parte débil del matrimonio. Al contrario, el estereotipo de la mujer como ama de casa al lado del hombre que trabaja fuera del hogar no era más un modelo vigente. Las esposas se habían convertido en generadoras de renta e ingresos. Por ello, resultaba insostenible conservar la presunción de la mujer como alguien desinformado, no cultivado, no educado y expuesto a sufrir desventajas en caso de suscribir un convenio prenupcial.

En realidad, sostuvo la mencionada Corte³¹, la mujer de nuestros días tiene una educación importante, tiene conocimientos de finanzas, de lo que significa generar ingresos y de tener activos. La condición de la mujer es igual a la del varón y no es posible mantener una visión paternalista que no se engarza con la realidad.

Por ello, la Corte Suprema de Pennsylvania entendió que negar validez a dichos acuerdos era intervenir con el derecho de las personas a hacer sus propias elecciones contractuales. Dentro de la fundamentación que formula, dicha Corte señaló: “Traditional principles of contract law provide perfectly adequate remedies where contracts are procured through fraud, misrepresentation, or duress. Consideration of other factors, such as the knowledge of the parties and the reasonableness of their bargain, is inappropriate [...] Prenuptial agreements are contracts, and, as such, should be evaluated under the same criteria as are applicable to other types of contracts”.

Claro está que no siempre todas las Cortes de las diferentes jurisdicciones tuvieron la misma orientación de dar amplia cabida a los principios y reglas de la contratación para evaluar la validez de los acuerdos prenupciales, pues la relación entre los futuros esposos o entre los cónyuges no es una relación que pueda calificarse

como la de un vínculo contractual; pero los acuerdos que suscriban –sin descuidar la especial naturaleza de un matrimonio y de las relaciones entre los padres e hijos– también podrán ser juzgados por medio de las figuras o remedios contractuales que bien pueden tutelar a las partes de la coerción, de la inducción a error, del fraude, de la inequidad al momento de celebrarse o –según veremos más adelante– de los cambios de circunstancias que acontecen con el transcurso del tiempo. Para todo ello, resultaba conveniente recurrir a tales remedios –sin apartar, llegado el caso, los principios del Derecho de Familia.

Veamos ahora qué proponía la UPAA de 1983. La UPAA es una propuesta uniforme que ofrece las bases para que los Estados determinen cómo y cuándo un *premarital agreement* debería ser exigible y ejecutado –*enforced*. Fue redactado en respuesta a un gran número de personas que deseaban casarse y continuar sus carreras fuera del hogar³² sin preocupaciones sobre futuras discusiones en torno a sus relaciones patrimoniales, en lo fundamental. Las jurisdicciones territoriales del país del norte tenían soluciones diferentes y ello generaba una profunda incertidumbre para quienes deseaban contraer matrimonio o para aquellos que pretendían su cumplimiento en una localidad diversa a aquella en la cual se celebró el acuerdo.

No sólo las personas que planeaban casarse querían tener la libertad de poder regular sus relaciones por medio de estos convenios. Especialmente, lo anhelaban aquellos que gozaban de independencia económica –la mujer en un nuevo escenario, los empresarios, etcétera– y, con mayor vehemencia, quienes pensaban contraer segundas nupcias, situación que se hizo algo bastante usual en los Estados Unidos debido a que por entonces se contaba con estadísticas que indicaban que alrededor del 50% de los matrimonios concluirían en divorcio.

Bajo esa premisa, el objetivo de la UPAA fue proveer un sentido de confianza a los interesados a fin de que supieran cuándo los acuerdos celebrados serían acogidos por las Cortes: Una buena dosis de predictibilidad.

³¹ Sin encontrarse ausentes las opiniones en el sentido que estos acuerdos podrían prolongar las diferencias entre varón y mujer. Ver la opinión del Gail Frommer Brod en: KATZ KATZ, Sanford. “Family Law in America”. Oxford University Press. 2003. p. 33.

³² CURRY, Amberlynn. “The Uniform Premarital Agreement Act and its variations throughout the States”. En: Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers 23. 2010. p. 355.

La UPAA intentó extender su manto a quienes planeaban casarse y, por tanto, no contemplaba dar protección a quienes cohabitaban sin planes de matrimonio ni alcanzaba a cubrir los acuerdos de separación³³.

Si tuviera que intentar dar una explicación de los alcances de la UPAA intentaría clasificar dichos alcances en tres aspectos básicos: (i) Cobertura; (ii) requisitos formales que deben ser satisfechos al momento de su celebración; y, (iii) requisitos sustanciales para ser ejecutados en caso de incumplimiento.

El § 3 de la UPAA (*Content*) señalaba que las partes podían pactar sobre temas como:

- a) Los derechos y obligaciones de las partes en las propiedades de cada uno de ellos adquiridos en cualquier momento.
- b) El derecho a comprar, vender, usar, cambiar, abandonar, arrendar, consumir, asignar, hipotecar, disponer o de otro modo administrar o controlar la propiedad.
- c) La disposición de la propiedad al momento de la separación, disolución del matrimonio, muerte o la ocurrencia o no ocurrencia de algún otro evento.
- d) La modificación o eliminación de la asistencia o soporte de un esposo al otro.
- e) La elaboración de un testamento o de un fideicomiso, o cualquier otro acuerdo, para llevar adelante los diferentes aspectos del acuerdo.

- f) Los derechos y la disposición del beneficio derivado de la póliza de un seguro de vida.
- g) La elección de la ley aplicable.
- h) Cualquier otro asunto incluyendo derechos personales y obligaciones que no impliquen el desconocimiento de normas de orden público.

