

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



**Las Capitulaciones Matrimoniales como garantía de la autonomía de la
voluntad de cónyuges y convivientes en el ordenamiento jurídico
peruano**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

Maria Gracia Zevallos Rivadeneyra

ASESOR

Edilberto Jose Rodriguez Tanta

<https://orcid.org/0000-0003-0248-7142>

Chiclayo, 2022

**Las Capitulaciones Matrimoniales como garantía de la autonomía
de la voluntad de cónyuges y convivientes en el ordenamiento
jurídico peruano**

PRESENTADA POR
Maria Gracia Zevallos Rivadeneyra

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR

César Martín Vínces Arbulú
PRESIDENTE

Kathya Lisseth Vassallo Cruz
SECRETARIO

Edilberto Jose Rodriguez Tanta
VOCAL

Dedicatoria

Este trabajo de investigación se lo dedico en primer lugar a Dios; a mi madre Carolina y a mi abuelo Domingo, por haberme inculcado valores duraderos como la tenacidad y la persistencia, por eso muchos de mis logros también son de ellos.

A mis tíos Laura, Karina, Giuliana y Mauricio; especialmente a mis tías Laura y Karina quienes han participado activamente en esta aventura académica, para que yo pudiera concretar mis sueños, y ser un orgullo y apoyo para mi familia.

Agradecimientos

Agradecer nuevamente a Dios, a mis padres y a mi familia por su apoyo incondicional. No podría dejar de mencionar al Dr. Edilberto José Rodríguez Tanta por su paciencia, consejo, dedicación y por todos los aportes que me brindó durante su asesoramiento para el desarrollo de este trabajo académico.

Índice

Resumen	5
Abstract	6
I. Introducción.....	7
II. Marco teórico.....	9
2.1 Antecedentes	9
2.2 Bases teóricas.....	10
2.2.1 Capitulaciones Matrimoniales	10
2.2.1.1 Origen y Surgimiento	10
2.2.1.2 Naturaleza Jurídica y Definición	13
2.2.1.3 Derecho comparado y Requisitos	16
2.2.1.3.1 España.....	16
2.2.1.3.2 Alemania	19
2.2.1.3.3 Colombia	21
2.2.1.4 Autonomía de la voluntad.....	23
2.2.1.4.1 Definición de autonomía de la voluntad.....	23
2.2.1.4.2 La aplicación automática de la sociedad de gananciales y su relación con la autonomía de la voluntad	24
III. Metodología	25
IV. Resultados y Discusión.....	26
4.1 Contenido de las capitulaciones matrimoniales	26
4.1.1 Contenido Típico	26
4.1.2 Contenido Atípico. Posibles materias a incluir y materias excluidas	28
4.2 Limitaciones que pueden darse en las capitulaciones matrimoniales.....	30
4.3 Eficacia de las capitulaciones matrimoniales.....	34
4.4 Realidad Jurídica de la autonomía de la voluntad entre cónyuges y convivientes	38
4.5 Propuesta de regulación	45
V. Conclusiones	47
VI. Referencias.....	48

Resumen

La presente investigación aborda una figura de origen romano aplicada actualmente en Norteamérica, Europa y parte de América Latina, misma que en la legislación norteamericana ha recibido el nombre de «prenupcial contracts»; en cambio, en el sistema europeo se ha adoptado esta figura con el nombre de «capitulaciones matrimoniales.» Esta figura, consiste en aquellos contratos en los cuales los futuros cónyuges manifiestan sus expectativas, tanto patrimoniales como afectivas, así como también los pasivos frente a terceros, y cuyos efectos se ejecutarán ante una posible separación o divorcio.

Partiendo del establecimiento respecto al esquema obligacional de las capitulaciones matrimoniales (beneficios, limitaciones y efectividad) bajo el método del análisis documental aunado a la técnica del fichaje, posteriormente se desarrolla la autonomía de la voluntad en las relaciones maritales y convivenciales poniendo énfasis en argumentar la aplicación de la figura de las capitulaciones matrimoniales en el régimen patrimonial peruano matrimonial y convivencial. Teniendo como resultado que si en el Perú se adoptase esta figura, nuestro ordenamiento podría tener múltiples beneficios, pues, no sólo agilizaría nuestro sistema jurídico; sino también haría posible que las parejas, desde el inicio, coordinen la administración de sus bienes con total autonomía de la voluntad, generándose la opción de añadir cuestiones relevantes como pensión de alimentos, tenencias o montos resarcitorios en caso de algún incumplimiento, sin la necesidad de que el Estado medie sobre dichas cuestiones.

Palabras claves: matrimonio, divorcio, voluntad, expectativas, capitulaciones

Abstract

This research deals with a figure of Roman origin currently applied in North America, Europe and part of Latin America, which in North American legislation has been called "prenuptial contracts"; On the other hand, in the European system this figure has been adopted under the name of "matrimonial agreements." This figure consists of those contracts in which the future spouses express their expectations, both financial and emotional, as well as liabilities to third parties, and whose effects will be executed in the event of a possible separation or divorce.

Starting from the establishment regarding the compulsory scheme of the marriage agreements (benefits, limitations and effectiveness) under the method of documentary analysis coupled with the signing technique, the autonomy of the will is subsequently developed in marital and coexistence relationships with emphasis on arguing the application of the figure of matrimonial agreements in the Peruvian matrimonial and coexistence patrimonial regime. As a result, if this figure were adopted in Peru, our legal system could have multiple benefits, as it would not only streamline our legal system; But it would also make it possible for couples, from the beginning, to coordinate the administration of their assets with total autonomy of their will, generating the option of adding relevant issues such as alimony, holdings or compensation amounts in case of any breach, without the need for the State to mediate on such issues.

Keywords: marriage, divorce, will, expectations, capitulations.

I. Introducción

Con la aparición del hombre y el establecimiento de la civilización, las instituciones socio jurídicas y la vida en general han evolucionado arrolladoramente teniendo especial énfasis en el matrimonio y la familia, derribando prejuicios y olvidando aquellas doctrinas que son incompatibles con nuestra realidad. En ese sentido debemos recordar que la figura matrimonial se ha constituido como una estructura de la sociedad civilizada, integrada por dos personas heterosexuales que unen sus vidas ejerciendo su voluntad, sosteniendo un compromiso mutuo y cuya compatibilidad de caracteres les permite conformar un núcleo familiar. Sin embargo, debido a la naturaleza frágil de las relaciones humanas algunas uniones tienden a sufrir ciertos quiebres producto de la inmadurez mental y emocional de cada individuo; de precarios medios económicos para su sostenimiento; y porque no decirlo de escasas oportunidades de instrucción y formación en valores. Estos elementos podrían transformarse en un eje correlacional cuyo impacto sería el considerable aumento de la tasa de divorcios y separaciones.

Tras no encontrar solución a sus problemas maritales, muchas parejas optan por iniciar el proceso de divorcio sin tener en cuenta que éste no es tan sencillo. En particular, una de las principales causas de la dilación en los procesos de divorcio es atribuida a la situación patrimonial de los participantes cuando sus bienes se encuentran mancomunados, y deben ser divididos. En este caso las partes podrían considerar que dicha división no es equitativa, y a su vez, podrían pretender sacar la mayor ventaja posible. Al respecto, si bien, mediante mecanismos alternativos como la conciliación se aceleraron los litigios; en la vía judicial la terminación célere del proceso dependerá de distintas variables como el patrimonio, hijos e inclusive indemnización al cónyuge más perjudicado.

Por otra parte, cabe considerar que en el Perú existen dos regímenes de administración de bienes patrimoniales en la sociedad conyugal; sin embargo, éstos no han sido suficientes pues hasta la fecha, no se ha podido evitar que sean superados por sus propias falencias. De modo que, teniendo en cuenta esta problemática social y contrastándola con la realidad jurídica internacional, en otros países ya se adoptó la figura jurídica de las capitulaciones matrimoniales, y es perentorio que en nuestra legislación dada la necesidad se haga lo propio.

A título ilustrativo, las capitulaciones matrimoniales están consideradas como aquellos acuerdos mediante los cuales los futuros cónyuges establecen sus expectativas de carácter patrimonial y afectivo, así como otras cuestiones propias del desarrollo matrimonial, que surtiría efectos en una posible separación o divorcio; cabe señalar que, en estos acuerdos, de igual manera también se pueden especificar condiciones en cuanto a pasivos frente a terceros.

Dada la naturaleza contractual de estos acuerdos en el cual previamente se establecen voluntades, al aplicarlos en nuestro ordenamiento podrían aportar múltiples beneficios como la agilización y disminución de la carga judicial en los procesos de divorcio de nuestro sistema jurídico; asimismo, la planificación desde el inicio de la relación matrimonial para la

administración y repartición de bienes añadiendo la opción de verificar temas con potencial controversia jurídica como la pensión de alimentos, montos resarcitorios, división de ganancias, etc. Toda vez que la voluntad de los contrayentes debe reflejarse en la forma de como manejan su patrimonio, y satisfacer la generación de riesgos. Por consiguiente, esta investigación se ha planteado resolver la siguiente pregunta: ***¿De qué manera las Capitulaciones Matrimoniales garantizarán la autonomía de la voluntad de los cónyuges y convivientes en el ordenamiento jurídico peruano?***

Como objetivo general, entendiendo la problemática actual, se plantea demostrar que la adopción de la figura de las capitulaciones matrimoniales permitirá el libre ejercicio de la autonomía de la voluntad en los cónyuges y convivientes, del mismo modo como objetivos específicos se ha planteado establecer concretamente el esquema obligacional de las capitulaciones matrimoniales (beneficios, limitaciones y efectividad), accesoriamente también pretende desarrollar la autonomía de la voluntad en las relaciones maritales y convivenciales.

En conclusión, ambiciosamente se pretende realizar un parangón entre los diversos sistemas jurídicos que han aplicado anteriormente esta figura, describiendo nuestra realidad sociojurídica y pretendiendo evaluar los futuros beneficios que traería su implementación a la sociedad peruana, siendo una alternativa de solución para el aspecto económico de los matrimonios y convivencias en conflicto.

II. Marco teórico

2.1 Antecedentes

Respecto a cuestiones preliminares de la investigación, se han revisado diferentes fuentes escritas de tesis de grado comparadas; así mismo, libros, revistas y artículos científicos, las cuales se relacionan con el trabajo de investigación, para lograr los objetivos que se proponen.

Rozalén, C. L. (2018). *Validez ante los Pactos Matrimoniales*. [Tesis de doctorado, presentada en la Universidad de Valencia].

La tesis mencionada es de importancia para esta investigación debido a que permitirá explicar de manera detallada los pactos prematrimoniales en la legislación española, haciendo énfasis en la validez y eficacia de los mismos, así como cuál es el contenido típico o atípico que puede presentarse debido a la escasa regulación en el derecho común para conocer a profundidad esta institución; a su vez sirve también para profundizar en el cuestionamiento respecto a las limitaciones de la voluntad de los participantes en razón de dichos pactos.

Figuerola, T.M. (2015). *Contenido de Capitulaciones Matrimoniales: Estudio Comparado entre España, Puerto Rico y Estados Unidos*. [tesis de doctorado, presentada en la Universidad Complutense de Madrid].

Esta investigación permite determinar si las capitulaciones matrimoniales mantienen la voluntad consensuada de los partes para estipular acuerdos ante una hipotética separación matrimonial. Por ello, parte desde una perspectiva histórica referida a los antecedentes de las Capitulaciones matrimoniales explicando el desarrollo normativo que ha tenido hasta nuestra época tanto nacional como internacionalmente.

Moreno, V.V. (2013). *La expresión de la Autonomía de la Voluntad de los cónyuges en las Crisis Matrimoniales*. [Tesis de doctorado, presentada en la Universidad de Jaén].

Resulta de interés para esta investigación, pues permitirá analizar sobre la autonomía de los cónyuges, porque dado los cambios sociales originados en las últimas décadas y tomados en el derecho de familia se ha establecido que exteriorización de la voluntad pueden analizarse en función al momento en el que se produce la conjunción de voluntades de los cónyuges existiendo una división de pactos antes y después de ocurrida la crisis matrimonial.

Romero, A.M. (2020). *Autonomía De La Voluntad Y Convenciones Matrimoniales*. [Tesis de magister, presentada en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón].

Es importante esta tesis debido a que permite determinar si la vigencia de dos regímenes patrimoniales para los cónyuges en el ordenamiento jurídico nacional limita la voluntad de los esposos. De esta manera, a través de esta investigación se ha pretendido establecer la validez de dichos acuerdos nupciales en la legislación nacional, con la finalidad que se pueda pactar el régimen patrimonial en el matrimonio con mayor libertad, así como algunos otros aspectos que regirán la vida conyugal en su funcionamiento y extinción.

Santos, B.C. (2019). *Pactos Matrimoniales. La Autorregulación De La Vida Conyugal Y Post-Matrimonial*. [Tesis de magister, presentada en la Escuela Práctica Jurídica De Salamanca].

La tesis mencionada es de importancia para esta investigación debido a que permitirá describir de manera detallada el valor de las capitulaciones matrimoniales (o pactos matrimoniales), no solo en el ámbito económico, a pesar de ser sumamente útil, sino también las posibles ventajas que puede tener si los esposos realmente exteriorizan su voluntad al establecer la posibilidad de plasmar un convenio que sirva en un futuro de conflicto matrimonial, que permitiría salvaguardarlos de futuras controversias patrimoniales así como de la vida en comunidad.

2.2 Bases teóricas

2.2.1 Capitulaciones Matrimoniales

2.2.1.1 Origen y Surgimiento

Abiertamente solemos coincidir con ordenamientos internacionales en que, las instituciones (o figuras) jurídicas surgen a partir de una problemática concreta en la interacción social, pudiendo tomarlas como aquella respuesta que se generaliza a través de la costumbre, y no necesariamente es parte de una “política” sino que parte de la propia convivencia social. Estas figuras no necesariamente son novedosas, pues muchas veces son herencia de legislaciones pasadas o meras adaptaciones de otros ordenamientos, lo importante es analizar el contexto y contenido de estas para garantizar su efectividad y verificar si son susceptibles de integrarlas jurídicamente a nuestra cotidianidad.

