

# NOTAS SOBRE LA VALIDEZ DE LOS PACTOS PRENUPCIALES (Y MARITALES)

## NOTES ON THE VALIDITY OF PRENUPTIAL (AND MARITAL) AGREEMENTS

**Yuri Vega Mere\***  
Universidad de Lima

*In Peru, fears persist about the reform of family law; after 40 years of the Civil Code (1984), the author persists and incorporates new reasons to agree to its 'contractualization' as a reflection of a society that is less and less willing to marry. We are faced with a regulation that prolongs the marital crisis and is counterproductive for the system itself.*

*The article uses the American experience and the initiatives of the Uniform Law Commission or the American Law Institute to demonstrate the complementarity that can exist between the freedom of the parties to enter into marital or premarital agreements and the subsequent judicial scrutiny. It is emphasized that a modernization of family law does not involve the renunciation of the family law principles.*

**KEYWORDS:** Contractualization; marriage; legislation; United States; society.

*En el Perú, persisten temores en torno a la reforma del libro de derecho de familia; luego de 40 años de vigencia del Código Civil de 1984, el autor persiste e incorpora nuevas razones para acceder a su 'contractualización' como reflejo de una sociedad que cada vez está menos dispuesta a contraer matrimonio. Estamos frente a una regulación que prolonga la crisis matrimonial y es contraproducente para el propio ordenamiento.*

*El artículo se sirve de la experiencia norteamericana y de las iniciativas de la Uniform Law Commission o el American Law Institute para demostrar la complementariedad que puede existir entre la libertad de las partes al momento de celebrar acuerdos maritales o premaritales y el posterior escrutinio judicial. Se enfatiza que una modernización del derecho de familia no involucra la renunciar de los principios propios de la rama.*

**PALABRAS CLAVE:** Contractualización; matrimonio; legislación; Estados Unidos; sociedad.

\* Abogado. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Lima (Perú). Profesor Honorario de la Universidad Católica Santa María (Arequipa, Perú). Socio principal en Estudio Muñiz (Lima, Perú). Contacto: yvega@munizlaw.com

El autor agradece y manifiesta su profunda admiración hacia el profesor Brian H. Bix.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 25 de abril de 2024, y aceptado por el mismo el 11 de julio de 2024.

## I. LA ERA DE LAS 'FAMILIAS POR CONSENSO' O DE LA 'CONTRACTUALIZACIÓN' DEL DERECHO DE FAMILIA

Una reciente obra del profesor de la Universidad de Minnesota, Brian H. Bix, bajo el título *Families by agreement. Navigating choice, tradition and Law* (2023) llegó a mis manos cuando me presentaba a escribir estas líneas y tuve la suerte de encontrar argumentos de la solidez que proviene de la pluma del profesor Bix que, además, tiene un importante correlato en la historia del derecho de familia en los Estados Unidos de América y en su riquísima jurisprudencia sobre el objeto de este ensayo<sup>1</sup>.

Si bien el tema inicial de este trabajo se centraba en los acuerdos prenupciales, la historia de un instrumento tan importante como el Uniform Premarital and Marital Agreements Act del 2012 (en adelante, UPMAA), redactada por un grupo de trabajo creado por la Uniform Law Commission<sup>2</sup> (en adelante, ULC) en el país del norte, y del que el principal *reporter* o ponente fue, precisamente, el profesor Bix, me animó a extender algunas de las ideas que se proponen para los acuerdos prenupciales a los pactos matrimoniales debido a la necesidad de no generar un régimen diferente para acuerdos que pueden tener una regulación similar con pequeñas diferencias según se explicará más adelante.

No debo dejar de señalar que este tema lo he abordado en otras oportunidades (Vega Mere, 2014; 2022). Sin embargo, la más reciente publicación del profesor Bix (2023) comprende temas que exceden los convenios pre y post nupciales y, además, abarca todos aquellos acuerdos que hoy en día se concluyen al interior del derecho de familia en los Estados Unidos y que son una muestra inocultable de la expansión del orden privado dentro de dicha disciplina. Esa expansión no es otra cosa que la posibilidad que tienen los miembros de un grupo familiar –y a veces uno de ellos con

terceros– de poder contratar o convenir sobre determinados tópicos que han estado tradicionalmente sujetos a reglas imperativas: acuerdos no solo sobre los derechos y deberes que nacen del matrimonio, sino también entre convivientes (*cohabitation agreements*), entre esposos para reconciliarse o separarse (*separation agreements*), entre los padres adoptivos y biológicos para adoptar a un hijo –sin perjuicio de la aprobación judicial–, sobre el uso de técnicas de reproducción asistida y la expansión del arbitraje en el derecho de familia, entre otros.

Estas *families by agreement* o familias por consenso, y todas aquellas situaciones que hoy nacen de acuerdos dentro del derecho familiar, revelan un incremento –¿o un reconocimiento?– de la autonomía privada en este campo que son, en rigor, una inocultable realidad que existe desde hace varios lustros y que algunos autores han bautizado como la 'contractualización del derecho de familia' o *contractualization of family law*, en palabras de Jules y Nicola (2014).

La doctrina local, lamentablemente, no repara en esta tendencia. Asumo que la sola idea de aludir a 'privatizar' espacios siempre colmados con una regulación legal de matiz obligatorio ha de causar cierta perplejidad. Una muestra de ello es el silencio que guardó el equipo de especialistas conformado por el grupo de trabajo encargado de proponer reformas al Código Civil que concluyó en un Anteproyecto bajo los auspicios del Ministerio de Justicia publicado en el año 2019 y que jamás se pronunció sobre la propuesta que presenté para incorporar normas sobre los acuerdos prenupciales y maritales tomando como referencia la experiencia de los Estados Unidos de América. Ante la falta de pronunciamiento, publiqué el texto de la propuesta en la cuarta edición de mi libro que recoge diversos ensayos de derecho de familia (Vega Mere, 2019, pp. 207-250). El Anteproyecto solo hizo precisiones en algunos artículos del Código sobre el régimen patrimonial del matrimonio, pero

<sup>1</sup> No es, ni por asomo, la primera gran contribución del profesor Brian Bix. Si tuviera que referir sus otros trabajos sobre la misma materia me vería obligado a citar, cuando menos, los siguientes: 'Bargaining in the shadow of love: Premarital Agreements and how we think about marriage', 'The public and private ordering of marriage', 'The ALI Principles and agreements: seeking a balance between status and contract', 'The private ordering and Family Law, Agreements in Family Law', así como el ensayo que escribió conjuntamente con la profesora Barbara Atwood, 'A new Uniform Law for premarital and marital agreements', en el que explica los alcances de la UPMAA (2012) que luego se comenta en el texto. El profesor Bix tiene otros ensayos sobre el mismo argumento y por ello su libro recoge algunas de las ideas que ha expuesto a lo largo de 25 años.