Los derechos de un menor a la asistencia de sus padres no pueden ser afectados por un acuerdo premarital, lo que de alguna manera explica las materias que pueden ser parte del convenio en la medida que no se cause perjuicio a los hijos.

En cuanto a los requisitos formales, encontramos que el convenio debe ser escrito y firmado por ambas partes. No se necesita lo que la doctrina del Common Law denomina "*consideration*"; esto es, alguna contraprestación, pues es unánime la opinión en el sentido que basta la celebración del matrimonio (§ 2: *Formalities*).

De acuerdo con el § 6 (*Enforcement*) de la UPAA:

- a) Un acuerdo premarital no es ejecutable si la parte contra la que se exige su cumplimiento prueba que:
 - No lo celebró voluntariamente.
 - Que el acuerdo se celebró mediando desproporción (*unconscionability*)³⁴ y que antes de la celebración, dicha parte:

³³ Ibid. p. 356.

³⁴ La "*unconscionability*" es una figura nacida en la jurisdicción de la *Equity* que cuestiona un contrato o una o más cláusulas de un contrato por ser abiertamente injusta o desproporcionada al ser producto del mayor poder de negociación de una de las partes o de una estrategia que se vale de la diferencia de habilidades. Usualmente, esta figura se aprecia cuando existe falta de equivalencia (de *consideration*) y puede ser resultado del aprovechamiento derivado del fraude, del engaño, de un conocimiento mucho más sofisticado, entre otras circunstancias. La doctrina anglosajona distingue, *grosso modo*, entre *la procedural unconscionability*, que se relaciona con la forma en que se celebró un acuerdo (cuando media coerción, influencia indebida fraude, aprovechamiento del desconocimiento o de la ignorancia, etcétera.) y la substantive unconscionability que tiene relación con el contenido del acuerdo (desproporción, contrario al orden público, etc.) que se muestra injusto especialmente al momento de su ejecución. No sólo puede aparecer en los contratos por adhesión o de consumo. Hoy en día se esta figura se encuentra acogida en el Uniform Commercial Code, section 2-302 y en el Restatement (Second) of Contracts, § 208. Sobre ella puede verse: HILLMAN, Robert. "Principles of Contract Law", Thomson West, 2004, pp. 212-229; FARNSWORTH, E. Allan. "Contracts". Nueva York: Aspen Publisher. 2004. pp. 298-311; POSNER, Eric A. "Contract Law and Theory". Nueva York: Wolters Kluwer. 2011, pp. 91-100. SCHMITZ, Amy. "Embracing unconscionability's safety net function". En Alabama Law Review, Vol. 58, 1, 73. 2006. pp. 73-118; SPECTOR, Horacio. "A contractarian approach to unconscionability". En: Chicago-Kent Law Review 81. 2006. pp. 95-118. En el Derecho comparado se suele aproximar esta figura a la de la lesión, pero me parece que es mucho más rica y tiene matices similares a los del abuso de derecho así como a las cláusulas abusivas en el caso de contratos masivos o estandarizados, entre otros aspectos. Es imposible que pueda dedicar más espacio a este tema, al menos por ahora.

- (i) No recibió una justa y razonable revelación de los activos y de las obligaciones –calificadas, lato sensu, como de orden financiero– de la otra parte.
 - (ii) No renunció voluntaria y expresamente, por escrito, al derecho de conocer los activos y de las obligaciones –calificadas, lato sensu, como de orden financiero– de la otra parte, más allá de la revelación de dicha información.
 - (iii) No tuvo, o no podría haber tenido razonablemente, un conocimiento adecuado de las propiedades o de las obligaciones de la otra parte.
- b) Si alguna cláusula del acuerdo premarital modifica o elimina la asistencia de un esposo a otro y dicha modificación o eliminación determina que una de las partes resulte elegible para la asistencia pública –entiéndase seguridad social– cuando se produce la separación o la disolución del matrimonio, una Corte, no obstante lo pactado, podrá requerir a la otra parte a proveer asistencia en la medida que ello evite la asistencia pública –del gobierno.
- c) Todo asunto relativo a la posible *unconscionability* del acuerdo premarital será decidido por la Corte como un tema de derecho.

La idea central o principal es que la decisión no sólo sea libre sino, y sobre todo, informada, dado que con esta clase de acuerdos se busca un alejamiento del régimen legal que resultaría aplicable a los cónyuges en caso de no existir pacto alguno. De esa manera, las decisiones deben contar con todos los elementos de juicio, siempre a tiempo, a fin de que exista una adecuada reflexión sobre aquello que se deja de lado y aquello que en su lugar tendrá cada cual.

Como lo he comentado en diversas oportunidades, las propuestas de Leyes uniformes, o elaboradas por el American Law Institute o la Uniform Law Commission en los Estados Unidos en diferentes áreas, carecen de sanción

gubernamental (es decir, son lo que llamamos Derecho no oficial o *soft law*), pero gozan de un enorme poder persuasivo. Es más, a pesar que no tienen el carácter de normas con sanción estatal, los delegados de los diferentes Estados de la Unión nombrados por los Gobernadores luego abogarán porque tales propuestas se conviertan en ley –*statute law*– en sus jurisdicciones de origen.

La UPAA ha sido acogida y convertida en Ley en veintisiete Estados y en el Distrito de Columbia³⁵. Y, claro, como no podía ser de otra forma, no siempre la actuación o sanción responde al modelo uniforme, generándose, por ende, criterios diferentes. Miremos algunos pocos ejemplos³⁶.

California adoptó la UPAA en 1986. La regulación está comprendida en el California Family Code, secciones 1600 a 1617.38. Difiere de la UPAA con relación a aquello que puede ser objeto de un acuerdo prenupcial y cuándo puede ser ejecutado por las Cortes. Así, la modificación o eliminación de la asistencia al futuro cónyuge no es exigible si la parte afectada con ese pacto no fue asesorada y representada por un consejero legal independiente cuando se firmó el *agreement* o si dicha estipulación es considerada *unconscionable* por las Cortes cuando es objeto de ejecución judicial.