En relación con ello, Cervilla Garzón (2017) sostiene que es necesario estudiar la historia (origen y surgimiento) de las instituciones jurídicas, para comprender el conflicto que estas resolvían, con ello se puede determinar si aquellos problemas se mantienen vigentes, o si sus variantes históricas responden a la propia evolución de la sociedad y la evolución del conflicto en sí. Acorde a ello, si bien la fundación de la familia está relacionada con el matrimonio, la administración de los bienes producto de este y el régimen jurídico que establece los derechos y obligaciones de los contrayentes ha variado históricamente, pero subsiste en todas las sociedades la misma problemática ¿*De quién son los bienes en una familia?* (p. 3-54)

En Roma, por ejemplo, existía el sistema dotal como respuesta natural a esta problemática. Bajo el cual para que una mujer contrajera matrimonio debía dar un aporte al que se le denominaba “dote”, de esta manera tanto el varón, con su propio patrimonio, como la mujer, con su dote, aportan al patrimonio familiar que posteriormente se convertiría en un patrimonio único administrado por el jefe de familia (*paterfamilias*). Si bien hasta este punto aparentemente nos estaríamos alejado del concepto que se tienen de las capitulaciones, o de los problemas que generalmente justifican su regulación, retomando el origen de esta institución, cabe mencionar que la evolución de la sociedad romana es también parecida a la que existe en la sociedad contemporánea. Pues, aunque el divorcio no siempre ha estado permitido, los problemas maritales u otras circunstancias, generaban la insostenibilidad material de algunos matrimonios, por lo que si inicialmente la dote era un aporte de la mujer para la creación de un patrimonio familiar, eventualmente debía existir alguna regla racional que permita determinar cómo se dividiría este patrimonio familiar.

Es por esto como sostiene Vergés (2015), en el sistema dotal se prevé a la dote no solo como el aporte de la mujer a la familia, sino que también es un seguro económico ante la eventual ruptura de este matrimonio, pues estaba garantizada la restitución de la dote cuando el matrimonio estuviese disuelto. (p.8)

En la opinión de Álvarez Caperochipi citado por María José Collante de Terán de la Hera (1999), éste identifica el origen del sistema de la “sociedad de gananciales” en la práctica de otorgarse mutuamente la mitad de las ganancias adquiridas por cada cónyuge, más que por insostenibilidad del matrimonio, o por su extinción *mortis causa*. Siendo originalmente un sistema sucesorio que pretendía romper. Al codificarse esta práctica habitual, que en su

momento era pactada previamente por los contrayentes, se convirtió en una sociedad legal y forzosa para los cónyuges, estableciendo cómo sería dirigida la economía del matrimonio. (p.390)

Como puede advertirse hasta este punto, esta sociedad forzosa (de gananciales) ya matiza mucho en relación con la situación actual que existe en el matrimonio que conocemos hoy en día, pero esto sería una visión parcial. Por otro lado, debemos recordar que en Perú para el matrimonio existen también dos regímenes, el de sociedad de gananciales que se aplica en caso de silencio, en contraposición al acuerdo expreso necesario para la adopción del régimen de separación de bienes.

Si bien en España se aplicaba el sistema de gananciales, en el proyecto del Código Civil de 1836 se prevé la posibilidad de que con anterioridad al matrimonio los futuros cónyuges pacten variaciones a esta sociedad sobre una sociedad de bienes presente y/o futuros; sobre la cantidad determinadas de bienes que aportan y que no; sobre la proporcionalidad de la división de las ganancias y/o pérdidas. Esta figura recibiría la denominación de “capitulaciones matrimoniales” y estaría en el Libro X, título III capítulo VI de dicho proyecto. Se puede observar que esto es muy acorde a lo que popularmente denominan “acuerdos prenupciales” o “acuerdos prematrimoniales”.

Cabe mencionar que no es necesariamente propia del derecho continental la existencia de una resistencia a acuerdos que previeron un sistema para repartir bienes ante una probable ruptura del matrimonio. Como referencia, en Estados Unidos se registra el 8 de marzo de 1972 el caso *Posner vs. Posner* como el caso en el que un tribunal reconoce la validez de un acuerdo prematrimonial. De esta manera encontramos el origen de las capitulaciones en figuras específicas, las de los acuerdos prematrimoniales. Se trata de una figura jurídica que permita establecer válidamente convenciones de los cónyuges para modificar, según sus intereses, el régimen jurídico que les es legalmente impuesto con el matrimonio. Naturalmente parte de la evolución de esta figura que valida los pactos de los contrayentes para modificar la regulación de la sociedad que por defecto establece la ley, se extendería su validez no sólo a los pactos previos al matrimonio, sino que alcanzaría también a aquellos realizados durante el matrimonio. Sin embargo, el surgimiento de las capitulaciones o la problemática a la que responden las capitulaciones es la misma por la que el ordenamiento jurídico provee un régimen patrimonial específico a los matrimonios que es: “¿Cómo responden a las

necesidades familiares internamente los cónyuges o cómo responde la familia ante terceros?”
(Vergés LLahí, 2015, p.9).

2.2.1.2 Naturaleza Jurídica y Definición

Para Rozalén Creus las capitulaciones serían pactos matrimoniales, que de acuerdo con el Código Civil (el español) tendría como finalidad establecer, modificar o sustituir el régimen económico matrimonial que afecta a los cónyuges. Reconoce que la propia definición positiva queda abierta a la posibilidad de regular otros aspectos o agregar diferentes disposiciones que estén relacionadas con el matrimonio (Rozalén Creus, L. 2018 P. 19 - 20). Esto quiere decir que para esta autora, las capitulaciones no solo regulan derechos y obligaciones de carácter patrimonial, es posible que también regulen situaciones de carácter personal. No obstante, no hace hincapié en ello, debido a que el Código Civil no regula esta parte personal de las capitulaciones como sí lo hace con otras figuras (como el convenio regulador español) pero al no estar prohibido y ser mencionado se asume que está permitido.

Continuando con doctrina española, Santos Bravo, también califica a las capitulaciones como pactos matrimoniales concluyendo por tanto que son acuerdos que los futuros o actuales cónyuges pueden regular las relaciones jurídico-familiares que surgen con ocasión del matrimonio. Si bien inicialmente la definición puede entenderse como muy general, explica que en su naturaleza es un negocio jurídico de derecho de familia que puede variar en su contenido como: típico o atípico. Explica que el contenido típico de las capitulaciones es afectar el régimen económico matrimonial, que contiene requisitos solemnes (como ser plasmado en escritura pública); Sin embargo, también menciona que existe un contenido atípico que consiste a disposiciones diferentes de las relaciones patrimoniales pero que también tengan como causa al matrimonio (una futura ruptura, o sobre los hijos), reconociendo que no necesariamente su contenido es contractual o no contractual dependiendo de las estipulaciones que establezcan y de las normas jurídicas que le sean aplicables. (Santos Bravo, C. 2019. p. 5)

Debido al contenido tipificado para las capitulaciones matrimoniales, la doctrina española suele coincidir en su definición, pero no ocurre de igual forma en la delimitación de la naturaleza jurídica. Así por ejemplo Valmaña Cabanes, en su definición también recoge los principales atributos que el Código Civil español le permite a las capitulaciones, pues

menciona que esta figura permite determinar el régimen económico matrimonial, sin embargo, difiere en sus conclusiones sobre la naturaleza jurídica de esta institución.

De esta manera, a criterio del autor las capitulaciones matrimoniales además de ser un “típico negocio jurídico de familia” establece que su naturaleza es contractual. Incluso reconoce que, para la doctrina italiana, la tradicional, el matrimonio y los actos que pueden modificarlo, son negocios jurídicos, pero no contratos; este autor considera que las capitulaciones en particular sí resultan en puridad un contrato, por contener manifiestamente elementos patrimoniales. (Valmaña Cabanes, A. 2013. P. 159).

Cabe señalar que en España no hay un artículo que defina literalmente a las capitulaciones, es por ello que es importante revisar la doctrina, pues en el código civil español solo hallamos disposiciones regulatorias sobre esta figura jurídica y algunas menciones sobre sus límites. Cosa distinta ocurre en Colombia que el artículo 1771° de su código Civil (colombiano) ya contiene una definición expresa de lo que son las capitulaciones.

Para García Echeverri, en la legislación colombiana las capitulaciones han sido concebidas como una convención, distinto a lo que ella refiere en España, pues a su criterio España concibe a las capitulaciones como un contrato. Cabe aclarar que la diferencia entre convenio y contrato para esta autora se da en la generalidad que existe en la redacción de la figura en Colombia pues a las capitulaciones se le denomina como “convención” capaz de “crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas” mientras que un contrato tiene como función “crear obligaciones” Continúa recalando que lo que buscan las capitulaciones matrimoniales a su criterio es organizar o eliminar la sociedad de bienes que pueda surgir entre los cónyuges, siendo la eliminación un asunto controvertido en Colombia, pero que no se limita al solo establecimiento de obligaciones de dar, hacer y no hacer (García Echeverri, D. 2013. p.19)

A pesar de calificar a las capitulaciones matrimoniales como convenciones y no como contratos, en su definición la autora determina que la naturaleza de esta figura jurídica está vinculada a los aspectos económicos del matrimonio. En su obra explica la sentencia 2007- 00125 del 29 de julio de 2011 de la Corte Suprema de Justicia Colombiana en la que se exponen los diferentes matices que pueden tener las capitulaciones y los límites de esta institución. (García Echeverri, D. 2013. P.57)

Y es que en Colombia más que como un simple acto es común que la doctrina lo defina como un estatuto, porque así lo define su legislación. En ese sentido Moran & Ortega definen a las capitulaciones matrimoniales como el estatuto creado antes o después del matrimonio relacionado con los bienes que cada uno aporta o aportará durante el matrimonio y las reglas para su distribución su donación o concesiones recíprocas que puedan realizar sobre estos. (Moral, K. & Ortega, E. 2013. p. 75).

Observamos el hecho de que exista una definición legislativa de las capitulaciones ya que ésta afecta a las definiciones doctrinarias que pueda existir sobre la figura jurídica, ayudando a uniformizar el criterio doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la institución, pues estos autores también coinciden que este estatuto no se limite a un acto a un contrato, sino que establece una forma de organización en el matrimonio, aunque en el caso de Colombia se limite su aplicación (o tenga excesivo énfasis) en su incidencia sobre el régimen patrimonial del matrimonio, la idea que se trata de convenciones y no de meros contratos es constante; y no tan divergente como sí ocurre en España a falta de una definición legal.

En ese contexto, Crespo Gonzalo brinda una definición lo suficientemente abstracta sobre las capitulaciones que permiten su comprensión indistintamente de la legislación bajo la que es concebida. Define a las capitulaciones como negocios jurídicos de familia que dan cauce a la autonomía de la voluntad de los cónyuges cuando surgen crisis, para hacer positivas las consecuencias de una ruptura matrimonial de acuerdo con lo que ambos establezcan o también para establecer el régimen económico que estará vigente durante el desarrollo matrimonial. Sin especificar si solo atiende a temas patrimoniales o personales y sin limitarlo al establecimiento de obligaciones. (Crespo Gonzalo, A. 2017, P. 4)

Bajo la misma lógica continúa desarrollando la autora, que las capitulaciones serían en concreto la forma de los pactos matrimoniales, pues el mismo término (capitulaciones matrimoniales) hace referencia al matrimonio mismo, de esa forma comparte naturaleza con el matrimonio mismo. Descartando, con este razonamiento, cualquier límite a la circunscripción de esta figura jurídica a aspectos económicos-patrimoniales. (Crespo Gonzalo. A, 2017, p. 20)

2.2.1.3 Derecho comparado y Requisitos

La capitulación como figura jurídica positiva, cambia sus disposiciones según el país en donde se desarrolle. Así no es lo mismo capitulación en España que en Colombia o en Alemania, esto no solo se debe a su propia idiosincrasia, sino también al trayecto histórico que tienen estas normas y que aquellos procesos sociales que inspiraron una regulación propia en cada uno de esos estados no es igual a los demás. Todo esto lo analizaremos a continuación, no obstante, indicamos que no es el fin de este acápite explicar el proceso evolutivo de esta figura en cada país, sino exponer la regulación vigente sobre esta figura y denotar sus diferencias y similitudes.

2.2.1.3.1 España

El derecho de familia español está mucho más desarrollado que el nuestro, esto en el sentido que el Código Civil español cuenta con más mecanismos e instituciones jurídicas para atender los problemas de familia. Incluso muchas de las legislaciones latinoamericanas que hoy contienen en su legislación a las capitulaciones se deba a la influencia de este país.

También mencionamos que es más evolucionado porque mientras en un estado como el nuestro las capitulaciones son como “una vía innovadora” frente a las opciones cerradas de sociedad conyugal o separación absoluta de bienes, en España esta no solo atiende temas económicos. Desde la perspectiva de nuestra legislación peruana atendería solo a problemas patrimoniales personales de los cónyuges, mientras que, en el derecho civil español, atiende también problemas no patrimoniales, es decir regula derecho no patrimonial.

Conforme al artículo 1325° del Código Civil Español; y como hemos desarrollado ya en acápite anteriores; a través de las capitulaciones matrimoniales “*podrán los otorgantes estipular, modificar o sustituir el régimen económico de su matrimonio o cualesquiera otras disposiciones por razón del mismo*” (Código Civil Español 1889). Como vemos, afecta el derecho patrimonial de los cónyuges, sin embargo, la última parte de esta disposición deja abierta la posibilidad para que se regulen otras materias, siempre que encuentren su causa en el matrimonio. Esta interpretación extensiva, que es actualmente aceptada en la doctrina española, se sustenta en el principio que nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíba, por lo que se concluiría que está permitido.

Las capitulaciones matrimoniales, no solo existen para regular los problemas patrimoniales durante el matrimonio, también son celebrados previniendo una eventual separación o divorcio, y aunque no lo indica expresamente el artículo 1325° tampoco lo impide. Se presume que la vaguedad de este artículo que permite interpretaciones tan extensivas, facilita la aceptación de esta figura jurídica. Pues la tesis restrictiva que lo limitaba a un régimen económico y no lo equiparaba al matrimonio, ha perdido relevancia con el paso del tiempo.