<sup>2</sup> La Uniform Law Commission –antes National Conference of Commissioners on Uniform State Laws– es una organización no personificada, 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 Estados Unidos, en diferentes y muy amplias áreas. Cuenta con aproximadamente 350 comisionados 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.

fueron variaciones dentro del tratamiento legal actual que me parece no solo parco sino, sobre todo, encasillado en una visión superada que da la espalda a los acuerdos que hoy en día pueden celebrarse en este terreno.

Por otro lado, resulta paradójico que hayan sido los cambios que se han dado fuera de las murallas del Código Civil aquellos que han introducido esos espacios en los que la autonomía se erige como la primera opción para observar los procedimientos que conducen a la disolución del vínculo matrimonial. Me refiero, como ya lo he hecho antes, a 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. Tanto es así que el artículo 4 de esta ley 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 incapacidad; y (ii) carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales, o si los hubiera, contar un acuerdo de sustitución o liquidación del mencionado régimen patrimonial.

Si se analiza con cuidado los requisitos de dicha ley que facilita la extinción del matrimonio, se advierte que además de haberse liquidado notarialmente la sociedad de gananciales –por acuerdo–, 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. Como es fácil de notar, todos estos aspectos no patrimoniales pueden provenir de una sentencia o –he aquí lo que fue novedoso– de un acuerdo conciliatorio alcanzado entre los esposos en trance de divorciarse. En breve, esta ley ha favorecido los pactos entre los aún cónyuges sobre materias que siempre fueron reservadas a la competencia de los jueces<sup>3</sup>.

Es curioso, además, que el orden legal se muestre complaciente con los acuerdos de separación y no con aquellos que deseen celebrar los esposos o los pretendientes a ese *estatus*. Sin duda hay una explicación y es que la posibilidad de recurrir a esos convenios –es decir, a los *marital settlement agre-*

*ements* o *separation agreements*– coadyuva al cierre de una crisis matrimonial y evita o disminuye los niveles de litigio judicial. Lo mismo ha ocurrido en la experiencia norteamericana.

En cuanto a los acuerdos prenupciales y posmaritales, el único espacio con el que cuentan los cónyuges es el de variar de régimen patrimonial, usualmente de manera monolítica: o es uno o es otro el régimen que se puede elegir, sin variaciones o matices que, sin embargo, bien podrían implementarse, pero solo cuando se separan patrimonios, pues en ese caso los interesados podrían introducir algunos cambios dado que no podrían pactar en contra del tratamiento normativo de la sociedad de gananciales si este es el que se les aplicará.

Los acuerdos premaritales o conyugales tienen como finalidad regular los derechos, deberes, responsabilidades, etc.; entre futuros esposos o esposos sin dejar el futuro de ese conjunto de materias a la suerte y poder organizar sus propias vidas sobre la base de reglas claras que disminuyan o eviten discusiones e incertidumbre. En estos convenios se deciden las titularidades de las adquisiciones durante y para después del matrimonio, además del soporte entre los cónyuges en ambos casos, la contribución al hogar común, los seguros y sus beneficiarios, la asunción de deudas durante y luego del matrimonio, entre varias otras materias que no son de poca importancia y que tienden a buscar o establecer un tratamiento acorde al interés de los partícipes que no coincide con el régimen legal aplicable supletoriamente en ausencia de pacto.

Dado que dichos acuerdos buscan variar o desplazar el régimen legal, no es extraño que se muestre temor de admitirlos por esa razón. Es altamente previsible que se alegue, como ha sucedido y ocurre aún en algunas jurisdicciones de los Estados Unidos de América, que se trata de asuntos en los que priman las políticas públicas y los principios de protección del matrimonio con el fin de evitar abusos e injusticias. Sin embargo, este punto de partida en contra de su admisibilidad revela un prejuicio e ignora que, en nuestro medio, no son escasos los acuerdos de separación de patrimonios entre esposos que han adquirido propiedades y derechos en los que la distribución no solo no es equitativa, sino bastante asimétrica. Y dado que no existen parámetros legales o requerimientos mínimos para que esas separaciones se consideren exigibles (*enforceables*) los resultados podrían ser menos ventajosos que en caso de contarse con

<sup>3</sup> Si hay mayores 'incapaces' –en realidad, necesitados de la designación de un 'apoyo'–, ello exigirá el recurso de la vía judicial.

una disciplina como la que existe en el país del norte para las capitulaciones objeto de este ensayo.

Dos noticias no dejan de ser importantes para conocer mejor el contexto actual. Según una noticia publicada en la plataforma digital única del Estado, el 17 de febrero de 2022, la mayoría de peruanos al día de hoy prefiere distanciarse del régimen de la sociedad de gananciales y casarse con bienes separados. En la misma plataforma, una noticia del día 31 de enero de 2024 da cuenta que en el año 2023 se inscribieron casi 9 mil acuerdos de separación de patrimonios en el Registro Personal.

Dentro de este mismo escenario local, encontramos –además– una regla del Código Civil que prevé la cesación de la obligación alimenticia entre marido y mujer al disolverse el vínculo conyugal (artículo 350, primer párrafo). Un acuerdo premarital o marital que determine modifique o extinga cualquier expectativa alimentaria de uno de los esposos en caso de terminación del matrimonio no parece pasible de un juicio descalificador *a priori* si la propia ley hoy lo admite y sanciona como regla por *default*.

Con el ánimo de 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 a la familia del *common law*.

## II. UN VISTAZO A LA EXPERIENCIA LEGAL DE LOS ESTADOS UNIDOS

### A. Rápida referencia a la era previa a la admisión de los acuerdos premaritales

Como parte de la herencia del derecho inglés (Blackstone, 1838) en los Estados Unidos al matrimonio se aplicaba el principio de ‘cobertura’: hombre y mujer devenían uno solo y, en consecuencia, no podían contratar. Ello, sin perjuicio del estado de sumisión al que se sometía a la mujer, que no tenía capacidad para contratar sin la intervención de su marido (Kent, 1858; Schouler, 1870) y de que los bienes que se adquirían lo eran a nombre del marido quien, además, se hacía de los rendimientos. A cambio, el esposo velaba por la cónyuge. Esa era la institución pública del matrimonio con fuertes matices religiosos que no admitía pactos en contra (Friedman & Grossman, 2011).

La unidad provista por el matrimonio (*unity of person*) hizo inviable la posible celebración de acuerdos premaritales o maritales con escasas excepciones para acuerdos prenupciales con el fin

de asegurar el goce de ciertos bienes por parte de la esposa como una suerte de *separate property* (Madden, 1930).

Luego aparecería la llamada *community property* o propiedad común que fue importada por el *common law* de colonias influenciadas por las leyes de España y Francia (Louisiana, Texas, California, Washington, Idaho, Arizona, Nevada y Nuevo México) con la que se superó la vieja idea de que lo adquirido era solo del esposo (Ellman, 2002) y que terminó por imponerse.

Los años 70 y 80 del siglo pasado fueron una etapa de grandes cambios en el derecho familiar estadounidense. No solo se abandonó la idea de culpa o *fault* como regla para conceder el divorcio. También hubo notables cambios en la admisión de los acuerdos de convivencia que tuvo su más difundido empuje gracias al caso *Marvin c. Marvin* resuelto en 1976 por la Corte Suprema de California y en otros tópicos del *Family Law* que no recibieron un tratamiento uniforme sino variopinto por el alto número de jurisdicciones estatales.