En el caso *In re the Marriage of Pendleton and Fireman*, los tribunales sostuvieron, sin embargo, que no se viola ningún orden público cuando un cónyuge renuncia al soporte del otro cuando ello se da dentro de un ámbito en el que las partes son inteligentes para entender el significado y se trata de personas que pueden velar por sí mismos y que generan ingresos y son capaces de adquirir activos que, además, han tenido asistencia legal que les explicó los alcances de sus derechos y obligaciones al momento de renunciar especialmente a los primeros.

Además, en California, debe haber una revelación total y no sólo *fair* de las propiedades y obligaciones entre las partes. Y al menos debe mediar “siete días entre la firma del convenio y la celebración del matrimonio para evitar

³⁵ Arizona, Arkansas, California, Connecticut, Delaware, Distrito de Columbia, Florida, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Maine, Montana, Nebraska, Nevada, Nuevo México, Nueva Jersey, Carolina del Norte, Dakota del Norte, Rhode Island, Dakota del Sur, Tejas, Utah, Virginia y Wisconsin.

³⁶ Las referencias de algunos Estados que siguen son extraídas del trabajo de: CURRY, Amberlynn. “The Uniform Premarital Agreement Act and its variations throughout the States”. pp. 361 y siguientes.

una inadecuada presión y permitir un tiempo de revisión y reflexión sobre sus alcances. Es decir, las exigencias a tales renunciaciones son mayores que los de la UPAA³⁷.

En Connecticut, de otro lado, desde 1995, se recogió la UPAA con algunos ajustes –dentro del Connecticut General Statutes, secciones 46b-36a a 46b-36– admitiéndose que se pueda pactar, inclusive, sobre los planes de retiro o jubilación. Además, no se puede renunciar al derecho a conocer las propiedades y obligaciones del futuro cónyuge antes de celebrar el convenio.

En el Distrito de Columbia, por otro lado, existe una regulación desde 1995 inspirada en la UPAA pero ampliando su aplicación a las parejas de personas del mismo sexo. Algo similar ocurre en Nueva Jersey desde 1988.

En Nuevo México, la actuación de la UPAA se encuentra en los *Mexico Statutes Annotated*, secciones 40-3A-1 a 40-3A-10.136, y contiene varias modificaciones con respecto al modelo de Ley Uniforme. Un cambio importante tiene relación con la modificación o eliminación de la asistencia al cónyuge, pues en la sección 40-3A-4(B) se prevé que: “A premarital agreement may not adversely affect the right of a child or spouse to support, a party’s right to child custody or visitation, a party’s choice of abode or a party’s freedom to pursue career opportunities.” Es decir, existe una mayor restricción con relación a la UPAA.

El caso de Illinois (1990) también es interesante, pues introduce como una causa de inexigibilidad del acuerdo prenupcial la figura de la *hardship* –o cambio desfavorable de circunstancias– que nosotros posiblemente trataríamos de asemejar a la doctrina de la imprevisibilidad o de la excesiva onerosidad, bajo la premisa que a la luz de las condiciones que se tuvo al momento de firmar el convenio no era posible prever razonablemente el cambio de tales circunstancias. Ello abre la posibilidad de revisar y realizar un segundo escrutinio –a *second look*– de los acuerdos premaritales, ya no sólo sobre la base del cumplimiento de los requisitos formales y de fondo al momento de

su celebración, sino de un cambio de condiciones al momento en que una de las partes persigue su ejecución ante las Cortes.

En suma, se advierte en las diversas jurisdicciones algunas modificaciones que procuran ofrecer un mayor grado de protección a las partes de un *prenuptial agreement*. A ello, sin duda, habría que añadir que aquellos Estados que no han acogido la UPAA tienen soluciones particulares que pueden ser similares o no.

2. Los Principles of the Law of family dissolution del ALI

Tras algunos años de trabajo a cargo de un grupo de expertos bajo la conducción del Profesor Ira Mark Ellman, como *Chief Reporter*, en el año 2000, se entregaron los denominados *Principles of the Law of family dissolution, Analysis and Recommendations*³⁸.

La iniciativa desborda la materia objeto de este ensayo, pues comprende temas relacionados a la custodia, la asistencia hacia los hijos –*child support*–, la distribución de los bienes adquiridos durante el matrimonio, los *compensatory spousal payments*, los acuerdos antes, durante y para concluir el matrimonio, así como una regulación específica para los *domestic partners* que no son otra cosa que aquellos que se unen sin matrimonio –cohabitación o unión de hecho en términos del Civil Law.

La parte relativa a los *Agreements* (Capítulo 7) destaca por ir más allá de la UPAA de 1983 en la medida que no sólo se ocupa de los acuerdos premaritales, sino que también extendió la propuesta de reglamentación uniforme –con algunas excepciones– a los convenios nupciales –como ocurría entonces con algunas jurisdicciones como New York– o luego de celebrado del matrimonio –durante–, sin perjuicio de incorporar algunas reglas –siempre como *soft law*– relativas a los *separation agreements*. Del mismo modo, la intención del ALI fue formular una serie de pautas que se extendieran a las parejas que planeaban vivir juntos sin casarse –*domestic partners*. A ello responde la redacción del § 7.01 de los *Principles*:

³⁷ MELCHER, Christopher. “Evaluating the enforceability of a Premarital Agreement”. En: Family Law News 31. Issue 1. 2009. pp. 5-9.