Siendo en la actual doctrina española una interpretación más flexible conforme a su contexto social dando así una capacidad amplia a las capitulaciones. Este contenido atípico es el espacio donde caben los contratos con ocasión de una crisis matrimonial, pues ya no solo se trata de liquidar bienes, sino que se adentra regulación de derechos no patrimoniales (Gallardo, A. B. 2017. p.76)

Dando esta libertad a los cónyuges se les permite regular por encima de las normas de carácter dispositivo pues se respetaría en mayor medida la autonomía de la voluntad de los cónyuges. Sin embargo, este poder no es ilimitado, no pueden pactarse en las capitulaciones matrimoniales, acuerdos contrarios a las leyes. Por ejemplo, en virtud de la Ley 15/2005, de 08 de julio se modificó el código civil español y el de enjuiciamiento civil, en la materia de separación y divorcio, suprimiéndose algunas causas de estos. Si en alguna capitulación se pactara la necesidad de concurrencia de alguna de estas causas ya derogadas, se estaría yendo en contra de Ley que acabamos de citar además de contra otros principio y derechos fundamentales que se sustentan en la Ley promulgada, por lo que al vulnerar derechos y trasgredir la ley estos pactos matrimoniales se volverían nulos. (Rozalén Creus, L. 2019. p. 621 - 623)

En las capitulaciones también se pueden establecer sanciones o penalidades ante el incumplimiento de los deberes matrimoniales (sean patrimoniales o no) siempre y cuando estén acordes a la Ley como se había mencionado. Así por ejemplo la desheredación del cónyuge por incumplir deberes matrimoniales ya está prevista en el Código Civil Español. Sin embargo, no cualquier sanción, indemnización o compensación que se estipule será adecuado o correcto. A opinión de Rozalén Creus, solo deberá ser objeto de resarcimiento este tipo de estipulaciones cuando exista un daño real a la parte afectada. Es decir que este tipo de estipulación no tiene como fin castigar al cónyuge, sino reparar al cónyuge que al incumplir sus deberes haya producido un daño real. (Rozalén Creus, L. 2019. p. 624)

Por otra parte, en cuanto a los otros requisitos de la capitulación en España tendríamos que el primero y más conocido sería el otorgamiento de escritura pública. Señala Collantes de Terán que, con anterioridad al Código Civil Español, no había ley que exigiera expresamente este requisito aunque si fuera conocido por autores como la forma más aconsejable, según él conforme al artículo 1280° del código civil español, las capitulaciones matrimoniales hubiesen podido constar en documentos privados, Pero que dado el artículo 1321° la solución debe ser diferente, es decir es un requisito de validez que las capitulaciones matrimoniales se celebren con la forma de escritura pública. (Collantes de Terán, M. J. 1999. p. 422)

Como ya pudimos apreciar, las capitulaciones se constituyen como un acto solemne. La solemnidad que produce su validez es la de constar en escritura pública. Pero esto no es así por puro antojo o por buenas costumbres, sino que debido a la trascendencia de este acto y cómo puede afectar a terceros (como ya habíamos mencionado antes) debe constar en un documento público notarial; es por esto que la omisión de la forma en este caso causará la invalidez del acto mismo, dejándolos a los cónyuges en el régimen por defecto (el de sociedad de gananciales). (López, M. D. C. B. 2006)

Otro requisito para la validez de las capitulaciones es la necesidad que un futuro matrimonio sea celebrado. Ya el artículo 1334° del Código Civil Español establece que *Todo lo que se estipule en las capitulaciones o contratos a que se refieren los artículos precedentes bajo el supuesto de futuro matrimonio, quedara nulo y sin efecto alguno en el caso de no contraerse en el plazo de un año* (código civil español 1889). Por esto vale mencionar que esta regla también puede ser concebida como una condición suspensiva de las capitulaciones cuando estas son celebradas en una etapa prematrimonial. Y en caso de contraerse en el plazo establecido estas estipulaciones devienen en ineficaces (Collantes de Terán, M. J. 1999 p. 424)

Haciendo algunos comentarios adicionales sobre este último requisito, vale mencionar que no se sancionan con nulidad la no celebración del futuro matrimonio, sino con ineficacia. Esta ineficacia no alcanza a todos los pactos incluidos, es posible que existan pactos no condicionados a la celebración del matrimonio los que sí podrían ser exigibles. Por otra parte, no es necesario en todos los casos esperar el plazo de un año para determinar la eficacia (en general) de las capitulaciones cuando resulta manifiestamente evidente que el matrimonio no

se celebrará por ejemplo por el fallecimiento de uno de los novios o existencia de impedimento indispensable (Más Badía, M.D. 2014 p. 3)

Finalmente, sobre la publicidad de las capitulaciones, no en todos los países la doctrina logra explicar el ámbito de publicidad de estos actos que pueden afectar a terceros. Sin embargo, esta publicidad no es un requisito de validez, sino que resultan como mecanismos jurídicos para hacer aún más públicos estos actos. Entre los diversos registros, conforme a Más Badía podemos enumerar: 1) El registro civil, la cual considera como publicidad limitada ya que solo menciona la existencia de dicho documento, pero no se especifica todo su contenido, por lo que es necesario para el interesado solicitar la exhibición de las capitulaciones o información específica sobre los pactos adoptados en ellas para informarse sobre su contenido; 2) El registro de Propiedad, en este no se inscriben propiamente a las capitulaciones, sino que cuando contengan un acto relativo a derechos reales sobre bienes inmuebles, o para determinar la naturaleza de los mismos, o sobre el poder de los cónyuges para disponer de dichos bienes, se podrá informar a través de este registro; 3) Registro Mercantil, en la hoja de inscripción de cada comerciante pueden anotarse las capitulaciones. Aunque señala que no es la práctica usual, primero porque el comerciante individual no suele inscribirse en dicho registro mercantil, mucho menos estos comerciantes anotan la existencia de capitulaciones matrimoniales en su hoja individual. Pero es por el bajo uso de este mecanismo recaído en la costumbre que genera poca eficacia; 4) La indicación de modificaciones posteriores en la escritura de capitulaciones. (Más Badía, M.D. 2014. Pp. 5- 6)

2.2.1.3.2 Alemania

De acuerdo con el artículo 1363 de su código civil, los cónyuges también están sometidos al régimen económico familiar tradicional, el de sociedad de gananciales, pero cabe como excepción la posibilidad de acordar otro régimen a través de capitulaciones matrimoniales, pero diferente a lo que ocurre en España, en Alemania ya existen como diferentes regímenes predefinidos en los cuales los cónyuges pueden elegir adherirse al celebrar las capitulaciones. En este sentido queda vetado cualquier régimen que no esté legalmente preestablecido, tampoco se permite la integración de legislación extranjera, a menos que el matrimonio, específicamente el momento en que se otorgan las capitulaciones, residan en el extranjero, solo en este caso podrían optar por un régimen económico vigente en aquel país y de modificar su residencia a Alemania sería respetada (Rozalén Creus, L. 2019. p. 4)

Entre los regímenes vigentes existen cuatro (4): i) el de sociedad de gananciales; ii) el de separación de bienes del artículo 1414 de su Código Civil (o BGB); iii) el de plena comunidad de bienes (art. 1415 BGB) y; iv) el régimen matrimonial franco-germano de una comunidad de ganancias acumuladas opcional.

El primer régimen establecido sobre sociedad de gananciales que ya conocemos porque es el sistema que por defecto se aplica en Perú, también es el aplicable en Alemania. En este sentido los bienes cada cónyuge permanecen como propios, pero todos aquellos que vayan obteniendo desde el matrimonio pasan a ser bienes gananciales de los cónyuges. De esta manera cualquier aumento en los bienes que pueda percibir cada cónyuge ya no serán de titularidad individual, sino que pasa a ser parte de esta sociedad de gananciales que dividirá en partes iguales una vez finalizado el régimen económico matrimonial. Por otra parte, la separación de bienes regulada en el artículo 1414 de la BGB, es muy similar a lo que ocurre en Perú, también revoca el régimen económico matrimonial vigente (el de gananciales) por lo que no se formaría ninguna sociedad y no habría que repartir “ganancias” finalizado el matrimonio, cada cónyuge percibe de manera individual sus bienes.

Asimismo, el régimen de plena comunidad de bienes (que es poco usado en Alemania) permite convertir los activos de cada cónyuge en bienes gananciales, es decir que no solo los bienes adquiridos tras el matrimonio se convertirán en bienes de esta sociedad sino también aquellos bienes obtenidos antes del matrimonio. Sin embargo, esto no es del todo ilimitado existe restricciones concretas a esta fusión de activos por ejemplo aquellos que sean intransferibles o inembargables como deudas relacionadas con salarios o la participación de un accionista personalmente responsable en un sociedad general o limitada, también aquellos activos declarados como reservados en el propio contrato matrimonial (European Notarial Network (ENN), s.f.)

Por último, el régimen Franco-Germano es el de una comunidad de ganancial acumuladas opcional. Pese al nombre, este régimen es independiente de la nacionalidad francesa y alemana, pues no importa si se es ciudadano o residente francés. Este régimen se corresponde más con el de separación de bienes, pero también dispone medidas de compensación obligatorias y limitaciones sobre la disposición de ciertos activos, en especial del hogar familiar. (European Notarial Network (ENN), s.f.)

El momento para otorgar las capitulaciones coincide con el derecho español, en el sentido que actualmente puede darse antes, durante y después del matrimonio, sin que esto afecte su validez (artículo 1408 de la BGB). Esto también quiere decir que la posibilidad de modificar lo está abierta en este sistema, por lo que mientras cumpla con las mismas formalidades, los cónyuges pueden modificar su régimen económico matrimonial (artículo 1410 BGB).

Por otra parte, respecto a la solemnidad de las capitulaciones en Alemania, el requisito de ser expedido por notario en escritura pública también coincide, por lo que esta formalidad le otorga validez, pero solo otorga eficacia y exigibilidad entre las partes contrayente, para hacerse efectivo frente a terceros es necesario la publicidad.

La publicidad, en general en el sistema alemán, es de gran importancia y no solo porque sea constitutivo de derechos reales, sino que en el caso de las capitulaciones a diferencia de España no es solo un tema superfluo. Existe en Alemania el Registro de regímenes económicos matrimoniales, en el que se inscriben las capitulaciones, una vez inscritos es cuando se pueden hacer efectivas frente a terceros, pero se aclara que no es un requisito de validez pues desde que es elevado a escritura pública ya es efectivo entre los cónyuges. (Rozalén Creus, L. 2019. P. 4-5)

2.2.1.3.3 Colombia

El artículo 1771 De Colombia, ya establece una definición de capitulaciones y dispone que son convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él, y las donaciones y concesiones que quieran el uno al otro, de presente o futuro; de su simple lectura se advierte que es casi idéntica a la disposición ecuatoriana que define lo que son las capitulaciones salvo una pequeña excepción, respecto del momento en que se otorgan las capitulaciones. Ya que, a diferencia del Código Civil ecuatoriano, no menciona lo de su celebración antes, durante y después del matrimonio solamente antes. Para ello analizaremos integralmente su regulación partiendo de los requisitos de validez.

Primero sobre los requisitos o condiciones de validez se pueden enumerar cuatro (4) el consentimiento o declaración de voluntad; capacidad; solemnidades y época en que se celebrará; sobre el consentimiento, se establece la libre decisión de ambos cónyuges y que dicha declaración no este viciada por dolo, engaño o error; por otra parte, la capacidad hace mención especial al menor de edad hábil para contraer matrimonio, el artículo 1777° del

Código Civil Colombiano regula dicha situación; Sobre la solemnidad bastará mencionar que las capitulaciones matrimoniales al igual que en todos los otros países, necesitan para su validez constar en escritura pública emitida por notario, conforme con el artículo 1772 del código civil colombiano. Al respecto esta obligación conforme solo es impuesta cuando se superen los mil (1000) peses en bienes aportados conforme a la capitulación o cuando se constituyen bienes raíces (inmuebles) de no ser así, bastará documento privado; sin embargo, esta excepción ha sido “derogada por costumbre” pues es tan generalizada la obligación de constar por escritura pública que todos lo hacen aún si no estuviesen obligados a ello. (Morales Acacio, A. 2009 p.75 - 77)

Para explicar más a detalle. Tomando en cuenta que las capitulaciones matrimoniales en Colombia persiguen un fin netamente patrimonial, diferenciaba según su valor aquellos que merecían ser otorgados mediante escritura pública, por ejemplo, aquellas capitulaciones en las que no se aportaban bienes inmuebles bastaba que constasen en documento privado más la firma de tres testigos domiciliados en el territorio. (Blanco-Rodríguez, J. 2011. p. 251)

Sin embargo, este requisito ya ha perdido vigencia por ejemplo aquella disposición en la que si el aporte de ambos cónyuges no superaba los mil (1000) peses colombianos, bastaba con documento privado, se ve desfasado, en mira de realidad actual de Colombia y el actual valor de la moneda; por todo esto ahora estas disposiciones se han convertido en inoperantes ya que es poco usual que el valor de los bienes que los cónyuges aporten sean menor al valor indicado o porque por simple costumbre ya se realicen las capitulaciones a través de escritura pública. (García Echeverri, D. 2013. p. 22 – 23)

Finalizando con los requisitos de las capitulaciones en Colombia, debido a la frase en el artículo 1771° que dispone que las capitulaciones se otorgan “*antes de contraer matrimonio*” en Colombia (similar a Francia) está restringida la capacidad de otorgar capitulaciones posteriores al matrimonio. Al respecto esto es coherente con el resto de las normas pues una vez contraído el vínculo se proporciona indicio de inmutabilidad que es corroborado en el artículo 1779 del mismo instrumento legal, pues indica que no se aceptarán escrituras modificatorias a las capitulaciones, salvo se produzcan antes del matrimonio, ni si quiera cuando ambos estén de acuerdo. A diferencia de la legislación ecuatoriana, corroboramos que en Colombia las capitulaciones tienen un carácter irrevocable. (Blanco-Rodríguez, J. 2011. p. 251)

Sin embargo, también existe una pequeña excepción a esta regla, el artículo 1820° del código civil colombiano (conforme a la nueva redacción con la Ley de 1976) se autoriza a los cónyuges a disolver la sociedad conyugal por mutuo consentimiento, elevándolo a escritura pública. Esto no significa que los cónyuges podrán adoptar cualquier capitulación o pacto en adelante, ya que esta ruptura de la sociedad conyugal existe solo con el fin que ambos puedan adoptar el régimen de separación de bienes. Entonces se concluye que la única capitulación plausible en la legislación colombiana posterior al matrimonio es aquella que decide extinguirla sociedad conyugal vigente a hasta ese momento para adoptar íntegramente el régimen económico de separación de bienes (Morales Acacio, A. 2009 p.77 - 78)

2.2.1.4 Autonomía de la voluntad

2.2.1.4.1 Definición de autonomía de la voluntad

Para comprender la autonomía de la voluntad se necesita develar el motivo filosófico de la libertad, para ello el filósofo Sartre entiende a la voluntad de las personas como “independencia”, y lo manifiesta en su conocida máxima “el hombre está condenado a ser libre”. Describiendo al individuo como un ser que permanente se proyecta al futuro en libertad, ante lo cual caemos en cuenta que las personas vivimos plenamente todos los días eligiendo nuestro destino. En consecuencia, nos expone la idea que la libertad es la nada y que el ser humano está en un constante proceso de hacerse en lugar de ser, reiterando que nuestra realidad del ser se fundamenta en esta probabilidad, en la alternativa persistente que tiene para escoger, señal que el ser humano está designado a ser libre (Sartre, 1969).