### B. Hacia la admisión de la validez de los *premarital* y *marital agreements*: las propuestas de ley uniforme

Uno de los principales cambios que experimentó el derecho familiar del país del norte en los años 80 de la centuria pasada fue la mayor aceptación de los acuerdos premaritales. Como se ha sostenido (Bix, 1998, pp. 148-149) se trata de acuerdos relativos a los derechos y deberes de los esposos durante el matrimonio y luego de su disolución por divorcio o muerte.

La finalidad fundamental de los *preuptial agreements* es alejarse del régimen normativo por medio de pactos que alteran las reglas –tradicionalmente consideradas como inmodificables– sobre la distribución de activos, el pago de deudas, el soporte entre las partes (*alimony*) o bien sobre la custodia y alimentos a favor de los hijos que es –este último punto– el núcleo duro y que, en cualquier caso, no pueden empobrecer la situación de los descendientes –sobre todo en el derecho norteamericano en el que desde hace buenas décadas se recurre al *best interest of child* para denegar la ejecución de determinados pactos–. Carece de sentido utilizar dichos acuerdos para repetir lo que la ley sanciona. Además, nada impide que por medio de estos acuerdos se concedan más derechos a uno de los futuros esposos que aquellos que la ley garantiza en caso de divorcio.

En los Estados Unidos de América, históricamente las Cortes fueron menos hostiles a los acuerdos

premaritales aplicables a la muerte de uno de los esposos y muy desconfiadas en los casos en que se invocaba la ejecución de estas capitulaciones por divorcio al presumirse que el eventual desbalance de un *premarital agreement* podía ser un incentivo para el divorcio si este resultaba más ‘barato’ o concedía –más– ventajas a uno de los consortes (Atwood & Bix, 2013, p. 318). No faltaron argumentos que aludían a la diferente capacidad de negociación o a la forma o procedimiento con el que se pudieran haber celebrado, lo que determinó que el escrutinio que realizaran los jueces fuera más severo a fin de saber si había mediado coerción o falta de adecuada información.

Bix señala, entre los varios factores que cabalgaban en contra de su admisión, la consideración de la condición de ‘cónyuge’ como un estatus –con derechos y deberes– inmodificable por pactos privados por responder a políticas públicas, la protección de terceros –usualmente los descendientes–, la mediación de coerción<sup>4</sup>, el aprovechamiento de la debilidad o vulnerabilidad de una de las partes y propuestas de acuerdos que solo favorecían a quien fomentaba el pacto (*one-sided terms*), la llamada racionalidad limitada o *bounded rationality*<sup>5</sup> (Bix, 2023, pp. 12-25).

La diversidad de decisiones de las jurisdicciones estatales sobre los *premarital agreements*, sin embargo, no ofrecía un buen panorama a los interesados. A ello se sumaba, por lo menos en la misma época, una evidente erosión de la institución matrimonial que generaba más rechazo si no permitía los acuerdos sobre los temas que son objeto de los *prenups*.

La urgencia de contar con un tratamiento homogéneo y de mayor certidumbre dio lugar a que en el año 1983 la Uniform Law Commission (ULC)<sup>6</sup> presentara una propuesta de Ley Uniforme que

fue acogida en diferentes Estados –en 27–, algunos con un texto similar –13 Estados– y otros con variaciones y mayores requerimientos. Lo puntual, en todo caso, fue ofrecer parámetros o reglas que favorecieran la ejecución de los *prenups* y que permitiera a los futuros contrayentes contar con un más amplio margen de libertad en la elaboración de sus acuerdos, sin perjuicio del escrutinio de las cortes para verificar la observancia de los parámetros mínimos anclados, en lo fundamental, en la voluntariedad y en el acceso a una adecuada información de los activos del otro contrayente.

No debo dejar de remarcar que la Uniform Premarital Agreement Act (en adelante, UPAA) fue, como todas las propuestas de la ULC, *soft law* por tratarse de una propuesta sin sanción estatal, pero que gozó –como suele ocurrir con las iniciativas de dicha institución– de un alto grado de autoridad y persuasión por basarse en la experiencia registrada por la jurisprudencia, las regulaciones estatales y el aporte de abogados, jueces y profesores universitarios.

La UPAA favoreció la celebración y ejecución de un *premarital agreement* en respuesta a un gran número de personas que deseaban casarse y continuar sus carreras fuera del hogar (Curry, 2010, p. 355) y, sobre todo, sin preocupaciones sobre futuras discusiones en torno a sus relaciones patrimoniales, especialmente quienes gozaban de independencia económica y aquellos que 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 casi un 50% de los matrimonios concluían en divorcio.

Bajo esa premisa, el objetivo de la UPAA fue proveer un sentido de confianza y una buena dosis de predictibilidad de las decisiones judiciales y de poner en manos de quien se negara a cumplirlo la

<sup>4</sup> No son extraños los casos en la jurisprudencia en los que se ha discutido –y admitido o denegado– los reclamos por haber puesto a la futura esposa al borde del colapso al plantearle la alternativa de firmar el acuerdo a pocos días del matrimonio o cancelar la boda. Factores sociales –como la exposición a la vergüenza– han tenido no poca gravitación.

<sup>5</sup> La *bounded rationality* explica el proceso de la decisión adoptada por quien busca un resultado satisfactorio, pero no necesariamente óptimo. El reconocido profesor de la Universidad de California, Berkeley, Melvin Aron Eisenberg, escribió en 1995 un ensayo provocador sobre la materia: ‘The limits of cognition and the limits of contract’, donde explicó el proceso de contratación. Según este autor las asunciones relativas a que las partes obran con total conocimiento y buscan racionalmente maximizar la utilidad esperada no son reales debido a que los contratantes tienen limitaciones cognoscitivas. Contratar implica acciones adoptadas sobre la base de lo que ocurrirá en el futuro y este siempre se caracteriza por la incertidumbre. Eisenberg (2000) aludía a tres clases de limitaciones cognitivas: (i) la racionalidad limitada; (ii) límites a la disposición o disposición irracional; y (iii) la capacidad defectuosa. La racionalidad limitada –que es la que interesa aquí– tiene relación con la imposibilidad de asimilar o acopiar toda la información necesaria durante el proceso de contratación para adoptar una decisión óptima: no hay siempre tiempo, ni energía, ni capacidad de memoria –pues las personas no son computadoras y pueden tener problemas para organizar la data que acumulen–. Tomar información requiere todos esos recursos y muchos actores no quieren asignar recursos, los costos son elevados o bien realizan elecciones sobre determinados rangos de ignorancia racionalmente asumida. Otros procesan de manera imperfecta la información por la inhabilidad de entenderla o por la complejidad de las decisiones que deben adoptarse.