³⁸ La publicación se realizó por el American Law Institute bajo el nombre de “Principles of the Law of family dissolution, Analysis and Recommendations” publicada en Saint Paul, Minnessotta. 2002.

§ 7.02 Objective.- “The objective of this Chapter is to allow spouses, those planning to marry, and those who are or plan to become domestic partners, to accommodate their particular needs and circumstances by contractually altering or confirming the legal rights and obligations that would otherwise arise under these Principles, or other state law governing marital dissolution, subject to constraints that recognize competing policy concerns and limitations in the capacity of parties to appreciate adequately, at the time of the agreement, the impact of its terms under different life circumstances”.

Cuando uno repara en el significado de aquello que se señala en este § 7.02, se puede advertir que un convenio premarital o marital, celebrado por una pareja que quiere casarse, está casada, que quiere convivir o que convive, no necesariamente altera con su conclusión el régimen legal que sería aplicable en caso que el acuerdo no existiese. También lo puede confirmar, total o parcialmente –más allá de su utilidad cuando es total. Pero algo más: Nada obstaculiza la posibilidad de que el pacto mejore la posición de alguno de los esposos o convivientes en caso que la relación termine y se tuviera que aplicar el *legal framework* que corresponda en ausencia de una capitulación expresa.

Claro está que, de conformidad con el § 7.02, los convenios estarán supeditados a las políticas del Estado –expresadas a través de las normas de orden público o de principios, constitucionales o no– o a la apreciación de la capacidad –ya sea de entendimiento o por existir coerción, fraude o alguna otra circunstancia como la *unconscionability*– de las partes al momento de la celebración del acuerdo para evaluar el impacto del mismo.

Como bien se ha señalado en la explicación de las razones de la propuesta³⁹, los *Principles* del ALI no se han inclinado hacia ninguno de los extremos que se ha conocido ya sea en las diferentes jurisdicciones de la Unión americana o en el Derecho inglés. Las Cortes estatales americanas han oscilado, por un lado, entre la justificación de los acuerdos prenupciales y su acogida judicial por medio de las normas del Derecho de Contratos que exigen el cumpli-

miento de la palabra empeñada y la sujeción de las capitulaciones al escrutinio de los Tribunales sobre la base de los principios y normas imperativas del Derecho de Familia, por el otro. El Derecho inglés ha sido más directo: Nada sujeta a las Cortes.

El ALI toma una posición mediadora; es decir, reconoce que son aplicables los principios de la contratación –autonomía privada–, pero no renuncia a que en esta clase de convenciones se apliquen las normas y principios del Derecho de Familia, habida cuenta de la naturaleza diferente de la relación entre los cónyuges o convivientes.

Si bien la autonomía privada permite a las partes a organizar sus relaciones y anticipar posibles eventos y contingencias, planificando para ello cómo se comportarán en el futuro y cómo se distribuirán los bienes adquiridos durante el matrimonio así como si entre ellos existirá soporte o se renunciará al mismo –reglas que según el Derecho contractual deberían asumirse adecuadamente elegidas por considerarse que las partes son los mejores jueces para autorregular sus intereses–, el contexto familiar exige diferenciar esta clase de acuerdos de las transacciones comerciales.

Cuando una pareja planifica casarse o vivir juntos, no necesariamente atribuye la suficiente ponderación a la posibilidad del divorcio. Su actitud suele ser, en el caso del primer matrimonio sobre todo, demasiado optimista, por lo que usualmente asigna un riesgo igual cero a la posibilidad de divorciarse. Y si lo consideran, posiblemente el peso que le conceden es bastante menos importante que el que realmente tiene.

En un acuerdo comercial es usual que haya un uso optimizado de los recursos, que se analice y se utilice el contrato como un vehículo de distribución y asunción de riesgos, y al fin al cabo, lo que prima son los intereses en obtener el mayor beneficio al más bajo costo, inclusive en el largo plazo. En este ámbito, los cálculos y los parámetros exigen el análisis de expertos que, además, carecen de afectos y no están envueltos en una relación de un alto grado de confianza y confidencialidad⁴⁰.

³⁹ “Principles of the Law of family dissolution, Analysis and Recommendations”. pp. 1062 y siguientes.

⁴⁰ Nótese que aludo a acuerdos comerciales, con lo cual no desconozco que existen otros contratos, que no son convenios premaritales ni maritales, en los que las partes no son, ni una ni la otra, o al menos una de ellas, expertas o máximos racionalizadores de la colocación de sus recursos en los intercambios. Un buen ejemplo es el de un contrato de consumo de larga duración (por ejemplo: Tarjeta de crédito).

La ejecución de esta clase de acuerdos, en esa medida, requiere del escrutinio que evite un resultado injusto y, para ello, no sólo se respetará el *bargain principle*, es decir el respeto a las promesas formuladas; también se testeará la forma en que se alcanzó el convenio –lo que implica una revisión de la negociación– y el resultado que se derivaría en caso se ejecute a fin de evitar alguna situación de desequilibrio o injusticia. Y es aquí donde se advierte algo importante que proviene tanto de las decisiones de las Cortes, de las propuestas de la ULC como de aquellas del ALI: Si bien no se abandona el escrutinio de los *prenuptial and marital agreements* al juicio de su sostenibilidad, tomando como único parámetro la *freedom of contract*, en ese testeo se emplean tanto los remedios contractuales –*duress, fraud, misrepresentation, coercion, unconscionability, harshness*⁴¹, entre otros– como las políticas y principios de protección de los intereses familiares –*child support, custody, alimony*⁴², etcétera.