Por otro lado, de acuerdo con Bernal (2008, p. 102-105), menciona tres perspectivas de la libertad:

- La libertad liberal, como la facultad de realizar o no ciertas acciones, sin ser impedido por los demás, por la sociedad como un gran todo orgánico o, sencillamente, por el poder del Estado, es decir la esfera de lo no obligatorio.
- La libertad como autonomía, como el poder de no obedecer otras normas que las impuestas por uno mismo, como antagónico de la libertad liberal, una autonomía que denota que ser libre no significa no tener leyes, sino imponérselas a uno mismo, una autodeterminación, “una voluntad libre, es una voluntad determinada”, bajo esta idea,

la máxima es: “Los miembros de un Estado deben gobernarse por sí mismos, ya que la auténtica libertad radica en no depender de nadie más que de uno mismo”.

- Como tercera perspectiva de la libertad, está la libertad positiva, la cual se refiere a la libertad colectiva, el poseer los bienes suficientes para una vida digna, esta se refiere a la capacidad económica de satisfacer necesidades fundamentales e imprescindibles de la vida material y espiritual, sin las cuales la libertad sería vacía y estéril.

Cabe precisar que la Autonomía privada y de la voluntad suelen confundirse como un solo concepto, y no es así, ya que la autonomía privada, antecede a la autonomía de la voluntad, esto es respecto a que cada persona tiene el derecho y la obligación en libertad de reflexionar sobre lo que piensa, y siente con autonomía, posterior a ello exterioriza esa autonomía a través de un fenómeno volitivo, generando actos y negocios jurídicos.

Esta autonomía aterrizada al plano jurídico tiene dos vertientes, la primera es la libertad de contratación y la segunda es la libertad de extinción. Ambas nos permiten decidir de que manera, con quien y en qué momento contratar o rescindir un contrato, cabe destacar que estas vertientes al no ser absolutas poseen limitaciones como la ley, el orden público y las buenas costumbres. Traduciendo esto al derecho de familia, podemos decir que solemos manifestar nuestras voluntades y libertades mediante la decisión de contraer matrimonio o por el contrario divorciarnos, así como modificar o sustituir un régimen patrimonial o alimenticio. Asimismo, exploramos la “Libertad de configuración o de autorregulación, que incluye la posibilidad de escoger las normas que regularán las relaciones entre los esposos durante su matrimonio. Esta comprende también, la libertad de escoger entre las instituciones jurídicas típicas que señala la ley, apartarse en ciertos aspectos de lo dispuesto en éstas o crear los suyas, por ejemplo, escoger el régimen patrimonial tipificado por la ley o diseñar el suyo propio”. (Romero, 2020. p82).

2.2.1.4.2 La aplicación automática de la sociedad de gananciales y su relación con la autonomía de la voluntad

Quedo claro que al referirse de autonomía se entiende la facultad del ser humano de crear sus propias normas, un ser autónomo es el que es capaz de autogobernarse con sus leyes propias, capaz de alcanzar objetivos libremente, pero siempre atendiendo con respeto los límites establecidos por el sistema jurídico nacional.

Para Díez Picazo, la autonomía privada debe entenderse como “el poder de gobernarse a uno mismo”, entendiendo la autonomía privada como libertad individual, estos autores interpretan que la autonomía no es un tema de volición, o simple querer sino disposición, hacer, en término jurídicos: creando, modificando, extinguiendo relaciones jurídicas, respetando los límites de la legitimidad. (Diez Picazo, 1992 p.371-373).

Acerca de la definición dada por Diez Picazo, anota Vidal que, se incurre en error cuando se usa el término entendiendo como sujeto de la autonomía a la voluntad, que no tiene entidad propia, sino en el sujeto, por ende, es la persona la poseedora de la autonomía de la voluntad y agrega privada. (Vidal, 2018. p 45).

Por su parte, Kemelmajer citando a Gil Domínguez nos refiere a que la autonomía se vincula a libertad que a su vez se relaciona con el proceso de constitucionalización del derecho de Familia, señala: “el paso de la familia institucionalizada a la constitucionalizada es la negociabilidad en el ámbito de la familia”, precisa que en la familia no se destruye a la persona, debiéndose respetarse en este ámbito la libertad y el derecho de la intimidad de las personas. (Kemelmajer, 2014, p. 7).

Entonces cuando se interpreta el concepto de la autonomía de la voluntad nos debemos remontar al principio fundamental de libertad, que lo encontramos positivado en diversidad de normas del ámbito internacional e interno, así como en aspectos transversales muy importantes de la vida humana, tanto en los actos y relaciones llamados personales como en los patrimoniales, específicamente también en la sociedad ganancial, el matrimonio y la convivencia.

III. Metodología

El presente artículo de investigación se enmarca en el tipo de investigación cualitativa, para ello se utilizó el método de análisis documental que consiste en la utilización de fuentes bibliográficas, teóricas o documentales, como libros, tesis, artículos científicos contenidos en revistas, legislación y jurisprudencia nacional e internacional. La técnica que apoyó el método es el fichaje pues se usaron fichas textuales, bibliográficas y analíticas. El método de análisis documental y técnica de fichaje permitió validar la hipótesis que si se aplican las capitulaciones

matrimoniales en el ordenamiento jurídico peruano, entonces se garantiza la autonomía de la voluntad de los cónyuges y convivientes, además de ello permitió cumplir con cada uno de los objetivos propuestos tanto general como específicos que nos llevó a generar un nuevo conocimiento.

IV. Resultados y Discusión

4.1 Contenido de las capitulaciones matrimoniales

Las capitulaciones, al igual que todo documento sobre el que se vierte el interés y voluntad de las partes, tiene un contenido estructurado en mayor o menor proporción y que responde a aspectos trascendentales para su validez dentro del marco legal establecido. No obstante, debemos reconocer que muchas veces el contenido de este tipo de convenios ha quedado reducido al tipo régimen económico al que se acogerán los contrayentes y en algunos otros casos, a la situación de los hijos después de una eventual disolución del matrimonio.

Sin embargo y sin perjuicio de lo antes mencionado, debe precisarse que existe otro tipo de contenido atípico e igualmente debatible, que suele incluirse en estos convenios algunos de los cuales están vinculados al cumplimiento de ciertas circunstancias de gran impacto para los cónyuges; a continuación, analizaremos los hechos más relevantes que terminan configurando el contenido de uno u otro tipo de capitulación (típico o atípico).

4.1.1 Contenido Típico

En líneas generales, el contenido típico tiende a referirse a las formalidades y permisiones que la ley pueda establecer, es decir, está referido a aquel contenido que dota de validez los acuerdos que se celebren antes o después del matrimonio, en ese sentido y tal como se puede verificar del contenido de los diversos ordenamientos jurídicos este extremo se caracterizara por la presencia de verbos rectores como, estipular, modificar y sustituir ya que son verbos que fácilmente pueden englobar el marco de acción que la ley tiende a delimitar en sus códigos.

En un primer extremo, para la validez y por consiguiente para el cumplimiento del contenido típico de las capitulaciones, deben observarse los siguientes requisitos: A) Declaración de voluntad: Es más que importante, necesario, saber que en cuanto al consentimiento de los contrayentes o cónyuges para las capitulaciones matrimoniales debe aplicarse las normas que

rigen el Derecho Común, entonces, se puede entender que, no debe existir vicios de consentimiento como el error, la fuerza, el dolo o la violencia. B) Capacidad: Tradicionalmente se ha aceptado que la capacidad para contraer matrimonio es la misma que para celebrar las capitulaciones, porque ambas se rigen por las mismas reglas, de esta manera, aquellas personas que son hábiles para contraer nupcias, también lo serán para celebrar capitulaciones y C) Solemnidades: las capitulaciones matrimoniales deben otorgarse por escritura pública, es decir ante un notario. (Pérez Mozqueda, 2017)

Una vez establecidas las anteriores precisiones, pasemos ahora a conocer a detalle el contenido que tradicionalmente suele incluirse en este tipo de convenciones; una de las materias más habituales es el régimen económico matrimonial, Rozalén Creus (2018, p. 71) señala que, una de las principales razones por las que los cónyuges o futuros cónyuges otorgan capitulaciones matrimoniales es para establecer, modificar o sustituir su régimen económico matrimonial. El matrimonio además de producir determinados efectos personales también tiene consecuencias en la esfera patrimonial de los cónyuges. De esto desprende que el régimen económico está referido a las reglas o directrices que regulan la vinculación económica entre los cónyuges y también con respecto a terceros, así pues, los cónyuges gozan de esa amplia libertad de elegir el mejor sistema de manejo de los bienes habidos antes y después del matrimonio, teniendo como única limitación la impuesta por la regulación expresa de esta institución, adicionalmente, esta libertad abarca otras áreas como el permiso para modificar las capitulaciones después de celebrado el matrimonio. Sin embargo, del estudio comparado, debemos precisar que algunos países no contemplan la figura de un régimen matrimonial como tal, por ejemplo, Gales e Inglaterra y de otro lado, la flexibilidad para realizar una posterior modificación a las capitulaciones, no siempre estuvo contemplada por gran parte de legislaciones, tal es el caso del código español, que establecía la inmutabilidad de las capitulaciones luego de celebrado el matrimonio, dejando como única alternativa de modificación hasta antes de celebrarse el mismo. Aunque la ley contempla un amplio margen de libertad para los cónyuges, esta, no debería dejarse al libre manejo de los esposos, porque su falta de regulación traería como consecuencia dificultades para el normal desarrollo de las relaciones económicas al interior del matrimonio, en ese sentido, es muy acertado que la ley solo otorgue libertad de elegir el régimen que mejor les parezca, mas no de combinar o crear nuevos regímenes a su libre antojo. En suma, en la actualidad se ve un importante aumento en la celebración de capitulaciones, pese a que en 1947 tuvo su punto más bajo de redacciones y quizá esto deba a un factor eminentemente socio-liberal, en pleno siglo, son diversas las

libertades permitidas al momento de asumir un compromiso, además de las nuevas corrientes de pensamientos que animan a más hombres y mujeres a velar por sus intereses.

4.1.2 Contenido Atípico. Posibles materias a incluir y materias excluidas

Tal como se determinó en párrafos anteriores, el fin superior de las capitulaciones es el de otorgar a los cónyuges un margen de libertad con el objetivo de que estos elijan un régimen económico que surtirá efectos entre estos y frente a terceros. No obstante, en pleno siglo XXI son cada vez más las cónyuges optan por hacer un uso más extensivo de este tipo de convenios, llegando a incluir cláusulas de diversa índole e interés, excediendo de esta manera el fin primigenio de esta institución.

Si bien, algo en lo que la doctrina mayoritaria está de acuerdo es que estos pactos que no necesariamente requieren ser otorgados por medio de una escritura pública, tienen una creciente tendencia a estipular una serie de acuerdos de diversa índole, tanto económicos, patrimoniales, personales, hijos e incluso frente a terceras personas, esta es la razón de su denominación “atípicos” porque responden a situaciones e intereses que van más allá de lo contemplado por la norma y que no solo son pasibles de ser aplicadas a la vida matrimonial sino también, pueden estar orientadas a establecer los posibles efectos frente a una crisis en el matrimonio.

Creus Rozalén, citando a Leonor Aguilar (2018, p. 130) expresa, la figura de los pactos prematrimoniales está dejando de ser una rara avis en la práctica jurídica de nuestro país. Así lo demuestra la cada vez más abundante jurisprudencia menor, destinada a resolver litigios en los que marido y mujer discuten la validez o se reclaman mutuamente el cumplimiento de este tipo de acuerdos prematrimoniales, generalmente en el curso del pleito de separación o divorcio, y al hilo de la determinación de las medidas definitivas. Y es que el autor no deja de tener razón, socialmente, gran parte de este tipo de acuerdos tienen como participes a personas divorciadas, que con el fin de no caer en las “complicaciones” y formalidades del matrimonio tradicional, recurren a esta especie de acuerdos, pactando anticipadamente de manera consensuada los posibles efectos que derivarían de una futura unión o ruptura del vínculo matrimonial, aunado a ello, podemos presumir que la raíz detrás de estos acuerdos pueden ser, familias recompuestas, unión de cónyuges con evidentes desigualdades económicas, resguardo de intereses y fortunas familiares, responsabilidad profesional de los

cónyuges, etc. Y esto, no dista mucho de la realidad, ya que en sociedades como las de hoy, instituciones como el matrimonio están infravaloradas, eso sin mencionar que acuerdos esta clase han sido ampliamente difundidos por famosas celebridades, donde este tipo de pactos parecen estar a la orden del día.