<sup>6</sup> Algunos grandes proyectos, como el ‘Uniform Commercial Code’, fueron trabajos realizados por la ULC de manera conjunta con el American Law Institute.



prueba de falta de libertad o de información. Es decir, se promovía su ejecución salvo que se probaran circunstancias que hubieren reducido la libertad o el acceso a la información.

El § 3 de la UPAA (*Content*) enunció los temas que podían ser objeto de acuerdos:

- 1) los derechos y obligaciones de las partes en las propiedades de cada uno de ellos adquiridos en cualquier momento;
- 2) el derecho a comprar, vender, usar, cambiar, abandonar, arrendar, consumir, asignar, hipotecar, disponer o de otro modo administrar o controlar la propiedad;
- 3) la disposición de la propiedad al momento de la separación, disolución del matrimonio, muerte o la ocurrencia o no ocurrencia de algún otro evento;
- 4) la modificación o eliminación de la asistencia o soporte de un esposo al otro;
- 5) la elaboración de un testamento o de un fideicomiso, o cualquier otro acuerdo, para llevar adelante los diferentes aspectos del acuerdo;
- 6) los derechos y la disposición del beneficio derivado de la póliza de un seguro de vida;
- 7) la elección de la ley aplicable; y
- 8) cualquier otro asunto incluyendo derechos

personales y obligaciones que no impliquen el desconocimiento de normas de orden público. (1983) [traducción libre]<sup>7</sup>.

Los derechos de un menor a la asistencia de sus padres no podían ser afectados por un acuerdo premarital, lo que de alguna manera explica las materias que podían 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 debía ser escrito y firmado por ambas partes. No se exigía lo que la doctrina del *common law* denomina *consideration*, esto es, alguna contraprestación, pues es unánime la opinión en el sentido de que basta la celebración del matrimonio (§ 2, *Formalities*).

De acuerdo con el § 6 (*Enforcement*), la parte que no quería cumplir con el acuerdo debía probar –como se señaló– que (i) no lo celebró voluntariamente; o (ii) que había existido aprovechamiento que generó una situación asimétrica (*unconscionability*<sup>8</sup>) y que antes de la celebración (a) no recibió una revelación razonable sobre los activos y finanzas de la otra parte; (b) no renunció a participar de dichas propiedades aun cuando se le hubiere entregado información; y (c) no pudo ni podría ha-

<sup>7</sup> Texto original:

- (1) the rights and obligations of each of the parties in any of the property of either or both of them whenever and wherever acquired or located;
- (2) the right to buy, sell, use, transfer, exchange, abandon, lease, consume, expend, assign, create a security interest in, mortgage, encumber, dispose of, or otherwise manage and control property;
- (3) the disposition of property upon separation, marital dissolution, death, or the occurrence or nonoccurrence of any other event;
- (4) the modification or elimination of spousal support;
- (5) the making of a will, trust, or other arrangement to carry out the provisions of the agreement;
- (6) the ownership rights in and disposition of the death benefit from a life insurance policy;
- (7) the choice of law governing the construction of the agreement; and
- (8) any other matter, including their personal rights and obligations, not in violation of public policy or a statute imposing a criminal penalty. (UPAA, 1983)

<sup>8</sup> La *unconscionability* es una figura nacida en la jurisdicción de la *Equity* con la se cuestionaba un contrato o una o más cláusulas de un contrato por ser abiertamente injusto o desproporcionado 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 o asunción de riesgos sin que ello se compense y que 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, etc.) y la *substantive unconscionability* que tiene relación con el contenido del acuerdo (desproporción, contenido contrario al orden público, etc.) que se muestra injusto especialmente al momento de su ejecución. No solo puede aparecer en los contratos por adhesión o de consumo. Hoy en día esta figura encuentra acogida en el Uniform Commercial Code, sección 2-302 y en el Restatement (Second) of Contracts, § 208. Sobre ella, véase a Principles of Contract Law (Hillman, 2004); Contracts (Farnsworth, 2004); Contract Law and Theory (Posner, 2011); Embracing unconscionability's safety net function (Schmitz, 2006); A contractarian approach to unconscionability (Spector, 2006); y, especialmente, el trabajo más representativo luego de la promulgación del Uniform Commercial Code, es decir, el ensayo *Unconscionability and the Code-The Emperor's New Clause* (Leff, 1967), que además de contar los entretelones de las diversas propuestas discutidas por los grupos de trabajos fue, según lo señala la propia doctrina estadounidense, el trabajo que propuso la distinción entre la *procedural unconscionability* y *substantive unconscionability*. En el Derecho comparado se suele aproximar esta figura a la de 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.

ber tenido información sobre los activos y deudas del otro contratante.

La UPAA fue acogida y convertida en ley en 27 Estados y en el D.C.: Arizona, Arkansas, California, Connecticut, Delaware, Columbia D.C., Florida, Hawaii, Idaho, Illinois, Indiana, Iowa, Kansas, Maine, Montana, Nebraska, Nevada, New Mexico, New Jersey, North Carolina, North Dakota, Rhode Island, South Dakota, Texas, Utah, Virginia y Wisconsin. Y, claro, como no podía ser de otra forma, no siempre la actuación o sanción respondió al modelo uniforme propuesto, generándose, por ende, criterios diferentes (Curry, 2010). Algunas legislaciones o regulaciones impusieron plazos previos a la celebración del matrimonio, asesoría legal independiente y, en general, una mayor protección o visión paternalista (Bix, 2006, p. 4).

En el año 1990, la Corte Suprema de Pennsylvania decidió un caso que llegó a ser un *leading case* y que tuvo una orientación más ‘privatista’ que la propia UPAA. Me refiero *Simeone c. Simeone* (581, A.2d 162) cuyo enfoque marcadamente ‘contractualista’ se asemeja al matiz que tuvo *Marvin c. Marvin* para los *cohabitation agreements* de las parejas no casadas. En *Simeone c. Simeone*, la Suprema Corte de Pennsylvania sancionó un conjunto de reglas sobre los acuerdos prenupciales (Standler, 2009, p. 6; Bix, 1998, p. 156). Para este tribunal, 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. La mujer de finales del siglo pasado tenía, para el referido tri-

bunal, una educación importante, conocimientos de finanzas, era capaz de generar ingresos y tener activos. Al tener la misma condición que el varón no era posible mantener una visión paternalista que no calzaba más con la realidad.

Para los jueces de Pennsylvania que resolvieron este famoso caso, sin descuidarse la especial naturaleza del matrimonio y de las relaciones entre los padres e hijos, los *prenups* también pueden ser revisados aplicando los remedios contractuales que protegen a las partes de la coerción, de la inducción a error, del fraude, de la inequidad al momento de celebrarse o de los cambios de circunstancias que acontecen con el transcurso del tiempo. Para todo ello resultaba conveniente echar mano a tales remedios sin apartar, llegado el caso, los principios del derecho de familia.

Tras algunos años de trabajo a cargo de un grupo de expertos, en el año 2000, el American Law Institute<sup>9</sup> (en adelante, ALI), bajo la conducción del reconocido profesor Ira Mark Ellman, como *Chief Reporter*, dio a conocer los denominados Principles of the Law of family dissolution, Analysis and Recommendations.