Por ello, el § 7.03 señala:

§ 7.03 General Provisions.-

- (1) “A term in an agreement is enforceable when contained in an agreement that is valid under the general requirements of contract law and under §§ 7.04 and 7.05, unless the term is unenforceable under § 7.06, § 7.07, or § 7.08.
- (2) Enforceable terms in a valid agreement prevail over any contrary provisions of law that would otherwise apply at dissolution. Unenforceable terms of an agreement do not bind the parties or the court, but a court exercising judgment under another applicable provision of law may give an unenforceable term such weight as is appropriate and equitable under that provision.
- (3) An agreement need not address all issues that arise at dissolution to be valid as to those issues it does address”.

Sin perjuicio que luego haremos una referencia a ellos, los §§ 7.04 y 7.05, los §§ 7.06, 7.07

y 7.08 de estos Principios señalan expresamente que estos acuerdos:

- a) No pueden afectar el derecho de los menores a la asistencia de sus padres;
- b) Que los pactos sobre la responsabilidad de la custodia y las decisiones de los progenitores sobre temas que atañen a los hijos no se sujetan a las reglas aplicables a estos convenios;
- c) Que tales pactos no serán ejecutables si: (i) Limitan o amplían las causas legales del divorcio; (ii) exigen o prohíben que una Corte evalúe el comportamiento conyugal en la distribución de la propiedad o en la concesión de pensiones compensatorias, salvo en los términos que la ley correspondiente provea; y, (iii) que penalicen a una de las partes por iniciar una acción legal que conduzca al divorcio a la separación legal.

Las dos reglas más interesantes son las contempladas en los §§ 7.04 y 7.05. De acuerdo con el § 7.04, los acuerdos premaritales se encuentran sujetos a un escrutinio sobre los requerimientos que deben satisfacerse al momento de su celebración. No sólo se exige que se trate de un convenio escrito; también quien pretende su cumplimiento debe probar que el consentimiento de la otra parte fue informado y libre de coerción.

La premisa es la presunción de que un acuerdo premarital satisface las exigencias mínimas –de suscripción, ausente toda clase de presiones. La presunción es rebatible, salvo que quien sostenga su conclusión libre de toda coacción pruebe que:

- a) Fue firmado al menos treinta días antes del matrimonio;
- b) Ambas partes tuvieron asesoría legal independiente y oportunidad razonable para gozar de ella antes de firmar cualquier convenio;
- c) Si bien se concluyó el convenio sin asistencia legal para cada parte, en el acuer-

⁴¹ Es decir, juzgar con remedios negociales tales convenios que en nuestro sistema serían el recurso al dolo, error, intimidación, violencia, lesión y excesiva onerosidad, entre los principales.

⁴² Es decir, los alimentos para los hijos, la custodia y las decisiones sobre los intereses de los hijos.

⁴³ “Principles of the Law of family dissolution, Analysis and Recommendations”. p. 1075.

do se ha usado un lenguaje sencillo y comprensible para un adulto de inteligencia ordinaria sin entrenamiento legal sobre: (i) La naturaleza de los derechos y pretensiones que surgirían a la disolución del matrimonio que han sido modificados y los alcances de dicha modificación; y, (ii) que ambas partes tienen conocimiento que sus intereses partes respecto del acuerdo podrían ser adversos.

Tratándose de *marital agreements*, es decir, una vez que media matrimonio, o bien en el caso de convivientes, los acuerdos pueden ser privados de eficacia dentro de un plazo de treinta días luego de suscritos. La diferencia de tratamiento con relación al plazo es debido a que los convivientes sólo podrán tener algún reclamo con el paso del tiempo en tanto que los esposos al momento de celebrar el pacto ya se encuentran sujetos al régimen legal, razón por la cual un período de reflexión *—cooling off—* resulta una medida profiláctica⁴³.

Es claro que en el caso de los *prenuptial agreements* ese período de reflexión debe ser previo al casamiento. Quizá la gran diferencia se encuentra en que en la etapa del cortejo, del enamoramiento o noviazgo *—no mediando cohabitación—* existe un mayor optimismo *—quien sabe si por asimetría informativa—* que puede sobredimensionar el entusiasmo de la pareja y, tal vez, esa sea la causa de atribuir poca importancia a las posibilidades de un fracaso.

Claro está que ello no se da en el caso de quien se casará por segunda o tercera vez y sabe que el divorcio es una posibilidad no lejana. Los estadounidenses saben perfectamente, o podrían tener una actitud menos optimista, si reparan en que el 50% de los matrimonios *—en su país—* terminan en un promedio de siete años. Esa es la tasa consolidada de las estadísticas, pero ni aun así el entusiasmo de la boda en ciernes se debilita.

En esta propuesta del ALI se prevé que en todos aquellos casos en que se limite las pretensiones de una de las partes para acceder a pensiones compensatorias o a participar en la propiedad marital, la otra parte debe probar que aquella conoció, al menos de modo aproximado, su patrimonio e ingresos o fue provista de una declaración con dicha información.

Para que se entienda que ha habido una adecuada entrega de información, se deberá acreditar, por quien quiere hacer cumplir el *agreement*, que entregó por escrito una lista de: (i) Sus activos significativos; (ii) sus rentas o ingresos por cada uno de los tres años precedentes; y, (iii) toda significativa futura adquisición o cambios en los ingresos a los cuales la parte receptora de la información tendría derecho, así como la data sobre aquellos ingresos que razonablemente esperaría tener dentro de los tres años posteriores a la celebración del convenio la parte que entregó la información.

Estos Principios no proponen una detallada revelación de los activos y renta. Sólo se requerirá un *“general knowledge”*. Es más, si las partes han vivido juntos por muchos años, y han compartido y mezclado sus finanzas, o han sido socios en negocios, ese conocimiento podía satisfacer el requerimiento de acceso a la información significativa, aunque en la mayoría de casos ello no ocurre⁴⁴.