Todo lo mencionado anteriormente, ha servido para que el legislador vaya despertando a la nueva realidad de este tipo de convenios, para que de esta manera se vaya construyendo los cimientos de una figura jurídica con una creciente tendencia y por ende permitiendo a los cónyuges tener más libertad de la que gozan actualmente para fijar sus intereses vía cláusulas específicas y es que, tal como lo señala la doctrina mayoritaria, para hablar de una ampliación de las libertades a los cónyuges al momento de establecer estos pactos, debemos basarnos en los principios constitucionales como el de la libertad y el principio de libre desarrollo de la personalidad, ello implicaría, la libertad para disponer de la manera que mejor les convenga y de mutuo acuerdo, el futuro de cuanto puedan considerar de valor e interés, claro que somos conscientes que esa libertad no debe ser lesiva de las normas ni el orden público, pero, precisamente ahí recae el principal reto que el derecho debe buscar equilibrar o reestructurar.

En síntesis, esta clase de acuerdos no están ni cerca de ser regulados por nuestra legislación, nuestro derecho tiene un entendimiento más cerrado de la institución matrimonial y quizá ello tenga puntos buenos y malos, pero es algo que indudablemente deberemos enfrentar y adecuar a nuestra realidad, queda demás precisar que gran parte de estas cláusulas que van más allá del régimen económico aplicable a los cónyuges, versan de diversas materias, como se indicó en un principio y quizá sea eso su nivel peligrosidad de colisionar con otras normas del ordenamiento jurídico. No obstante, debe resaltarse la regulación de esta figura en ordenamiento como el de Cataluña que cuenta con una de las regulaciones más completas de esta figura, pero sin desconocer que esta clase acuerdos implica la existencia de “zonas grises” tanto en formalidades como su contenido y que ciertos casos dependerán de la interpretación y percepción que la autoridad pueda hacer de dichos acuerdos (al menos por el momento es la manera cómo funciona dentro del sistema catalán).

Para finalizar, debemos resaltar que existe un claro beneficio entre esta figura y la separación de patrimonios. Con esta figura los futuros cónyuges en ejercicio de su voluntad tienen la posibilidad de seleccionar ciertos bienes y darle un enfoque familiar, optimizando el valor de la familia. Lo que por el contrario no es posible en una separación de patrimonios pues en esta

figura se decide por todos los bienes, sin posibilidad de mantener algunos con una finalidad como en el presente modelo.

4.2 Limitaciones que pueden darse en las capitulaciones matrimoniales

Como se podrá advertir de lo establecido en líneas precedentes, la amplitud de la libertad de los cónyuges para pactar sobre asuntos del entorno familiar no es algo novedoso y mucho menos de algo que se le pueda atribuir a los ordenamientos jurídicos contemporáneos, dado que, desde sus inicios se reconoció la especial trascendencia del compromiso de los esposos refrendado por la ley, así pues, y aunque las capitulaciones son convenios de carácter vinculantes para las partes que manifiestan libremente su voluntad, estas, no representan una carta abierta para establecer cláusulas de diversa índole, ya lo decía Pérez Andrade (2014, p. 31) el amplio margen de libertad con que cuentan los cónyuges no llega hasta el extremo de permitir que el contenido de las capitulaciones integre dentro de ellas cláusulas o estipulaciones que vulneren o contradigan el mandato de leyes imperativas o principios generalmente aceptados o impuestos por el ordenamiento jurídico.

Lo referido resulta lógico y consecuente, toda vez que tenemos un ordenamiento jurídico estructurado que debe respetarse, no solo por el simple hecho del respeto a la moral y las buenas costumbres, sino también, por la imperiosa necesidad de no desconocer la seguridad jurídica del matrimonio y sus acuerdos, que deriva del orden normativo instaurado. Asimismo, no cabe duda de que, en los diversos procesos de codificación de la mayoría de cuerpos jurídicos analizados, existe una especial inclinación a reconocer la libertad de los contrayentes para disponer la estructura del esquema jurídico que ha de prevalecer en su relación matrimonial, con particular atención en las circunstancias concretas en las que se desenvolverá y desde un marco jurídico que establece límites. Y es que no debemos olvidar que, del conglomerado de normas vigentes al interior de un ordenamiento, no todas son aplicables a situaciones concretas que devengan de la unión matrimonial, es por lo que el carácter de estas limitaciones es eminentemente imperativo, lo que significa que existe un contenido del que los interesados no podrán prescindir, lo que se traduce en un primer límite a esa libertad que se le otorga de los cónyuges de diseñar los acuerdos aplicables a su unión.

De otro lado, algo que es casi unánime en gran parte de los ordenamientos actuales, es la libertad de pactar sobre el régimen económico al que desean acogerse los cónyuges y así concuerda Morales Acacio (2009, p. 87) al señalar que, los cónyuges tienen plena libertad

para escoger el régimen conyugal que quieran de acuerdo con el principio general según el cual los particulares pueden disponer de sus bienes presentes y futuros como mejor les parezca y más convenga a sus intereses. Libertad que sólo tiene las limitaciones que indica el art. 16 del Código Civil Colombiano esto es: el orden público y las buenas costumbres, regla que también rige con respecto a las capitulaciones según art. 1775 del mismo Código Civil. Del ejemplo colombiano se desprende que, el orden público y las buenas costumbres se erigen como limitaciones en doble sentido; a) primero, la administración de los bienes no se puede reducir a un papel otorgado meramente al hombre o que la mujer no tenga ningún tipo de injerencia, dado que por reconocimiento normativo se reconoce a ambos sujetos los mismos derechos y obligaciones y más aún cuando se trata del matrimonio, que es clara y manifiesta voluntad de dos partes, por lo tanto, resulta lógico que ambos puedan tener decisión en este extremo; b) Y segundo, por normativa jurídica y consecuentemente por reglas de orden público, no podría desconocerse el derecho de familia que se aplica a los vínculos que nacen del matrimonio, pues indudablemente es parte del orden público que el estado garantiza y busca prioritariamente conservar.

Por otra parte, Yesca Torrentes (2004. p.49), nos explica que del Código Civil Español se puede destacar una limitación que contiene en el numeral 1328, en el Capítulo II de Las Capitulaciones Matrimoniales, que instituye que sería nula cualquier estipulación "...limitativa de la igualdad de derechos...", esta disposición es un gran avance en la protección de los derechos de ambos cónyuges, protegiéndolos de cualquier acuerdo que los despoje totalmente a alguno de los futuros cónyuges o a los esposos de todos sus bienes. Lo que se ha pretendido con el numeral antes mencionado, es que, si bien los cónyuges pueden acordar o pactar cual régimen económico reconocido legalmente, en ningún caso podrá ignorar la igualdad jurídica, de manera implícita se evidencia en el apartado 1328, entre los cónyuges que se han constituido, es decir, el principio de igualdad actúa como límite a la autonomía de la voluntad de los esposos que otorgan las capitulaciones matrimoniales, garantizando un reconocimiento legal a ambos con los mismos derechos y deberes, por ello, se prohíbe alguna ventaja indebida que atenten contra dicho principio, en caso, se hubiere evidenciado cualquier situación contrario al principio de igualdad esta versara en nulidad con los finalidad de proteger los derechos de los cónyuges. Aunque hasta el momento hemos venido desarrollando limitaciones que derivan de la interpretación de los diversos cuerpos normativos, hay algunos autores que van más allá en su afán por delimitar aún más este extremo, así pues, Crespo Gonzales (2017. p. 2) explica que existen tres clases de límites dimanantes del mismo a

la autonomía de la voluntad en materia matrimonial: “(i) que los acuerdos no se proyecten directa o indirectamente en daños a los hijos, que no son parte del acuerdo; (ii) que las estipulaciones no contengan asignaciones discriminatorias de derechos entre los cónyuges;(iii) que la situación que resulte del acuerdo no sea gravemente perjudicial para uno de los cónyuges”. Así, el autor plantea que la autonomía de la voluntad que los cónyuges puedan establecer a través de estipulaciones o acuerdos acerca de la dirección económica y social dentro del régimen matrimonial no puede afectar cualquiera sea la intensidad del daño a los hijos sean que se hayan constituido dentro de él o no; ni mucho menos a los mismos cónyuges, de manera que alguno de ellos se encuentre en desventaja respecto del otro, tal es así, lo que certeramente se busca proteger es a la institución de familia como valor supremo frente a la autonomía de voluntad que puedan ejercer. Adicionalmente, se deduce que este tipo de limitantes respecto de los hijos busca salvaguardar sus intereses toda vez que estos son producto de la unión matrimonial y por ende no manifestaron su voluntad sobre que en un futuro pudiera pactarse, por lo tanto, resulta lógico que los ordenamientos jurídicos se preocupen con especial ahínco en brindarles una protección adecuada.

Asimismo, se anulará cualquier estipulación contraria a las Leyes o a las buenas costumbres o limitativa de la igualdad de derechos que corresponda a cada cónyuge. Las buenas costumbres se traducen en la moral, equivale a la moral social y no a la individual. Sin embargo, el tercer requisito, es más novedoso. Ninguna estipulación de las capitulaciones puede cercenar la igualdad de los cónyuges. Es novedoso porque el orden público constitucional impide la discriminación entre los cónyuges. (Pérez Andrade, 2014, p.31). Lo anterior expuesto, significa que, estas estipulaciones involucran la penetración de la moral al derecho y la sujeción de las conductas humanas a esta en un momento determinado y socialmente aceptadas, en otras palabras, la fijación del contenido de las capitulaciones en el régimen matrimonial debe estar determinado por lo permitido y fijado por la ley y de acuerdo con lo aceptado socialmente o mejor llamado lo moral social, lo que preceptuara su inobservancia quede bajo sanción de nulidad. En segundo lugar, tenemos al orden público, entendido como la organización de la comunidad con relación a principios y valores fundamentales y rectores, una exigencia de validez absolutamente general, el mínimo de conformidad social. Todos ellos representan la antítesis de la **libertad contractual**, lo que algunos autores llaman el “civismo contractual”. De manera complementaria, el artículo 1255 CC refiere que uno de los límites será la ley, tenemos que hacernos eco que, en sede contractual, el propio Código Civil establece que “Los contratantes pueden establecer los

pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público” (Rozalén Creus, 2018, p. 294). Por lo cual un pacto matrimonial además de no vulnerar la ley, las costumbres o la igualdad de derechos de los cónyuges, no podrá ser contrario tampoco a la moral ni al orden público, como ya hemos mencionado líneas arriba, es propio de una sociedad organizada civilmente, que los actos o negocios jurídicos celebrados entre dos o más personas, sujetos de derecho, el contenido de los mismo, sus cláusulas o pactos celebrados no pueden ser contrarios primero, a la ley y desde luego a la moral, las buenas costumbres y el orden público, porque atentar en contra de estos elementos, que han sido establecido como límites a la autonomía de la voluntad que gozan los mismos, sería desconocer el propio derecho, lo que ocasionaría que éstos no surtan sus efectos mejor dicho sancionen la validez del negocio jurídico celebrado entre los particulares, deviniendo en una nulidad.

Si bien es cierto, aunque la libertad y una de sus manifestaciones, la autonomía, son derechos principales, fundamentales de las personas, y de los esposos dentro del matrimonio, podemos afirmar que no hay derechos absolutos, todos los derechos por más importantes que estos sean, tienen límites, los que son indispensables para armonizar las necesidades y voluntades personales de las sociales y comunitarias (Romero Antola, 2020, p. 101). Una de las características que cuesta asumir de los derechos es su carácter relativo, todo derecho es susceptible de limitaciones. No son absolutos ni ilimitados, sino que en verdad se encuentran sometidos a una serie de restricciones o limitaciones que provocan que su titular no pueda ejercer válidamente una determinada prerrogativa en ciertas circunstancias e incluso esas restricciones también pueden ser establecida por otra norma o ley, por ello, cuando entran en conflicto dos o más derechos se debe recurrir a la ponderación de uno de ellos, en el presente caso entre el derecho a la libertad y el derecho a la igualdad dentro de régimen matrimonial el legislador ha optado por darle mayor peso a derecho de la igual de manera que se vean protegidos los derechos y deberes de los cónyuges e hijos, de ninguna manera éstos se pueden ver afectos por la libertad o la autonomía de la voluntad de la que gozan los cónyuges.

Por lo tanto, esa libertad ha encontrado limitaciones a lo largo de la historia, y más allá de las limitaciones clásicas de orden público y buenas costumbres, en la actualidad, los contratos a través del ejercicio irrestricto de la autonomía privada y la libertad del ser humano **deben tener como máxima exigencia la justicia y la equidad**, debe ser un mecanismo integrador entre la satisfacción de los intereses privados y la concreción directa o indirecta de los intereses y fines públicos.

De repente existe un aceptable temor de distorsionar la institución de la familia, por cuanto quedaría al libre albedrío de las obligaciones y derechos de carácter patrimonial; pero lo cual queda deslucido por cuanto aun cuando se pretenda entender al matrimonio como un negocio especial de carácter familiar, pero en la práctica las mayores discusiones son respecto al patrimonio. Por el contrario, se contribuiría a un manejo óptimo, y sobre todo protegiendo el riesgo y desventaja de los contrayentes, que repercute en la prole.