La propuesta del ALI aborda muchas más materias dentro de la cual se incluyó el Capítulo 7 (*Agreements*) referido no solo a los *prenups*, sino también acuerdos maritales, *separation agreements* y los acuerdos entre concubinos (*domestic partners*).

En general, todos los acuerdos no solo deben supeditarse a las políticas del Estado sino que, además, la propuesta prevé el cumplimiento de ciertos requerimientos: ausencia de coerción, consentimiento informado, un plazo (30 días) previo a la boda para analizar sus alcances, asesoría legal independiente, un lenguaje claro sobre los alcances de las renunciaciones a las que quedaría expuesta una o ambas partes con respecto a los derechos que la ley sanciona a los contrayentes e información –por lo menos aproximada– de los ingresos y activos de la otra parte (Bix, 2006, p. 7).

La propuesta exhibe una posición mediadora dado que el ALI consideró aplicables los principios de la

<sup>9</sup> El American Law Institute (ALI) fue fundado en 1923 por un grupo de destacados jueces, abogados y profesores a quienes se 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, 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. En 2023 se cumplió el primer siglo de fundación del ALI y se publicó un extraordinario libro compilatorio de ensayos bajo la edición de Andrew S. Gold y Robert W. Gordon: The American Law Institute. A Centennial History (2023).

contratación (autonomía privada) sin renunciar a la invocación de las normas y principios del derecho de familia.

Por otro lado, la premisa de la que parte la propuesta es la presunción de que el acuerdo prematrimonial satisface las exigencias mínimas de celebración. La presunción es rebatible y ante su eventual cuestionamiento quien sostenga la validez del *prenup* deberá probar: (a) que fue firmado al menos 30 días antes del matrimonio; (b) que ambas partes tuvieron asesoría legal independiente y oportunidad razonable para gozar de ella antes de firmar cualquier convenio; y (c) que si se firmó sin asistencia legal para cada parte el acuerdo se redactó en 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 respecto del acuerdo podrían ser adversos.

El ALI también propuso una regulación para los *marital agreements*. Estos, a diferencia de los *prenups*, enfrentaron otra clase de dificultades debido a que las cortes americanas partían de la premisa de que, al existir matrimonio, había surgido una serie de derechos fiduciarios entre los esposos (un estatus) y, en consecuencia, la alteración o desconocimiento de los mismos se mostraba como un enfrentamiento contra el régimen legal aplicable (*legal framework*), especialmente en lo que atañe a la participación en la propiedad adquirida y en el soporte alimentario (*alimony*) luego del divorcio entre los ex esposos.

Aun cuando no son pocos los autores que en el derecho estadounidense describen al matrimonio como un contrato, al fin de cuentas se le considera como una institución regulada por el Estado sin que ello niegue que su origen debe ser una unión libre y voluntaria<sup>10</sup>.

En la 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 —esto es, por dejar de tener el

tipo de vida que se tuvo durante el matrimonio— o en la participación de la propiedad marital, la parte que invoca el acuerdo debe probar que la otra parte conoció, al menos de modo aproximado, el patrimonio e ingresos del ejecutante o que la parte que cuestiona el acuerdo fue provista de una declaración con dicha información. Por ello, no se trata de una detallada revelación de los activos y renta. Solo exige 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 ocurra.

El § 7.05 de los *Principles* 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 debe considerar si la ejecución de un acuerdo ocasionaría una injusticia sustancial si y solo si la parte que se resiste a su cumplimiento muestra que ha ocurrido un cambio material de circunstancias, lo que alude, sin duda a la figura de la *hardship* que comparte rasgos comunes con la teoría de la imprevisión. Esta regla conduce a una revisión del acuerdo, a una *second look* con la que ya no se enjuicia las condiciones en que se alcanzó un acuerdo, sino la 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 del acuerdo, o bien sea sobre los trabajos, ingresos, deudas, edades, tiempo del matrimonio, con el fin de no permitir un resultado injusto que no sea tolerable.

En el año 2012, la ULC presentó una nueva propuesta para regular tanto los convenios prenupciales como los maritales que se diferencian fundamentalmente por el tiempo de celebración, pero cuyo objetivo es el mismo: modificar —o afirmar— el régimen legal de derechos y obligaciones en caso de disolución del matrimonio. El *reporter* o ponente fue el profesor Brian H. Bix. Se trata de la Uniform Premarital and Marital Agreement Act (UPMAA).

<sup>10</sup> La referencia a 'estatus' y 'contrato' nos recuerda la famosa reflexión o conclusión del jurista escocés Henry Sumner Maine (1822-1888), precursor de la antropología del derecho, quien en su famosa obra *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas* (1861) sentó importantes ideas sobre la evolución de las sociedades al caracterizar a las civilizaciones pasadas como aquellas en las que los individuos se encontraban insertos en estratos socialmente definidos por cada comunidad y en virtud de los cuales se determinaba su posición legal, en tanto que en las sociedades modernas las personas se han liberado de esos 'estatus' de pertenencia —o sujeción, añadiría— y se desenvuelven de manera autónoma y sobre la base de decisiones y acuerdos que Maine describió como la evolución del estatus al contrato. La edición que he tenido a la vista es la reimpresión —del año 1963— de la décima edición de 1884, con una valiosa introducción y notas de Frederick Pollock.



Una de las novedades de la UPMAA es que la sección 5 deja abierta la posibilidad de que se apliquen otros principios legales del *common law* o las denominadas *equitable doctrines*, entendiéndose aquellas provenientes de la jurisdicción de la *Equity* a cargo del canciller<sup>11</sup>.

En la exposición de los motivos de la UPMAA se señala, además, que se pueden aplicar los principios contractuales, lo que pone fin a las hesitaciones de las cortes sobre la posibilidad de invocarlos:

This section is intended to make clear that common law contract doctrines and principles of equity continue to apply where this act does not displace them. Thus, it is open to parties, e.g., to resist enforcement of premarital agreements and marital agreements based on legal incompetency, misrepresentation, duress, undue influence, unconscionability, abandonment, waiver, etc. (2012)

Ello quiere decir que para la UPMAA no hay incompatibilidad entre los principios y reglas de dicho Act y las instituciones contractuales como la coerción, el fraude, la *unconscionability* y otros remedios.

A esta solución se asemeja, curiosamente, el artículo 464 del Código Civil de la República Popular de China que aplica los principios contractuales a instituciones familiares, *mutatis mutandi*, sin desconocer la naturaleza del acuerdo familiar al cual se aplica:

Article 464.-

A contract is an agreement on the establishment, modification, or termination of a civil juristic relationship between persons of the civil law. An agreement on establishing a marriage, adoption, guardianship, or the like personal relationships shall be governed by the provisions of laws providing for such personal relationships; in the absence of such provisions, the provisions of this Book may be applied *mutatis mutandis* according to the nature of such an agreement. (2020)

Si bien el Código Civil chino tiene una fuerte influencia occidental, su lectura revela la lectura de instrumentos como los principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales y los principios europeos de derecho contractual. Y si se analiza su gestación a partir del proyecto de 2002, también se sostiene que ha recibido influencia del *common law* (Zhang, 2009, p. 480) como sucede con la regulación del *anticipatory breach of contract*.