Así como la gran mayoría de estas pautas de los *Principles* aplican al *test* que evalúa las condiciones que existieron al momento de la negociación y suscripción de estos acuerdos, el § 7.05 tiene un propósito diferente y complementario y, por el contrario, contempla una serie de recomendaciones para que la ejecución de un convenio prenupcial o marital no se traduzca en una injusticia sustancial.

Por ello, se propone que una Corte debería considerar si la ejecución de un acuerdo ocasionaría una injusticia sustancial si y sólo si la parte que se resiste a su cumplimiento muestra que ha ocurrido uno o más de los siguientes hechos:

- a) Ha pasado un plazo mayor al plazo que establezca la regla del Estado respectivo para revisar esta clase de acuerdos.
- b) Ha nacido un hijo o uno ha sido adoptado por las partes luego de haberse celebrado el convenio
- c) Ha habido un cambio de circunstancias que tienen un impacto sustancial sobre las partes o sus hijos y que no se anticiparon al momento de celebrar el convenio.

⁴⁴ Ibid. p. 1081.

La parte que alega la señalada injusticia tiene la carga de la prueba.

Cuando la Corte decida si se alcanzaría un resultado injusto, debe considerar:

- a) La magnitud de la disparidad entre el resultado derivado del acuerdo y su comparación con el resultado de la aplicación de los principios legales.
- b) Para los matrimonios de poca duración, se hará una comparación del resultado que se derivaría del cumplimiento del acuerdo con la situación en que se encontraría la parte afectada en caso que no se hubiera casado.
- c) En caso la convención se hubiera suscrito para beneficiar o proteger a terceros, si ese propósito es relevante y si los términos del pacto fueron redactados razonablemente para servir a esos fines.
- d) El impacto de la ejecución sobre los hijos de las partes.

Estas reglas del § 7.05 no tienen como finalidad recatalogar la propiedad que las partes separaron para pasar a ser propiedad marital. Todo ello se resuelve de acuerdo con propuestas reguladas en el Capítulo 4 de estos Principios —específicamente el § 4.12— en las que no me detendré.

Dado que dicho tema no es materia de este ensayo, sólo indicaré que, según el § 4.12 de los Principles of the Law of Family Dissolution del ALI, en los casos en que los matrimonios de larga duración una porción de la propiedad que se catalogó como propiedad separada —bienes propios en términos del Civil Law— se recharacterizará como propiedad conyugal a la disolución del matrimonio si el plazo del casamiento supera el plazo que establezca la correspondiente jurisdicción estatal, de acuerdo con las soluciones de cada Estado. Si bien estas otras reglas también deberían considerarse dentro de un análisis más exhaustivo, solo aplicarán en los casos de disolución del matrimonio. El propósito final es permitir que el cónyuge que se podría perjudicar participe en un monto proporcional a la duración del matrimonio sobre las propiedades y los ingresos del otro, pero siempre que se trate de matrimonios de duración prolongada.

En fin, es otro tópico que requiere mayor profundidad que una simple alusión en estas líneas sobre el cual ni nuestra doctrina ni legislación no se ha pronunciado jamás, pero que podría ser necesario tomar en cuenta cuando se separan patrimonios, bajo la premisa que luego de una prolongada aplicación de este régimen, las posiciones de ambas partes serán muy diferentes, y un divorcio podría tener una directa incidencia sobre uno de los esposos en la forma en que se acordó el régimen patrimonial.

Si regresamos al sentido del § 7.05, advertiremos que se trata de lo que hemos llamado *second look*, dado que ya no se enjuicia las condiciones en que se alcanzó un acuerdo. Se trata, más bien, de un conjunto de situaciones que denotan una variación de circunstancias que no pueden soslayarse. El nacimiento de hijos —o su adopción—, el transcurso de un tiempo prolongado cuyas consecuencias no fue posible anticipar pero que tienen un directo impacto sobre los términos de un acuerdo, son consideraciones que merecen un debido escrutinio. Esa evaluación deberá aportar luces sobre si el irrestricto respeto podrá causar una injusticia que no sea tolerable.

En el caso de matrimonios de corta duración, el estándar elegido por el ALI resulta razonable. Como no ha habido un arco de tiempo importante, sí es posible hacer la comparación entre el resultado de la ejecución del convenio y la situación que existiría de no mediar matrimonio. Es algo casi imposible si la unión se prolongó en el tiempo.

3. La nueva propuesta de Uniform Premarital and Marital Agreement Act [en adelante, la UPMAA] de 2012

Casi cuarenta años después de haberse redactado la UPAA, en el año 2012, la ULC presentó una nueva propuesta para regular tanto los convenios prenupciales como los acuerdos maritales.

La idea era dar consistencia a los interesados debido al alto rango de diferencia en los acuerdos que tienen como principal propósito modificar los derechos que corresponden a los cónyuges cuando se produce la disolución del matrimonio o la muerte de uno de ellos. Y, claro está, partiendo de la constatación de que la Uniform Premarital Agreement Act de 1983 ha tenido modificaciones en algunos de los Estados que la acogieron.

A ello se añade una marcada y asentada tendencia de admitir con mayor amplitud tales acuerdos, pero no por ello la UPAA y sus actuaciones estatales se han liberado de las críticas por ser, según algunas voces, poco protectoras. Pese a ello, la experiencia registrada muestra algún grado interesante de uniformidad.

En el caso de los acuerdos maritales, la UPMAA también los aborda debido a que la legislación estatal es escasa y ello ha creado brechas entre las diversas localidades. Este documento pretende dar el mismo tratamiento a los *prenuptial agreements* y a los *marital agreements*.