4.3 Eficacia de las capitulaciones matrimoniales

Siguiendo al autor Rozalén Creus (2018, p. 326) nos precisa que, el Código Civil Español prevé en su artículo 1334 que “Todo lo que se estipule en capitulaciones matrimoniales bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contratarse en el plazo de un año”. Por tanto, las capitulaciones matrimoniales se podrán otorgar en cualquier momento, pero siguiendo la misma regla que acabamos de señalar, las mismas no pueden “sobrevivir” sin que exista un matrimonio, por lo cual quedarán sin efecto si no llega a celebrarse el enlace. De esto se colige que el legislador español ha establecido un marco de tiempo prudente para declarar la ineficacia de las capitulaciones matrimoniales si es que no se han casado los que las otorgaron, ese plazo se ha fijado en un año, como hemos visto que dispone, como puede observarse, este tipo de acuerdos a diferencia de los otros acuerdos entre particulares, como contratos, convenios, entre otros, se encuentran supeditados a la realización de un hecho trascendental como lo es el matrimonio, de manera que, una pareja que decida, con anterioridad y con proyección al futuro, celebrar un acuerdo de este tipo pero por diversas razones no llega a concretarse el matrimonio, ello no autoriza a la otra persona a solicitar el cumplimiento de dicho acuerdo. Y si lo pensamos muy bien, existe una gran lógica ancestral detrás un artículo como este y eso es, la protección del patrimonio de la ejecución de cláusulas que puedan amenazar su integridad. No obstante, el mismo autor precitado, nos manifiesta que, aunque el matrimonio se celebrara con posterioridad al plazo señalado, ya no serán eficaces, y por tanto regirá entre los casados el régimen legal supletorio establecido en el derecho común o foral según su vecindad civil, o en su caso, deberán de pactar de nuevo otras capitulaciones matrimoniales que recojan las estipulaciones que crean convenientes para regir su economía matrimonial. Entonces, de lo referido por el autor, se entiende que en el supuesto el matrimonio no se realizara en el tiempo establecido según el legislador, estas ya no surten efecto y de manera inmediata se instaura un régimen legal al que pertenecen los cónyuges según su vecindad civil o la segunda posibilidad es realizar otras capitulaciones matrimoniales que favorezcan el régimen económico del matrimonio.

Por parte, García Echeverri (2013, p.40) manifiesta firmemente que, las convenciones denominadas capitulaciones, están sujetas a la condición de que el matrimonio efectivamente se celebre pues del mismo dependerá la eficacia o no de dichas convenciones. En este sentido, nos encontramos ante una condición potestativa toda vez que está dado a los futuros cónyuges decidir si lo celebran o no y de este acto dependen las capitulaciones y sus efectos, y al mismo tiempo la condición es suspensiva, pues hace depender el nacimiento de las obligaciones y los derechos que se pactan en las capitulaciones matrimoniales, del matrimonio. En otras palabras, la celebración del matrimonio se convierte en una suerte de condición potestativa, aquellas en que el evento que constituye la condición depende de la voluntad de una de las partes contratante, pues como se menciona dependerá de la voluntad de las partes-cónyuges para que se celebre el matrimonio; y a su vez en una condición suspensiva, aquellas que mientras no se cumplan suspenden la adquisición del derecho, es decir, se suspende el nacimiento del derecho hasta cuando la condición sea ejecutada. En suma, en el caso de que un negocio jurídico esté sujeto a una *condición suspensiva*, este producirá sus efectos a partir del momento en que la condición se cumpla o verifique. Por lo cual, las capitulaciones y sus efectos se evidenciarán en la medida que se cumpla con la celebración del matrimonio

En concordancia con lo anterior, el autor continúa diciendo, la validez de las capitulaciones matrimoniales dependerá de que su otorgamiento se ajuste a las normas especiales establecidas en la ley para ellas, y en lo no regulado, a las normas generales del derecho civil y a los principios generales del derecho. El desconocimiento de alguna de estas disposiciones genera invalidez. No obstante, no puede hablarse de los efectos de manera general, sino que se hace necesario mirar que efectos produce el desconocimiento de una normativa determinada de manera separada así. (García Echeverri, 2013, p. 40). Con relación a lo mencionado, las fuentes formales del ordenamiento jurídico español (en el sentido de formas de manifestarse las normas en el Derecho español) son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho, como señala el art. 1.1 CC. La fuente que se aplica en primer lugar, es la ley (en el sentido de norma escrita), teniendo presente que carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra superior; en el caso de las capitulaciones matrimoniales, su validez dependerá, según lo establecido por el legislador, si se encuentra acorde, ya sea, a normas imperativas de carácter general, como también tendrán que tenerse en cuenta las leyes de carácter especial; y que deben de ser de conocimiento de los sujetos de derechos que buscan celebrar el negocio jurídico. Ahora bien, el autor también cuestiona acerca de los principios generales del derecho, que son dispositivos orientadores de los operadores jurídicos

para colmar aquellos supuestos no regulados por el derecho, de los cuales, según la doctrina española recoge el principio de especialidad, que establece “prima la norma especial sobre la general”, permitiendo resolver conflictos normativos o lo que es lo mismo, cuando dos normas se encuentran en conflicto, prevalecerá la norma especial sobre la general. Aquellos negocios o actos jurídicos que afecten o sean contrarios a ellos generan su invalidez.

Por otra parte, la eficacia de estos convenios, como todo acuerdo producto de la autonomía de la voluntad de los seres humanos, debe cumplir con todas las reglas esenciales para su validez y la ausencia de las mismas determina otro tipo de tratamiento y consecuencias, así pues, García Echeverri (2013, p. 41) explica que, producto de lo indicado en líneas anteriores existen las capitulaciones matrimoniales inexistentes, que son aquellas en las que falta el consentimiento como requisito esencial de todo acto jurídico. También puede haber inexistencia de las capitulaciones cuando se celebra el acto del matrimonio por personas distintas de las que otorgaron las capitulaciones, o cuando se omiten las formalidades de ley como sería el caso de la escritura pública. En ese sentido, es importante señalar que todo acto o negocio jurídico debe contar con los requisitos esenciales (que le son comunes), es decir, elementos esenciales con los que debe contar el negocio jurídico que se va a celebrar, uno de estos requisitos, lo constituye el consentimiento. Por lo tanto, si el acto adolece de un defecto o de la ausencia de un requisito, el mismo sencillamente es inexistente. Si faltan los requisitos del acto, el mismo es imposible de ser confirmado, justamente porque era inexistente.

Asimismo, en aquellos casos para los que la norma establezca una forma para la celebración en los que debe contar necesariamente con ciertos requisitos de un negocio jurídico de manera imperativa, esta debe seguirse caso contrario el negocio jurídico será pasible de la sanción más severa, esto es, la nulidad, como en el caso de la obligatoriedad de la escritura pública para las capitulaciones.

Puntualizando este tema en el otorgamiento de las capitulaciones matrimoniales, encontramos que la nulidad absoluta se da cuando tienen objeto o causa ilícita como sería por ejemplo el caso en el que los futuros cónyuges quisieran celebrarlas con el fin de defraudar intereses de terceros. Cuando se omiten algunas formalidades en la realización de la escritura pública, o cuando son celebradas por los absolutamente incapaces (García Echeverri, 2013, p.44). Se entiende por negocio jurídico nulo aquel al que le falte un elemento, o un presupuesto, o un requisito esencial, o sea contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres, o cuando infrinja una norma imperativa; respecto a los requisitos esenciales de

los contratos, uno de ellos es el objeto o causa lícita, cuya licitud es referente a en su aspecto subjetivo (motivo por el cual es celebrado el negocio jurídico) por contravenir las normas que interesan al orden público o a las buenas costumbres. Se trata, pues, de una causal de nulidad por ausencia del requisito de la licitud, aplicable al fin; y el segundo requisito referido a la capacidad de las personas, como premisa general se plantea que solo las personas que tienen plena capacidad de ejercicio pueden celebrar contratos, porque solo alguien con plena capacidad podrá **manifestar válidamente su voluntad o consentimiento**; en este caso tanto los menores como los incapaces no podrían celebrar contratos. Respecto a la nulidad absoluta, referida por el autor, es que no es posible enmendar el error o es insanable, simplemente el negocio jurídico celebrado será ineficaz, es declarada de oficio.

García Echeverri (2013, p. 44) continúa precisando que, existe un punto en que se presenta una discordia dependiendo de, si se acepta que se puede pactar o no la separación total de bienes de la pareja, pues para quienes piensan que no es posible, las capitulaciones estarían viciadas de nulidad absoluta cuando tengan por objeto desvirtuar la naturaleza de las mismas como sería el caso en que se pacte el no nacimiento de la sociedad conyugal o patrimonial entre compañeros permanente. No obstante, para quienes plantean que esto es perfectamente posible por las razones que se expondrán posteriormente, no se estaría en presencia de ninguna nulidad y el acto gozaría de validez plena. Con base en lo referido por el no lleva a asumir que, aún existe la disyuntiva en si se acepta o no que se puede pactar o no la separación total de bienes de la pareja, de ser considerada sería una causal de nulidad absoluta sin posibilidad de ser subsanada o lo que es lo mismo las capitulaciones tendrían validas, pero devendrían en inexistentes por no poder surtir los efectos por los que fueron estipuladas y en caso no lo fuere, no afectaría la validez del acto jurídico celebrado entre las partes.

De otro lado, en lo que respecta a esta clase de convenios matrimoniales, puede existir ineficacia por nulidad siempre y cuando los acuerdos se realicen sin observar los requisitos de forma, en otras palabras, sin una escritura pública que se eleve ante un notario o grosso modo, cuando los acuerdos son modificados por los cónyuges después de celebrado el matrimonio y, claro está, aquellas situaciones que contravengan el orden público, la ley y las buenas costumbres. Aunado a lo anterior, siendo válido el acto, puede ser ineficaz porque no se den unas circunstancias específicas en que debe producir sus efectos como, por ejemplo, unas capitulaciones válidamente celebradas, pero no son eficaces hasta que no se celebre el matrimonio.

Ahora referirnos a la nulidad de acto, lo cual determinaría la invalidez del negocio jurídico, ello significaría la improductividad de efectos jurídicos del negocio desde un inicio, tanto para las partes contratantes, así como la imposibilidad de subsanación; y ellos se ocasionaría solo si no se observa los requisitos de forma o estos contravengan a la ley y las buenas costumbres establecidos para los negocios jurídicos, como en el presente caso cuando la escritura pública no ha sido presentada ante un notario público, de la misma manera, hablamos de ineficacia, cuando el negocio jurídico no surte efectos provisionalmente, en el caso de las condiciones suspensivas, es decir, es necesaria la realización de la condición para surtir los efectos, pero éste tiene el poder de ratificar ese negocio jurídico o dejarlo sin efectos definitivamente, sino se llegara a realizar la condición, en el supuesto de la celebración del matrimonio.

4.4 Realidad Jurídica de la autonomía de la voluntad entre cónyuges y convivientes

Aunque hasta el momento hemos presentado varios aspectos relacionados a las vinculaciones que se producen de estos acuerdos entre cónyuges, hijos, terceros, aspectos relacionados al régimen del patrimonio, entre otros, es menester que llegado a este punto se hagan ciertas precisiones sobre todo al plantearse el desarrollo de dos instituciones jurídicas como lo son, los cónyuges y los convivientes.

En principio, la forma de manifestación de consentimiento entre estas figuras es totalmente diferente, mientras que, los cónyuges (matrimonio) expresan su consentimiento formal de constituir una familia ante el Registro Civil, los convivientes (unión de hecho) lo manifiestan a través del estado constante de convivencia, es decir, la posesión. Asimismo, Castro Avilés (2014, p. 73) nos manifiesta que, si bien es cierto que a la unión de hecho se le ha reconocido el régimen de sociedad de gananciales, debe haber una declaración notarial o judicial previa que demuestre el cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley y la «posesión constante de estado de convivientes». Como puede advertirse, los convivientes están sujetos a cumplimiento de reglas adicionales que sirven para acreditar el estado de estos, a diferencia de los futuros cónyuges, quienes tienen la libertad de escoger el régimen patrimonial que mejor responda a sus necesidades e intereses, sea régimen de sociedad de gananciales o separación de patrimonios, facultad, que dicho sea de paso los convivientes no tienen. Además, del estudio conjunto de la normativa y la doctrina, se sabe que los esposos a lo largo de su vida matrimonial tienen la opción de sustituir el régimen patrimonial por vía notarial si es que ambos muestran su conformidad o por medio de la vía judicial, en caso de que se presuma la existencia de abuso de facultades. En suma, es evidente que la realidad de los

cónyuges y los convivientes tienen ciertos parámetros delimitados y que les permiten o no un margen de libertad en su toma de decisiones, claro está que, la figura del matrimonio permite a los esposos cierto espacio de libertad sobre cuál será la condición de aquellos intereses que consideran trascendentes antes y después del matrimonio (como bienes, hijos, régimen del matrimonio y otros acuerdos), todo lo contrario, ocurre con los convivientes (unión de hecho) quienes mayoritariamente se limitan al cumplimiento estricto de requisitos que el legislador ha considerado indispensables para el reconocimiento de su estatus propiamente dicho.

A fin de precisar aún más, las distintas realidades que operan bajo estas dos instituciones jurídicas, Castro Avilés (2014, p. 73) continúa diciendo, el matrimonio, a partir de su fecha de celebración, opera hacia futuro; es decir, los efectos jurídicos del mismo con respecto a los cónyuges y terceros se producen a partir de la fecha cierta de su celebración. El matrimonio celebrado después de un período de convivencia no regulariza la situación patrimonial. Presentamos como ejemplo la Casación N° 2348- 2010-La Libertad que indica que no se aplicó el régimen de la sociedad de gananciales a los bienes, porque no se acreditó la existencia de una unión de hecho previa entre el recurrente y la demandada, sostenida antes de la celebración de su matrimonio. En otras palabras, podemos observar que el matrimonio no regulariza la situación patrimonial de los bienes adquiridos durante la convivencia que precedió al matrimonio. Para regularizar la situación patrimonial de dichos bienes corresponde una previa declaración notarial de reconocimiento de unión de hecho. Por esta declaración, los bienes adquirirán la calidad de bienes sociales; para luego, en la liquidación de la relación concubinar, se otorgue la parte correspondiente a cada conviviente, en calidad de bienes propios y con esta naturaleza ingresarán al matrimonio. La fecha cierta se refiere a la fecha a partir de la cual se tiene certeza de la existencia del acto jurídico, generalmente, lo que demuestran ello, son los documentos. El matrimonio como institución viene a regir desde el momento de su celebración en adelante, constara con fecha cierta desde el momento de su celebración por tratarse de un acto jurídico formal (debe constar con formalidad establecidas por la ley), en cambio, la unión de hecho tendrá fecha cierta en la medida que se demuestre por medio probatorio idóneo, por ejemplo, desde cuando se inició el estado constante de la convivencia. Al respecto, la Casación N° 2348- 2010-La Libertad, hace referencia que para que surta los efectos una unión de hecho debe contar con medio probatorio idóneo, si no este no tendrá validez y se verá afectada la Situación patrimonial pues los bienes adquiridos durante la convivencia no estarán bajo el régimen que, en este caso, solicitarían los cónyuges, debiendo ya constar haber recurrido al reconocimiento de la convivencia por la vía notarial o

judicial, los cuales son las vías que ha planteado el legislador para la constitución de la unión civil.