Siguiendo la línea de los *principles of the law of family dissolution*, la sección 9 (f) de la UPMAA permite la llamada *second look*<sup>12</sup> 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*).

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

- a) 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:
  - (1) que su consentimiento no fue voluntario o fue resultado de una amenaza (*duress*)<sup>13</sup>;
  - (2) que no tuvo asesoría legal independiente al momento de la celebración que le diera tiempo razonable para (i) decidir si retiene al abogado con el que cuenta como su asesor, (ii) localizar un abogado que le provea asesoría independiente, obtenerla y considerar aquello en lo que se le asesore;
  - (3) salvo que haya tenido asesoría legal independiente al celebrarse el convenio, el *agreement* 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 renunciado;

<sup>11</sup> Que históricamente morigeró las soluciones severas o rigurosas de las Cortes del *Common Law* o los vacíos de las soluciones que conformaban, precisamente, el cuerpo de dicho Derecho por medio de principios, decisiones y reglas derivadas de los precedentes judiciales.

<sup>12</sup> La calificación la tomo de Ellman (2002).

<sup>13</sup> Como dice el prestigioso profesor Charles Fried (1981) en su conocida obra *Contract as promise. A Theory of Contractual Obligation*, 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 ello añade:

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. (p.93)

- (4) que antes de firmar el acuerdo no tuvo acceso a la adecuada revelación de información de las finanzas de la otra parte<sup>14</sup>. (UPMAA, 2012) [traducción libre]<sup>15</sup>

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 no tiene muchos años como para poder haber encontrado acogida todas las jurisdicciones estatales. Ha sido acogida en algunos pocos Estados como Colorado y Dakota del Norte; y es objeto de propuesta en otras legislaturas. El tiempo decidirá. Fuerza persuasiva y autoridad le sobra.

### III. HACIA LA BÚSQUEDA DE LOS FUNDAMENTOS QUE JUSTIFIQUEN LA REGULACIÓN DE ACUERDOS PRENUPCIALES Y MARITALES

El proceso o tendencia de afirmación de espacios personales en un campo tradicionalmente reservado al Estado y a sus decisiones de consagrar leyes o normas que protegen a los miembros de la familia, pero que, en no pocos casos, restringen la libertad de ellos mismos, no es reciente. Tiene varias décadas en otras latitudes y en el medio se ha infiltrado con timidez, pero sin reacciones, con la promulgación de la Ley 29227.

Por ello, mantener la imposición por *default* de un régimen patrimonial tanto para los esposos como para los concubinos —artículo 5 de la Constitución y 326 del Código Civil— es conservar una solución que va contra la corriente. El descenso de los índices de nupcialidad acompañados del aumento de

la convivencia y dentro del primero el incremento de las parejas que se casan separando sus patrimonios es una realidad a la que el legislador sigue cerrando los ojos.

Los acuerdos de separación que la ley actualmente permite pasar de un régimen a otro —como bloque— sin que se pueda gozar de amplios márgenes de maniobrabilidad. Lo cierto, sin embargo, es que si la pareja de esposos conviene en no tener bienes en común y luego se divorcia —y la ley sanciona, como regla, el cese de la obligación alimentaria— el resultado podría ser similar a la de algunos acuerdos premaritales o maritales y quién sabe si con menos información que la que se exige en sistemas legales como el estadounidense, país en el que —como se ha visto— no se consiente dejar en la indigencia al cónyuge que no tuvo libertad o que no tuvo información al celebrar tales acuerdos y al esposo al que los hechos sobrevinientes lo podrían exponer a una situación de injusticia.

Algunos de los acuerdos de separación que se concluyen en nuestro medio entre cónyuges y que son abiertamente asimétricos pueden responder a diversas causas: protección del patrimonio familiar por la actividad empresarial de alguno de los esposos; el acuerdo exigido por el cónyuge que ha sido víctima de una infidelidad o falta como precio para mantener el matrimonio; el ocultamiento de los bienes para que no se compartan con un hijo habido fuera del matrimonio; el cese de la actividad laboral o productiva de uno de los consortes y a quien se le asigna bienes para generar fondos provenientes del arrendamiento o similares como fuente alternativa de ingresos; etc.

En la misma línea de constatación de lo que acontece en el plano de los hechos, también es cierto que no todos los acuerdos de separación de patrimonios son asistidos con asesoría legal independiente ni siempre a quien se le pide una cuota de mayor desprendimiento tiene la habilidad para

<sup>14</sup> 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 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.

<sup>15</sup> Texto original:

a) A premarital agreement or marital agreement is unenforceable if a party against whom enforcement is sought proves:

(1) the party's consent to the agreement was involuntary or the result of duress; (2) the party did not have access to independent legal representation under subsection (b);

(3) unless the party had independent legal representation at the time the agreement was signed, the agreement did not include a notice of waiver of rights under subsection (c) or an explanation in plain language of the marital rights or obligations being modified or waived by the agreement; or

(4) before signing the agreement, the party did not receive adequate financial disclosure under subsection (d). (UPMAA, 2012)

comparar la situación previa que se crea con el convenio con aquella que tenía antes del mismo y que le muestre qué pierde y qué gana. Tampoco existen procedimientos específicamente creados o causas previstas normativamente para revisar los pactos celebrados que se mantienen sin ninguna suerte de reacomodo pese a un cambio drástico de circunstancias que no es soportable con la distribución de bienes que se hizo antes de enfrentar un escenario diferente.

Lo que pretendo poner sobre la mesa es que no contamos con el mejor tratamiento normativo de las relaciones patrimoniales entre cónyuges. Y por ello creo que, al igual que en muchos otros terrenos en que hemos echado mano a la experiencia extranjera —recuérdese si no, a quienes piensen lo contrario, en la influencia del *Codice Civile* en materia contractual—, en esta materia la experiencia del país del norte me parece sumamente aleccionadora dado que ha sabido compatibilizar los principios fundamentales del derecho de familia con aquellas instituciones contractuales que pueden ser aplicadas a los *prenuptial* y *marital agreements* porque no pueden escapar de su naturaleza contractual.

Además, si nos hallamos ante acuerdos de orden patrimonial, como lo he sostenido (Vega Mere, 2022, pp. 497-530) no encuentro ningún impedimento en recurrir a la aplicación de los remedios negociales y contractuales ya sea por mediar algún vicio de la voluntad, o porque haya existido aprovechamiento del estado de necesidad apremiante de una de las partes como aquella prevista en la regulación de la lesión o alguna otra circunstancia de similar importancia, o bien para revisar el acuerdo por cambio de circunstancias y sin perjuicio de poder echar mano a la ejecución forzada cuando ello no afecte la libertad o no se trate de un deber de naturaleza patrimonial y quién sabe —y aquí radica mi mayor duda y reserva— si llegado el caso dar espacio a la resolución que podría tener consecuencias quizá imposibles de gobernar o de ofrecer una apropiada solución. A ello añadiría siempre el remedio de la indemnización cuando corresponda resarcir un daño si no existe ningún otro remedio que pueda corregir la eventual injusticia.