Con esta nueva propuesta, la ULC apuesta a conceder un mayor espacio de libertad para que las partes puedan elegir y definir los términos económicos de su matrimonio. Pero también existen límites que se vinculan con un adecuado proceso de formación del acuerdo, de un lado, y un mínimo de equilibrio en cuanto a los temas de fondo, de otro.

Siguiendo la huella de Illinois y de los Principles of the Law of Family Dissolution, la Sección 9 (f) permite la llamada *second look*⁴⁵ o segunda revisión de los acuerdos a la luz de las circunstancias que existen al momento de la ejecución del convenio rehusándose la misma en caso de existir una notoria dificultad o un mayor sacrificio *—hardship*.

El documento define al *Marital agreement* como “[...] [A]n agreement between spouses who intend to remain married which affirms, modifies, or waives a marital right or obligation during the marriage or at separation, marital dissolution, death of one of the spouses, or the occurrence or nonoccurrence of any other event”, y al *Premarital agreement* como “[...] [A]n agreement between individuals who intend to marry which affirms, modifies, or waives a marital right or obligation during the

marriage or at separation, marital dissolution, death of one of the spouses, or the occurrence or nonoccurrence of any other event”.

La UPMAA propone una definición de marital *right or obligation* como el nacimiento de derechos y obligaciones que surgen entre esposos debido a su estatus marital y comprende los siguientes: (i) Asistencia o socorro entre esposo; (ii) el derecho a la propiedad, incluyendo la administración y el dominio; (iii) las obligaciones por supuestos de responsabilidad; (iv) el derecho de propiedad; y, (v) las deudas por todo tipo de responsabilidad al momento de la separación, disolución del matrimonio o muerte de uno de los esposos. Esta definición es de especial importancia, pues precisamente los acuerdos prenupciales y maritales buscan afirmar, modificar u obtener renuncias a tales derechos y obligaciones. Si no se logra ninguno de estos convenios, la pareja tendrá los derechos y los deberes establecidos por el ordenamiento para los casos de separación, disolución del vínculo conyugal o muerte de uno de los consortes.

Quizá la parte que convenga glosar por la importancia que tiene dentro de esta iniciativa es la *Section 9, Enforcement*:

De acuerdo con esta Sección —y sin seguir el mismo orden en el que está expuesta—, no se podrá ejecutar un acuerdo premarital o marital si la parte contra la que se pide su ejecución forzada prueba:

- a) Que su consentimiento no fue voluntario o fue resultado de una amenaza (*duress*⁴⁶).
- b) Que no tuvo asesoría legal independiente al momento de la celebración para que le diera tiempo razonable para: (i) Decidir si retiene al abogado con el que cuenta como su asesor; (ii) localizar un

⁴⁵ La calificación la tomo de ELLMAN, Ira Mark. “Marital Agreements and Private Autonomy in the United States”. Posición 11900.

⁴⁶ Como dice el prestigioso Profesor Charles Fried, en su conocida obra “Contract as promise. A Theory of Contractual Obligation”. Harvard University Press. 1981. p. 92: Una promesa dada bajo *duress*, aunque hecha con conocimiento, no es formulada libremente. Paradigmáticamente, es una promesa inducida por la amenaza de la fuerza (a diferencia del fraude) y por ello es una promesa hecha en respuesta a una presión impropia. Por eso añade, en la página 93, que: “Duress is a vice of the making of the agreement. Moreover, the vice is not the least bit cognitive: The victim of duress is all too aware of what is happening and what will happen to him. Duress relates not to rationality or cognition but to freedom or volition. Just as contract as promise excludes obligations assumed by people who do not know what they are doing — madmen, people who do not understand the language, people laboring under mistaken assumptions, people who are too confused to understand the significance of their undertakings- so also excludes cases in which a person’s assent is not voluntary”.

abogado que le provea asesoría independiente, obtenerla y considerar aquello en lo que se le asesore.

- c) Salvo que haya tenido asesoría legal independiente al celebrarse el convenio, el acuerdo no contuvo un llamado expreso sobre la renuncia de derechos de acuerdo con el texto que propone este modelo de Ley uniforme, ni un lenguaje claro de los derechos y obligaciones modificados o a los que se ha renunciado⁴⁷.
- d) Que antes de firmar el acuerdo no tuvo acceso a la adecuada revelación de información de las finanzas de la otra parte⁴⁸.

Al igual que en el caso de la UPAA, la UPMAA también considera que si la modificación o eliminación del soporte o socorro de un esposo a otro hace a este último elegible para programas de seguridad social al momento de la separación o disolución del matrimonio, una Corte, a pedido del renunciante o perjudicado, puede requerir a la otra a proveer asistencia en la medida que evite que se evite la referida elegibilidad. Como comenté en su momento, la intención es no permitir que acuerdos privados que modifican el régimen del matrimonio termine incrementando el presupuesto de un ente gubernamental.

Quizá, como anticipé, lo más interesante es que se prevé que una Corte puede denegar la ejecución de un *prenuptial agreement* o de un *marital agreement* si uno de los términos del acuerdo, analizado de modo sistemático, es *unconscionable* al momento de la celebración o si su ejecución resultaría en una *substantial hardship* debido a un cambio material de circunstancias que surge luego de la suscripción del acuerdo.

Esta nueva propuesta de Ley Uniforme es muy reciente como para poder haber encontrado

acogida en alguna jurisdicción. Apenas ha sido objeto de propuesta en las legislaturas de Mississippi y en el Distrito de Columbia; aún no existe ninguna ley estatal que se inspire en la UPMAA.

III. ALGUNAS IDEAS FINALES

Este apretado sobrevuelo por la experiencia de los Estados Unidos podría ser de suma utilidad. Y me parece que podría concretarse en algunas ideas finales sobre la posible admisión de los acuerdos premaritales y maritales en nuestro medio.