Por parte la constitución, como norma general dentro de un estado de derecho, tiene un enfoque orientado hacia la protección de la familia y promueve el matrimonio, sin perjuicio de reconocer a la unión estable de un varón y una mujer libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, dando lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de una sociedad de gananciales, en cuanto sea aplicable. Si uno de los convivientes no respeta la comunidad de bienes, usufructuando en forma exclusiva los bienes comunes y se niega a reconocer los derechos de su pareja sobre los mismos, el conviviente perjudicado tendrá necesariamente que solicitar el reconocimiento judicial de la unión de hecho. (Castro Avilés, 2014, p 99). En la actualidad, se observa la existencia de un gran número de habitantes que optan por la convivencia y no por el matrimonio, por lo que es de vital importancia un pronunciamiento que determine la necesidad de que tanto el criterio de los que imparten justicia como de aquellos encargados de emitir las normas al respecto, varíen de tal forma que respondan realmente a lo que hoy en día se considera como familia. Si bien nuestra Constitución Política de 1993 y legislación vigente (Código Civil y Penal) inició el camino del cambio hacia una nueva concepción de familia, sin embargo, puede observarse que el Código Civil, conserva aún diferencias entre la unión de hecho y el matrimonio, teniendo en cuenta que a partir de ambas surge lo que se desea proteger: La familia. El Estado Peruano reconoce como fin supremo la institución de la familia, por ello, ha optado por difundir aún más, el matrimonio, como acto jurídico formal, cumpliendo ciertos requisitos uno de ellos es que los contrayentes se encuentren libres de cualquier impedimento, dentro de la misma, surge el ámbito patrimonial el cual se puede regir bajo una sociedad de gananciales, sin embargo, el principio de igualdad entre hombre y mujer fomenta las relaciones de familia, razón por la cual, en caso uno de los cónyuges afecta al otro dentro de la comunidad de bienes y de la misma manera se niega a reconocer derechos del otro ofrecen otras maneras de protección, para el cónyuge perjudicado, una de ellas, es solicitar el reconocimiento judicial de la unión de hecho, ya no aplicaría la vía notarial para dicho reconocimiento.

Como se puede rescatar de lo mencionado hasta este punto, un aspecto importante en la toma de decisiones como al momento de medir sus consecuencias se encuentra referido a régimen de los bienes y para mayor abundamiento, Pérez Ureña (2014, p. 99) nos precisa que, en el caso de la unión de hecho, esta, no crea por sí misma, una comunidad de bienes, ni puede presumirse que esta exista, sino que es absolutamente necesaria para su existencia que esté

expresamente convenida y, si de esto no aparece prueba alguna, aun habiendo convivido tácitamente, los bienes adquiridos por cada uno son de propiedad exclusiva de cada cual. Desde luego, lo que el autor señala es muy certero, pues en nuestra legislación, la constitución como tal de una unión de hecho se necesita que cumpla con los requisitos formales establecidos en la ley, lo que se perfecciona recurriendo a la vía notarial y judicial, para que esta pueda generar efectos jurídicos, no aplica lo tácito, pues de lo contrario no será válido, debiendo cumplir ciertas formalidades, por tanto, para que se presuma el régimen de comunidad de bienes es necesario que se cumplan con los requisitos legales de la unión de hecho. Debe contar con prueba idónea que sería el estado permanente de la convivencia como mínimo de dos años (según la norma jurídica), por cualquiera de los medios permitidos por las normas procesales. Y en ese mismo sentido el TC ha dejado claro en varios pronunciamientos que el simple hecho de iniciar una unión de hecho no representa el nacimiento automático de un régimen de comunidad de bienes, sino que, los mismos convivientes basados en su autonomía de voluntad, evidencian la intención de hacer de común uso todos o determinados bienes que se adquieran, como ya hemos mencionado, la unión de hecho al igual que el matrimonio genera efectos de carácter personal (debe de cohabitación) pero también de carácter patrimonial. Los aspectos patrimoniales de la unión de hecho son regulados a través de los regímenes patrimoniales reconocidos por la legislación que vendrían a ser la *sociedad de gananciales* y la *separación de patrimonios*, sin embargo, a diferencia del matrimonio, este no se genera de manera automática la sociedad de gananciales, sino, que es preciso probar la intención de los convivientes de hacer comunes los bienes, es decir, los cónyuges deben evidenciar por algún medio idóneo el propósito de que la unión de hecho va a aplicar bajo el régimen de sociedad de gananciales.

Sin perjuicio de lo antes mencionado, la jurista Castro Avilés (2014, p.99) plantea un importante interrogante producto del derecho comparado, dice, las leyes de Valencia y Madrid permiten que los convivientes regulen las relaciones económicas durante la convivencia mediante pactos, escritura pública o documento privado. ¿En el Perú, los convivientes tienen libertad de pactos sobre su régimen patrimonial? Nosotros creemos que podrían acordar cláusulas que no vulneren las normas imperativas del Derecho de familia peruano. La autora plantea un posible escenario en el que a su parecer los convivientes si puedan regular sus relaciones económicas mediante pactos que no desconozcan las normas específicas (derecho de familia), sin embargo, discrepo de la autora en la medida que, con en todo lo analizado hasta este extremo, es evidente que nuestra legislación no ha otorgado más

facilidades a los convivientes que el solo reconocimiento mediante la formalización de su unión recién luego de cumplidos los requisitos que esta institución plantea, recién puede entrar a tallar el régimen de los bienes de los convivientes, algo que dista mucho del caso en comparación con el sistema español, en resumen, considero que en nuestra legislación no da pie a la realización de este tipo de acuerdos, por los argumentos antes esgrimidos.

La diferencia entre las legislaciones española y peruana consta en que la sociedad de gananciales sea el régimen optado en la unión de hecho, es el momento en que este se perfecciona, mientras el primero de ellos, debe constar en prueba idónea que evidencie la intención de las partes independientemente si la unión de hecho ya se ha celebrado por cualquiera de las vías establecidas en ley; y en el caso de la legislación peruana solo bastaría que se pruebe la unión de hecho celebrada, por los medios permitidos por las normas, lo que evidentemente se habría que probar es la convivencia de por lo menos dos años continuos, en el tiempo. Sin embargo, el punto de encuentro de ambas codificaciones es la existencia de dos regímenes patrimoniales: sociedad de gananciales y separa de bienes, aunque algunos autores acotan en el caso peruano, la sociedad de gananciales es de tipo parcial, pues los bienes adquiridos antes del matrimonio o unión de hecho se mantienen como bienes propios de cada cónyuge, mientras que los bienes adquiridos durante la convivencia o matrimonio serian propios de la sociedad o bien comunes.

De otro lado, pensamos que el establecimiento del régimen de la sociedad de gananciales para la unión de hecho opera cuando los convivientes adquieren estabilidad por el transcurso del tiempo de la convivencia, lo que supone la intención de ser considerados como una pareja con vocación al matrimonio. La aplicación de esta figura, después de extinguida la relación concubinaria, tiene como objetivo el establecer la realidad jurídico-patrimonial de los bienes adquiridos durante su vigencia y evitar el enriquecimiento injusto de uno de los convivientes. (Castro Avilés, 2014, p. 101). Efectivamente, el reconocimiento de la unión de hecho en las legislaciones es debido, en la actualidad, la mayoría de las personas optan por convivir antes de someterse a una atadura legal o religiosa, convirtiéndose así es un medio común para constituir familia, realidad ha generado que el concepto de familia se redefina, superando la concepción tradicional o clásica de familia constituida únicamente por dos personas que contraen matrimonio, para expandirse y abarcar también situaciones como las uniones de hecho, las familias monoparentales o las familias reconstituidas. Ésta debe cumplir con ciertos requisitos como la convivencia permanente con un mínimo de tiempo de 2 años, lo que evidencia de cierta manera, una estabilidad por parte de los convivientes, lo que hace suponer

que en un futuro podrían contraer matrimonio, sin embargo, esta figura, presenta muchas limitaciones a las partes integrantes de poder autorregular sus intereses, a pesar de ser una institución similar al matrimonio. Resulta contradictorio que en las uniones de hecho no se puede decidir sobre su régimen patrimonial y tienen que someterse obligatoriamente a la sociedad de bienes. Una justificación a ello el autor plantea que es con la finalidad de protegerlos bienes adquiridos durante la vigencia es la unión, y así evitar ciertas situaciones en la que uno de los contrayentes se viera afectado y otro beneficiado respecto de dichos bienes.

En base a lo anterior, debemos considerar que son aplicables algunas de las normas relativas a la sociedad de gananciales reguladas para el matrimonio y otras pueden ser impertinentes, por ejemplo, el artículo 312 del Código Civil referido al derecho a contratar entre los cónyuges solo sobre los bienes propios o el 324 del Código Civil que establece la pérdida de gananciales por el cónyuge culpable de la separación de hecho.

El régimen patrimonial de la unión de hecho comprende los bienes que los convivientes tenían antes de iniciarse esta, así como los adquiridos por cualquier título durante el período de vigencia de dicha unión. El patrimonio de la unión de hecho está conformado por los bienes propios y bienes sociales de cada conviviente, incluidas las deudas, las cargas y el menaje del hogar. (Castro Avilés, 2014, p. 101). Consecuentemente, los ordenamientos jurídicos se han direccionado por regular la unión de hecho como institución jurídica, empero no ha seguido el mismo ritmo el reconocimiento de la elección o sustitución de régimen patrimonial en la unión de hecho. Por tanto, el régimen patrimonial de las uniones de hecho es único y forzoso, todos los bienes y deudas adquiridas durante la convivencia formarán parte del patrimonio social de ambos concubinos, entendiendo que se constituye la sociedad de gananciales desde el inicio de la convivencia. Por consiguiente, al concluir la unión de hecho también se liquida la sociedad de gananciales y los bienes sociales que hubieren adquirido deberán ser repartidos en partes iguales, ninguno de ellos se encuentre en desventaja.

Por su parte el Tribunal Registral ha precisado que: «La Sociedad de Gananciales constituye un patrimonio autónomo, no existiendo copropiedad entre los cónyuges, consecuentemente uno de los cónyuges no puede disponer de sus acciones y derechos antes del fenecimiento y/o liquidación de la sociedad de gananciales». La sociedad de gananciales es un ente jurídico autónomo, titular del derecho de propiedad sobre los bienes sociales, no constituye un régimen de copropiedad, por ello que para disponer de los bienes sociales se requiere del consentimiento de ambos cónyuges, no pudiendo haber disposición por parte de uno de ellos

de porcentajes de los bienes sociales, por cuanto no existen alícuotas sobre las que cada cónyuge ejerza el derecho de propiedad, lo que se desprende del tenor del artículo 315 del Código Civil. (Castro Avilés, 2014, p. 102). Con relación a ello, la sociedad de gananciales es un régimen económico matrimonial que establece que los bienes pertenecen a ambos cónyuges, y, por consiguiente, su administración y disposición, en principio, recae sobre ambos cónyuges. Por lo general, se componen por bienes sociales que han sido adquiridos durante el régimen de sociedad de gananciales o son los frutos y/o productos provenientes de los bienes propios y **bienes propios** han sido adquiridos antes de la unión matrimonial o durante, pero a título gratuito (aquellos que son productos de herencias). Asimismo, se ha establecido que esta figura no responde a los atributos propios de una copropiedad porque no podrán ser divididos o existir una alícuota, sino, aquí aplica lo que es la liquidación o disolución, el conjunto de los bienes, de la sociedad.

Asimismo, mediante la Resolución N° 343-98-ORLC/TR, el Tribunal Registral establece claramente que la facultad de la sustitución voluntaria del régimen patrimonial es exclusiva de la pareja matrimonial, excluyendo a la unión de hecho porque para esta última, la sociedad de gananciales es un régimen forzoso establecido por ley: Que, el Art. 295 del Código Civil prevé la posibilidad de elección del régimen patrimonial, debiendo ser entendido este artículo aplicable solo a los matrimonios; ya que si bien establece la posibilidad de que los futuros contrayentes opten por el régimen de separación de patrimonios o el de la sociedad de gananciales, debe ser entendido ello como una facultad otorgada a los futuros cónyuges como beneficio que la ley otorga a aquellos que deseen acogerse al matrimonio, asimismo, el régimen de separación de patrimonios solo va a regir si es que se celebra el matrimonio (condición suspensiva) (Castro Avilés, 2014, p. 104). Las uniones de hecho, conocida en doctrina como uniones de convivencia estables, desde hace tiempo, han pasado a ser toda una realidad. Por medio de ellas, muchas parejas optan por compartirse sin formalidad alguna, ateniéndose a sus efectos legales. Si bien la unión de hecho cuenta hoy día con expreso reconocimiento tanto la Constitución como en el Código Civil, sigue teniendo un estatus inferior al matrimonio, pues solo para éste aplica el régimen de bienes separados. Sin embargo, también ha optado por dar la posibilidad a los convivientes si en un futuro contraen matrimonio, solo si este se llegara a realizar, funciona como una suerte de condición suspensiva. Evidentemente, el camino al reconocimiento de derechos a los integrantes de las uniones de hecho ha sido largo y accidentado y si bien han existido avances, notamos que aún quedan varios temas pendientes por resolver; entre ellos la aplicación extensiva de las

capitulaciones matrimoniales, también a los convivientes como mejor protección de su unión, sino ante las posibles rupturas y manejo de los bienes hacia terceros, pues permitirá conocer de antemano la situación jurídica de los mismos.