A estas alturas creo que nadie puede dudar que más allá de la relación afectiva entre esposos —o de los futuros cónyuges teniendo en cuenta que los *prenups* cobran efectos cuando se produce el matrimonio— los asuntos que se regulan en estos acuerdos tienen una inocultable naturaleza patrimonial y, en consecuencia, rasgarse las vestiduras por aplicar los remedios contractuales sería abiertamente hipócrita bajo la excusa de alegar la presencia de intereses no económicos, que nadie niega ni podría asolar.

Por ello, con una coincidencia que saludo cuando leo el artículo 464 del Código Civil chino del año 2020, en el año 2017 propuse la incorporación de la regulación de acuerdos prenupciales y matrimoniales con apenas 9 artículos y cuya finalidad explique a través de una Exposición de motivos al grupo encargado de proponer las reformas al Código Civil, con un texto inspirado en la UPMAA de los cuales destaco el artículo 5 que creo necesario compartir:

Artículo 5.- Normas del derecho contractual y normas del derecho de familia

5.1.- Son aplicables a los acuerdos prenupciales y maritales las normas que regulan el contrato en cuanto resulten compatibles con su naturaleza y contenido. De ser el caso, serán de aplicación las normas sobre los vicios de la voluntad, la lesión, la excesiva onerosidad y aquellas otras que sean apropiadas a los acuerdos celebrados.

5.2.- En caso de conflicto entre un acuerdo prenupcial o de un acuerdo marital con alguna norma de derecho familiar de cumplimiento ineludible, prevalecerá esta última. Sin embargo, el juez evaluará la posibilidad de aplicar los pactos que contienen aquellos acuerdos y las normas que regulen alguna materia familiar en la medida que no se desplace ningún principio constitucional o de orden público.

5.3.- Ningún acuerdo prenupcial o marital podrá ser contrario a las normas sobre las responsabilidades de los padres hacia sus menores hijos ni podrá impedir la relación entre progenitores y descendientes. Tampoco podrá ampliar o restringir las causales de separación de cuerpos o divorcio ni propiciar la disolución del vínculo conyugal.

Todo ello nos conduce a reafirmar que dentro de esta provincia la libertad de contratar jamás ha sido desterrada a pesar de que su ámbito de actuación sea más restringido fuera de ella.

La notable diferencia —que, sin embargo, luego se relativiza— entre lo que se podría leer en un sistema normativo como el nuestro sobre la materia y la propuesta de implementar esta clase de convenios es que no se deja en manos del Estado todas las decisiones. La única coincidencia es que si los dos esposos no dicen nada sobre el particular se les aplicará el régimen legal por *default* que elija el legislador, pero si antes eligen un *prenup* o después varían el tratamiento legal que tienen como cónyuges en sus relaciones patrimoniales por un acuerdo marital decidiendo cómo tratarán las propiedades que adquieran durante el matrimonio y luego del mismo, así como el soporte o asistencia que se proveerán entre ellos, el resultado, al final del camino, no diferirá del que actualmente se lograría con la disciplina legal, pero con una gigan-

tesca carencia: al no dar el adecuado espacio ni las reglas contractuales apropiadas que sepan hacer convivir los acuerdos que alcancen los interesados con los principios del derecho familiar.

Mientras ello no ocurra, los pactos de separación podrían —no todos, por supuesto— ser asimétricos y permanecer en la sombra sin ninguna clase de escrutinio y ser mirados con indiferencia sin asignarles la naturaleza de verdaderos contratos, sujetos a determinados límites, y necesitados no solo de poder conjugar las materias que aborde con una avalancha de ingredientes personales y emocionales muchos de los cuales —sobre todo los primeros— tienen apoyatura normativa que no pueden ignorarse. Y al no reconocérseles la esencia que portan también es evidente que seguirá sucediendo lo que viene ocurriendo en países como el nuestro que forman parte de los sistemas que pertenecen al *civil law*: no se echa mano a los remedios contractuales que, curiosamente, son los que refuerzan la institución misma del contrato. Y que, como lo demuestra la experiencia estadounidense, coadyuvan a que en su aplicación esos remedios también reafirmen la indiscutible importancia de los principios del derecho de familia.

#### IV. CONCLUSIONES

Las líneas que preceden nos permiten arribar a algunas conclusiones:

- El Código Civil ofrece a los futuros esposos o a los cónyuges opciones cerradas o ‘monolíticas’ de los regímenes patrimoniales dentro del matrimonio. Al elegir uno u otro, el ámbito de maniobrabilidad es bastante limitado, especialmente en el caso de la sociedad de gananciales. La ley asigna consecuencias al estatus que organiza y no permite introducir cambios.
- Son escasos los acuerdos de separación de patrimonios en los que futuros esposos incorporan pactos que modifican el marco normativo aplicable, hasta donde la ley lo admite.
- Resulta más frecuente, en cambio, que en los casos de sustitución del régimen de gananciales por el de separación de bienes los cónyuges puedan encontrar espacios para acuerdos mejor adaptados a sus intereses y, en algunos casos, para resultados asimétricos [no es la regla, por lo demás] no sujetos a ninguna revisión que podrían ser menos favorables que permitir una libertad similar a la que conceden los *prenuptial* y los *marital agreements* en la experiencia de los Estados Unidos de América.
- La evolución de la normativa y de las diversas soluciones que ofrece el país del norte ha llegado un punto en el que la transparencia por el intercambio de información o por la puesta a disposición de la misma, los procedimientos y plazos previstos para la celebración de los acuerdos prenupciales y maritales garantizan un consentimiento suficientemente provisto de la data relevante y del tiempo para meditar sobre las diferencias entre el régimen legal aplicable en ausencia de tales acuerdos y los derechos y deberes que derivan de los convenios que se propone celebrar. De ser necesario, se asegura la asistencia de asesoría especializada, a la que se puede renunciar, llegado el caso.
- La formulación de propuestas de regulación de estas materias, por parte de organizaciones tan prestigiosas como la Uniform Law Commission o el American Law Institute en distintas etapas muestra, además, una interesante y rescatable confluencia de instituciones y remedios típicamente contractuales en un terreno tan sensible como el derecho de familia, pero que —por lo visto— ha aportado soluciones no solo coherentes con la naturaleza patrimonial de esta clase de acuerdos sino que, además, nunca ha supuesto un desplazamiento de los principios propios del derecho de familia cuando ellos deban actuar como ocurre cuando se trata de los derechos de los menores de edad o de ciertas directrices o políticas irrenunciables.
- Pero sí parece haber un indudable mayor grado de maniobrabilidad para modificar el régimen legal sancionador a favor de la pareja matrimonial siempre y cuando no medien casos que aquí calificaríamos como vicios de la voluntad —que en la experiencia estadounidense se tratarían de modo parecido, pero no idéntico a través de figuras como el *fraud*, la *misrepresentation*, la *duress*—, o no hubiera habido situaciones de asimetría o aprovechamiento que no se identifican necesariamente con la lesión —me refiero a la *unconscionability*— y sin perjuicio de someter los acuerdos a una segunda revisión o mirada (*second look*) en su etapa de ejecución para evitar situaciones de injusticia que nos podría hacer recordar situaciones imprevistas —¿*hardship*?—, lo que en conjunto nos revela que ese margen de actuación para apartarse de la disciplina normativa no es una solución que desproteja a los cónyuges. Antes al contrario, estoy más que convencido que las diferentes iniciativas estudiadas, pero, sobre todo, la UPMAA de la que fue