Así, me parece que nadie duda que los futuros cónyuges o esposos pueden optar por cualquiera de los dos regímenes patrimoniales del matrimonio, el de gananciales —que aplica por defecto de pacto en contrario— o el de patrimonios separados.

También es cierto que no hay reglas expresamente previstas para sustituir un régimen por otro. Al momento de la adjudicación de los bienes gananciales a los cónyuges —sin necesidad de mediar decisión de divorcio— nada sujeta la validez o el cumplimiento del convenio a la distribución igualitaria; es decir, de un 50% de derechos y obligaciones de la sociedad de gananciales a cada cual.

En la misma línea, teniendo presente que nos encontramos ante acuerdos de orden patrimonial, nada impide que a tales convenciones les resulte de aplicación los remedios contractuales.

Sin perjuicio de los remedios contractuales, el escrutinio de la forma en que se celebró un pacto de aquella naturaleza podría hacer viable otras instituciones relacionadas con los vicios de la voluntad, que superan las fronteras del Derecho contractual. No veo óbice para ello.

⁴⁷ La advertencia que se sugiere es algo así como: "Si Ud. firma este acuerdo podría:
* Renunciar a derechos de propiedad o a controlar las cuentas de dinero y la propiedad;
** Convenir en pagar cuentas y deudas de una persona con la que se casará o con la que está casada;
*** Renunciar al dinero y a la propiedad si el matrimonio termina o la persona con la que Ud. se case muere;
**** Renunciar al derecho a que se le pague los gastos legales (por la celebración del acuerdo)".

⁴⁸ Para la UPMAA, una parte tiene adecuada revelación de las finanzas si: (i) Recibe una descripción razonablemente cuidadosa y una estimación de buena fe del valor de las propiedades, deudas e ingresos de la otra parte; (ii) renuncia expresamente, en un documento separado y por firmado, a la revelación de la información de las finanzas de la otra parte más allá de que haya tenido esa revelación; o, (iii) ha tenido adecuado conocimiento o una base razonable para tener conocimiento de la información del valor de las propiedades, deudas e ingresos de la otra parte.

La gran limitación de esos acuerdos en nuestra realidad, es decir, de los *prenuptial* y *marital agreements*, es que no pueden pronunciarse sobre la modificación o eliminación del deber de asistencia entre los esposos en la medida que se considera un derecho irrenunciable. Considero que la regla debe modificarse. Si ambos esposos o futuros contrayentes gozan de autonomía económica, son profesionales y tienen ingresos así como capacidad para incrementar sus activos, no veo por qué no se pueda renunciar anticipadamente a los alimentos. Recuérdese que estas renunciaciones, al menos en los Estados Unidos de América, están sujetas a una segunda mirada –*second look*– cuando se ejecutan, de modo que ello podría ser una regla que garantizará evitar resultados injustos al momento de la ejecución por un cambio de circunstancias.

No sólo no es objeto de estas líneas, pero en la realidad estadounidense la regulación del Derecho Sucesorio es diferente y, llegado el caso, en un convenio marital o premarital, se puede buscar la no participación del consorte en la herencia del otro. Todo ello tiene relación directa con la subsistencia –o no– de los principios y reglas que informan la legítima.

Siempre dentro de los acuerdos premaritales y maritales, –y no sin reconocer que abrumadoramente las cuestiones decididas en las Cortes del país del norte son, en lo fundamental, económicas– no encuentro impedimento alguno para que además de la regulación de las relaciones patrimoniales se pueda incorporar algunas reglas para las relaciones personales entre las partes y entre estas y terceros.

Así, la distribución de tareas domésticas y con relación a algunas actividades vinculadas a los hijos –asistir a las reuniones de los centros de aprendizaje, acompañar a los hijos a practicar algún deporte, etcétera–, regular la selección del lugar o posibles lugares de residencia, la

clase de educación para los hijos, un menú de posibles centros de enseñanza al cual concurrirán los hijos, la distribución de los ambientes del hogar, son, entre otros, algunos de los tópicos para los que se podría recurrir a tales acuerdos. Es más, inclusive los padres separados y sin intención de divorciarse estarían en condiciones de poder echar mano a ellos.

Ya sabemos, por lo demás, que todas estas cuestiones, patrimoniales o no, pueden ser objeto de acuerdos de separación, al amparo de la Ley 29227, como lo mencioné al inicio.

Es claro que la admisión de estas figuras, de ser el caso, requerirán una serie de exigencias que parecen básicas: Un contexto de libertad, información financiera y asesoramiento o conocimiento de los derechos que sanciona el orden legal a fin de compararlo con aquello que se acordaría entre las partes. Y, claro está, sin descartar el *second look* ni las restricciones cuando se afecte los intereses de los hijos o exista un cambio de circunstancia que lo aconseje pues si ello es admisible en contratos comerciales con mayor razón habría de serlo en los *prenuptial* y *marital agreements*.

Es posible que exista mucho temor al abuso si se da carta de ciudadanía a estos acuerdos. Reitero que es un punto de partida equivocado. Los abusos se pueden dar dentro del contexto del sistema legal que actualmente existe. Ningún extremo en bueno. Y en este caso, la tradición del Civil Law ni es mala ni es buena. Sólo le falta entender –en realidad, al legislador– que en otras latitudes existen herramientas a disposición de los interesados que pueden contribuir a sopesar los intereses de una manera diferente al modelo legal, imperativo o no, mandatorio o no. Y que en no pocos casos esa diferente ponderación puede ser apta para prevenir y reducir los conflictos en una materia en la que lo más recomendable es siempre los acuerdos libremente alcanzados y la conciliación.