4.5 Propuesta de regulación

Dentro de las causas por las cuales la figura de las capitulaciones matrimoniales o maritales no es tan difundida a comparación de otros países más desarrollados, es debido a la estructura clasista y conservadora de nuestra sociedad. Por lo cual en la presente investigación se ha tratado de explicar a profundidad el sentido y aspectos relevantes de las capitulaciones, así como su tratamiento en los diferentes ordenamientos jurídicos y la relación existente con la autonomía de la voluntad, la cual es eje central para el correcto funcionamiento de esta figura redescubierta y hasta cierto punto desconocida en nuestro ordenamiento.

A consecuencia de lo mencionado, es relevante proponer la incorporación de la figura de las capitulaciones matrimoniales o maritales en nuestro código civil peruano, específicamente incluirlo en la sección de Régimen Patrimonial del Matrimonio ya que es una alternativa diferente a los regímenes ya conocidos como Sociedad Conyugal y Separación de Bienes, así como también incluirlo en la Unión de Hecho. Por lo que deberíamos tener en cuenta que las modificatorias sugeridas deberían estar redactadas de la siguiente forma:

- Artículo 295.- Elección del régimen patrimonial

Antes de la celebración del matrimonio, los futuros cónyuges pueden optar libremente por el régimen de sociedad de gananciales, por el de separación de patrimonios *o por las capitulaciones matrimoniales o maritales*, el cual comenzará a regir al celebrarse el casamiento.

Si los futuros cónyuges optan por el régimen de separación de patrimonios *o por las capitulaciones matrimoniales o maritales*, deben otorgar escritura pública, bajo sanción de nulidad.

Para que surta efecto debe inscribirse en el registro personal.

A falta de escritura pública se presume que los interesados han optado por el régimen de sociedad de gananciales.

- **Artículo 326.- Unión de hecho**

La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, *origina una sociedad de bienes cuya administración puede darse en dos formas, la primera se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, y la segunda son las capitulaciones maritales (explicadas a partir del art 332)*, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos.

- **Capítulo cuarto: Capitulaciones matrimoniales o maritales**

- **Artículo 332.- Definición de la institución**

Se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él, y a las donaciones y concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o futuro.

- **Artículo 333.- Formalidades de las Capitulaciones matrimoniales o maritales**

Las capitulaciones matrimoniales se otorgarán por escritura pública a partir de los bienes que valgan 1,500 nuevos soles; los bienes que valgan menos de esa cantidad bastarán que consten en escritura privada, firmada por las partes y por tres testigos domiciliados en el territorio. De otra manera no valdrán.

- **Artículo 334.- Límites a las estipulaciones**

Las capitulaciones matrimoniales no contendrán estipulaciones contrarias a las buenas costumbres ni a las leyes. No serán, pues, en detrimento de los derechos y obligaciones que las leyes señalan a cada cónyuge respecto del otro o de los descendientes comunes.

- **Artículo 335.- Capitulaciones del menor hábil**

El menor hábil para contraer matrimonio podrá hacer en las capitulaciones matrimoniales, con aprobación de la persona o personas cuyo consentimiento le haya sido necesario para el matrimonio, todas las estipulaciones de que sería capaz si fuese mayor; menos las que tengan por objeto renunciar los gananciales, o enajenar bienes raíces, o gravarlos con hipotecas o servidumbres. Para las estipulaciones de estas clases será siempre necesario que la justicia autorice al menor. El que se halla bajo curaduría por otra causa que la menor edad, necesitará de la autorización de su curador para las capitulaciones matrimoniales, y en lo demás estará sujeto a las mismas reglas que el menor.

- **Artículo 336.- Irrevocabilidad de las Capitulaciones**

Las capitulaciones matrimoniales no se entenderán irrevocablemente otorgadas sino desde el día de la celebración del matrimonio; ni celebrado, podrán alterarse, aún con el consentimiento de todas las personas que intervinieron en ellas.

- **Artículo 337.- Alteraciones a las Capitulaciones**

No se admitirán en juicio escrituras que alteren o adicionen las capitulaciones matrimoniales, a no ser que se hayan otorgado antes del matrimonio y con las mismas solemnidades que las capitulaciones primitivas.

Ni valdrán contra terceros las adiciones o alteraciones que se hagan en ellas, aún cuando se hayan otorgado en el tiempo y con los requisitos debidos; a menos que se ponga un extracto o minuta de las escrituras posteriores, al margen del protocolo de la primera escritura.

- **Artículo 338.- Relación de Bienes**

Las capitulaciones matrimoniales designaran los bienes que los esposos aportan al matrimonio, con expresión de su valor y una razón circunstanciada de las deudas de cada uno.

Las omisiones o inexactitudes en que bajo este respecto se incurra, no anularan las capitulaciones; pero el notario ante quien se otorgaren hará saber a las partes la disposición precedente y lo mencionará en la escritura, bajo la pena que por su negligencia le impongan las leyes.

Finalmente, se debe tener en cuenta que para que este articulado halle su lugar en nuestro código civil, debe reestructurarse la numeración de los artículos en nuestro código civil a fin de no descompagnar los derechos y facultades que se encuentran inmersos en ellos.

V. Conclusiones

De acuerdo con lo investigado y analizado a lo largo de este trabajo académico, queda indubitablemente demostrada la necesidad jurídica de la adopción de la figura de las capitulaciones matrimoniales en nuestro ordenamiento, pues ello permitirá el libre ejercicio de

la autonomía de la voluntad entre los cónyuges y convivientes, debido a que abre la posibilidad de pactar una vida a futuro mediante los propios términos de cada pareja.

Conforme a lo contrastado tanto en la doctrina como en el derecho internacional, se ha podido dar forma a la desconocida figura de las capitulaciones matrimoniales, misma que surgió en América del Norte y logró desarrollarse ampliamente en Europa siendo transmitida a Latinoamérica mediante las colonizaciones, tras recorrer ese camino podemos afirmar que dicha aplicación ha sido de gran utilidad en todo el mundo, permitiéndonos señalar beneficios, limitaciones y efectividad en su adopción.

Para finalizar, ambiciosamente se pretendió desarrollar la autonomía de la voluntad en las relaciones maritales y convivenciales, debido a que en nuestro ordenamiento no existe dicha autonomía como tal, pues todo ya está preestablecido en nuestra regulación y encausado a regímenes antiguos que no aportan una solución inmediata a los problemas actuales en los matrimonios o convivencias. De este modo se ha concluido que las Capitulaciones matrimoniales serían de gran ayuda no solo para establecer las reglas de una vida a futuro, sino para satisfacer la necesidad de autonomía de las parejas en general que aspiran a ejercer plena e irrestrictamente sus libertades.

VI. Referencias

1. Antón Juárez, I. (2019). “Los acuerdos prematrimoniales en derecho internacional privado español.” *Estudios Socio-Jurídicos*, 21(1), 61-90. Doi: <http://dx.doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.7256>
2. Blanco-Rodríguez, J. (2011). “Capitulaciones matrimoniales: ¿modificación, sustitución y eliminación del régimen económico del matrimonio?” *Revista Ambiente Jurídico*, (13), 239-255.
3. Bernal Pulido, Carlos. (2008). El concepto de libertad en la teoría política de Norberto Bobbio. *Isonomía*, (29), 97-120. Recuperado en 14 de junio de 2021, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182008000200005&lng=es&tlng=es.diez
4. Castro Avilez, Evelia F. (2014), *Análisis legal y jurisprudencial de la unión de hecho*. Academia de la Magistratura, Lima-Peru
5. Casación N° 2348- 2010-La Libertad

6. Cervilla Garzón, María D. (2017), «Los acuerdos prematrimoniales y matrimoniales en el actual Derecho de los Estados Unidos: The Uniform Premarital and Marital Agreement Act (2012)», Revista de Derecho Civil, Vol. IV, Núm. 2 ,pp. 3-54
7. Constitución Política del Perú [Const], 29 de diciembre de 1993
8. Código Civil Peruano, Decreto Legislativo N.º 295, 14 de noviembre de 1984 (Perú)
9. Código Civil Alemán, 01 de enero de 1900 (Alemania)
10. Código Civil Ecuatoriano, 01 de enero de 1861 (Ecuador)
11. Código Civil Español, 27 de julio de 1889 (España)
12. Collantes de Terán de la Hera, M. J. (1999). “Comunidad de gananciales y capitulaciones matrimoniales en la codificación civil española.” Anuario de Historia del Derecho español, (69), 389-426.
13. Crespo Gonzalo, A. (2017). “Los Pactos Matrimoniales en Previsión de Ruptura.” (Tesis para optar por el título profesional de Abogado), Universidad de La Rioja. Logroño: España
14. Díez Picazo, Luis y Gullon, Antonio. Sistema de Derecho Civil. Editorial TECNOS, Vol. I y II. pp. 389
15. Domínguez Guillén M.C (2015) “Las capitulaciones matrimoniales: expresión del principio de la autonomía de la voluntad.” Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia (5), 336-380
16. Espinoza Melet M (2020) “La administración irregular de la comunidad de gananciales. Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia” (14),282-292
17. Figueroa, T.M. (2015). *Contenido de Capitulaciones Matrimoniales: Estudio Comparado entre España, Puerto Rico y Estados Unidos*. [tesis de doctorado, presentada en la Universidad Complutense de Madrid].
18. García Echeverri, D. (2013 “Capitulaciones Matrimoniales en Colombia.” (Tesis para optar por el grado académico de magister en Derecho Civil), Universidad de Zaragoza. Zaragoza: España
19. Gallardo, A. B. (2017). “Pactos en previsión de una ruptura matrimonial: problemas y soluciones a la luz del Derecho español.” Anales de la Facultad de Ciencias jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, (46).
20. Kemelmajer de Carlucci, Aída Herrera, Marisa(2015) El divorcio sin expresión de causa y los deberes y derechos matrimoniales en el nuevo Código. Recuperado perezde

Kemelmajer_de_Carlucchi_El_divorcio_sin_axpresion_de_causa_y_los_deberes_y_der echos_matrimoniales.pdf (scba.gov.ar)

21. López, M. D. C. B. (2006). “Efectos de la invalidez de las capitulaciones matrimoniales en el marco de la teoría general del contrato: ajustes y desajustes.” *Nul:estudios sobre invalidez e ineficacia*, (2), 1.
22. Mas Badía, M. D. (2014). “Las capitulaciones matrimoniales.”
23. Morán, K. L., & Ortega Cuaichar, E. L. (2013). “Acepto, hasta que el incumplimiento de este contrato nos separe (I Do, Until the Breach of this Agreement Do Us Part).” *Revista Justicia y Derecho*, 1(2), 72-81.
24. Morales Acacio, A. (2009). “Capitulaciones Matrimoniales.” *Revista Jurídica Mario Alario D´Filippo*, 1(2), 1-5. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.1-num.2-2009-195>
25. Moreno Velasco, V. (2013). “La expresión de la Autonomía de la Voluntad de los cónyuges en las Crisis Matrimoniales” (Tesis para optar por el grado académico de doctor en Derecho), Universidad de Jaén, Jaén: España
26. Pérez Andrade, G. (2014). “Las capitulaciones matrimoniales dentro de la sociedad conyugal en el derecho civil ecuatoriano y sus efectos jurídicos en la administración de bienes.” (Tesis para optar por el título profesional de Abogado), Universidad Central Del Ecuador. Quito: Ecuador
27. Parejas en Europa (s.f) ¿Cómo pueden los cónyuges pactar su régimen económico? Recuperado a partir de: <http://www.coupleseurope.eu/es/germany/topics/3-C%C3%B3mo-pueden-los-c%C3%B3nyuges-pactar-su-r%C3%A9gimen-econ%C3%B3mico>.
28. Pérez Mozqueda L.I (2017) “Importancia de celebrar capitulaciones matrimoniales, para regular los efectos económicos del matrimonio.”
29. Pérez Ureña, Antonio A. (2014) Uniones de hecho: estudio práctico de sus efectos civiles. Dialnet
30. Pera Navarro, V. (2015). “La Autonomía de la voluntad en la determinación de los efectos de la ruptura patrimonial”. (Tesis para optar por el grado académico de magister en Derecho Civil), Universidad de Zaragoza. Zaragoza: España
31. Quinza Redondo, Pablo. (2017). “El Régimen Económico Matrimonial De La Sociedad Conyugal Ecuatoriana.” *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*, (24), 54-75. Recuperado a partir de

http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S207081572017000200004&lng=es&tlng=es.

32. Resolución N° 343-98-ORLC/TR, Tribunal Registral
33. Romero Antola, M. (2020). “Autonomía De La Voluntad Y Convenciones Matrimoniales”, (Tesis para optar por el grado académico de magister en Derecho Civil) Universidad Femenina del Sagrado Corazón, Lima: Perú.
34. Rozalén Creus, L. (2018). “Validez y Eficacia de los Pactos Matrimoniales” (Tesis para optar por el grado académico de doctor en Derecho), Universidad de Valencia, Valencia: España
35. Rozalén Creus, L. (2019). “Régimen económico y pactos matrimoniales en el derecho comparado europeo.” Instituto de Derecho Iberoamericano. Recuperado a partir de: <https://idibe.org/cuestiones-de-interes-juridico/regimen-economico-pactos-matrimoniales-derecho-comparado-europeo/>
36. Santos Bravo, C. (2019). “Pactos Matrimoniales. La Autorregulación De La Vida Conyugal Y Post-Matrimonial.” (Tesis para optar por el grado académico de magister en Acceso a la Abogacía) Escuela Práctica Jurídica De Salamanca., Salamanca: España
37. Valmaña Cabanes, A. (2013). “El Régimen Jurídico Del Protocolo Familiar.” (Tesis para optar por el grado académico de doctor en Derecho), presentada en la Universidad Rovira I Virgili, Tarragona: España.
38. Vergés LLahí, M. (2016). “El Resurgimiento De Las Capitulaciones Matrimoniales.” (Tesis para optar por el título profesional de Abogado), Universidad De Girona.Gerona: España
39. Vidal, M. D. O. (2018). “Los acuerdos prematrimoniales en previsión de ruptura en derecho internacional privado.” Revista jurídica de la Región de Murcia, (52), 46-74.
40. Yesca Torrentes, A. (2014). “Las Capitulaciones Matrimoniales desde la publicidad registral y el deber notarial.” (Tesis para optar por el título profesional de Abogado), Universidad de Costa Rica. San Pedro: Costa Rica