ponente el profesor Brian Bix representa una extraordinaria propuesta de la que bien podríamos servirnos para dar un toque de modernidad a nuestro derecho de familia y abrir vasos comunicantes entre esta provincia del derecho y los remedios contractuales que nuestra doctrina en materia familiar parece ignorar sin justificación alguna. ¶

## REFERENCIAS

- Atwood, B. & Bix, B. (2013). A new Uniform Law for premarital and marital agreements, *Arizona Legal Studies, Discussion Paper*, 13-02.
- Bix, B. (1998). Bargaining in the shadow of love: Premarital Agreements and how we think about marriage. *Willam & Mary Law Review*, (40), pp. 145-207.
- (2004). The public and private ordering of marriage. *University of Chicago Legal Forum*, pp. 290-311.
- (2006). The ALI Principles and Agreements: seeking a balance between Status and Contract. Available at SSRN 607921.
- (2010). The private ordering and Family Law. *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, (23), pp. 249-285.
- (2013). Agreements in Family Law. *International Journal of the Jurisprudence of the Family*, (4), pp. 115-131.
- (2023) Families by Agreement: navigating choice, tradition and Law. Cambridge University Press.
- Blackstone, W. (1838). Commentaries on the Laws of England. *W.E. Dean, Printer & Publisher*, (1).
- Curry, A. (2010). The Uniform Premarital Agreement Act and its variations throughout the States. *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, (23).
- Eisenberg, M. (1995). The limits of cognition and the limits of contract. *Stanford Law Review*, (46), p. 211y siguientes.
- (2000). The emergence of dynamic Contract Law. *California Law Review*, (88), pp. 1781 y siguientes.
- Ellman, I. (2002). Marital Agreements and Private Autonomy in the United States. En S. Jens (Ed.), *Marital Agreements & Private Autonomy in Comparative Perspective*. Hart Publishing Ltd., Kindle.
- Farnsworth, E. (2004). *Contracts*. Aspen Publishers.
- Fried, C. (1981). *Contract as promise. A Theory of Contractual Obligation*. Harvard University Press.
- Friedman, M. & Grossman, J. (2011). *Law and the Family in 20th Century America*. Princeton University Press.
- Gold, A. & Gordon, R. (2023). *The American Law Institute. A Centennial History*. Oxford University Press.
- Hillman, R. (2004). *Principles of Contract Law*. Thomson West.
- Jules, A. & Nicola, F. (2014). The contractualization of Family Law in the United States. *American University, Washington College of Law Research Paper*, (11), pp. 1-44.
- Katz, S. (2007). New Directions for Family Law in the United States. *Boston College Law School Faculty Papers*, paper 202.
- Kent, J. (1858). Commentaries on American Law (Vol. 2, 9na ed.). *Boston, Little, Brown and Company*.
- Leff, A. (1967). Unconscionability and the Code-The Emperor's New Clause, *University of Pennsylvania Law Review*, 485.
- Madden, J. (1931). *Handbook of the Law of persons and domestic relations*. West Publishing Co.
- Maine, H. (1963). *Ancient Law: Its Connection with the Early History of Society, and Its Relation to Modern Ideas*. Beacon Press.
- Posner, E. (2011). *Contract Law and Theory*. Wolters Kluwer.
- Schmitz, A. (2006). Embrancing unconscionability's safety net function. En *Alabama Law Review* (Vol. 58), pp. 73-118.
- Schouler, J. (1870). *Treatise on the Law of the domestic relations*. Boston, Little, Brown, and Company.
- Spector, H. (2006). A contractarian approach to unconscionability. En *Chicago-Kent Law Review* (Vol. 81).
- Standler, R. (12 de septiembre de 2009). *Prenuptial and Postnuptial Contract Law in USA*.



Strasser, Mark. (2002). *Some observations about DOMA, marriages, civil unions, and domestic partnerships*. Capital University Law Review.

Superintendencia Nacional de los Registros Públicos [Sunarp] (17 de febrero de 2022). Crece preferencia de peruanos por casarse bajo el régimen de separación de patrimonios. *Plataforma Digital Única del Estado Peruano*. <https://www.gob.pe/institucion/sunarp/noticias/584322-crece-preferencia-de-peruanos-por-casarse-bajo-el-regimen-de-separacion-de-patrimonios>

(31 de enero de 2024). Cerca de 9 mil parejas optan por la separación de bienes para su matrimonio. *Plataforma Digital Única del Estado Peruano*. <https://www.gob.pe/institucion/sunarp/noticias/899979-cerca-de-9-mil-parejas-optan-por-la-separacion-de-bienes-para-su-matrimonio>

Uniform Commercial Code [UCC] (1951). Uniform Law Commission (Estados Unidos de América)

Uniform Premarital Agreement Act [UPAA] (1983). Uniform Law Commission (Estados Unidos de América)

Uniform Premarital and Marital Agreements Act [UPMAA] (2012). Uniform Law Commission (Estados Unidos de América)

Vega Mere, Y. (2014). Sobre la conveniencia de admitir y regular los acuerdos premaritales y maritales. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (66), 133-151.

(2019). Sobre la conveniencia de admitir y regular los convenios premaritales y maritales. En *Las nuevas fronteras del derecho de familia*, pp. 207-250.

(2022). ¿Son aplicables los remedios contractuales a las capitulaciones matrimoniales? en *Estudios sobre los remedios en el derecho privado. Perspectiva desde el derecho contractual nacional y comparado*. En S. García (Ed.), Instituto Pacífico, pp. 497-530.

Zhang, L. (2009). Los últimos avances en la codificación del derecho civil chino. *Revista Chilena de derecho*, (36), 3, pp. 467-503.

#### LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Código Civil [CC], Decreto Legislativo 295, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de julio de 1984 (Perú).

Código Civil de la República Popular de China (民法典) (promulgado por el Comité Permanente del Congreso Nacional del Pueblo, 28 de mayo de 2020, vigente desde el 1 de enero de 2021), P.R.C. (China).

Ley 29227, Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en las municipalidades y notarías, Diario Oficial *El Peruano*, 15 de mayo de 2008 (Perú).

Marvin v. Marvin, 18 Cal. 3d 660, 557 P.2d 106 (1976)

Simeone v. Simeone, 581 A.2d 162 (1990)