37
2 ej.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ARAGON"

LOS ESPONSALES EN EL DERECHO COMPARADO

T E S I S

QUE PARA OPTAR EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
ARTURO BELLO JIMENEZ

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

San Juan de Aragón, Edo. de Méx. 1989

Universidad Nacional Autónoma de México
UNAM
Biblioteca Central
Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

I N D I C E

INTRODUCCION

1.- CAPITULO PRIMERO

pág.

ANTECEDENTES HISTORICOS

1.1.- En el Derecho Romano 1
1.2.- En la Epoca Prehispánica 4
1.2.1.- Código Civil de 1870 7
1.2.2.- Código Civil de 1884 8
1.2.3.- Ley sobre relaciones familiares de 1917 9
1.2.4.- Código Civil de 1928 10

2.- CAPITULO SEGUNDO

2.1.- Fundamentación 13
2.2.- Aplicación 25
2.3.1.- Naturaleza Jurídica en el Derecho Positivo Mexicano 29

3.- CAPITULO TERCERO.

LA PROMESA DE MATRIMONIO EN EL DERECHO COMPARADO

3.1.- Estados Unidos de América 37
3.2.- Argentina 43
3.3.- España 66
3.4.- Inglaterra 76
3.5.- Italia 81
3.6.- Francia 90
3.7.- Costa Rica 95
Conclusiones 96
Bibliografía 99

I N T R O D U C C I O N

La familia es el núcleo de la sociedad. Surge frecuentemente de un acuerdo de voluntades entre dos personas de - diferente sexo, las cuales llegan al matrimonio después de un preámbulo conocido con el nombre de noviazgo.

Ese noviazgo puede tener efectos jurídicos si se lleva acabo una promesa de matrimonio o esponsales: que debe constar por escrito según nuestra legislación. Situación similar reglamenta dicha figura en otras legislaciones.

El presente trabajo tiene por objeto principal, el estudio de los esponsales en el Derecho Comparado. A través - de ésta pretento demostrar su aplicabilidad o inaplicabilidad, y establecer si es necesaria su derogación o simplemente realizar una enmienda a la legislación civil mexicana.

Este trabajo consta de tres capítulos, que están integrados de la siguiente manera:

El primero de ellos, se refiere a los antecedentes históricos, es decir, la fuente de donde surgen los esponsales

Por lo que respecta al segundo capítulo, éste se refiere a la fundamentación, esto es, donde y en qué ley se encuentra plasmada dicha figura jurídica y además si tiene o no aplicación práctica, así como su naturaleza jurídica.

El tercer capítulo se refiere al estudio comparativo -

de la legislación mexicana, con la de varios Países, en materia de esponsales, para concluir sobre la necesidad o no de que un ordenamiento regule los esponsales.

(1)

ANTECEDENTES HISTORICOS

1.1 En el Derecho Romano.

La palabra esponsales tiene su origen en la voz latina spondeo que significa promesa: por tanto esponsales quiere decir promesa de matrimonio. Este mismo vocablo se toma como base para que el novio se le denomine sponsus y a la novia sponsa, ya que, en los tiempos antiguos los esponsales se contraían por estipulaciones entre las partes o esponsiones. (1)

En Roma los esponsales se hallan en relación con la -- Convertio in Manun, es decir, con la entrada de la mujer jurídicamente en la familia del marido. (2) En esta época, para que una mujer entrara a la casa del futuro marido jurídicamente, se necesitaba el consentimiento de ambas partes o de los padres (pater familias) en ambos contrayentes; en - especial, en el caso de la promesa de matrimonio se hacía - por el pater familias de la futura esposa al futuro esposo o al pater de éste, en la forma solemne de la sponsio.

Los autores no se han puesto de acuerdo sobre la edad que en el Derecho Romano se requería para contraer los es-- ponsales, pensamos que dicha edad se determinaba mediante - la capacidad de comprender (mínima para contraer matrimonio) de ambos contrayentes.

1.- Jors Paul, Derecho Privado Romano, Trad. de la segunda Edición Alemana por L. Prieto Castro, editorial Labor S.A., Barcelona Madrid, reimpresión 1965, pág. 392.

2.- Fuenteseca Pablo, Derecho Privado Romano, Fuenlabrada Madrid, 1978, pág. 275.

Para la perfección de la promesa de matrimonio, era necesario un convenio que debería de hacerse de la siguiente manera: - el futuro marido (novio o su pater familias estando presente) preguntaba al padre de la futura esposa, si -- prometía la entrega de su hija matrimonio causa, y éste contestaba prometiendo (spondeo), es decir, prometía la entrega de la futura esposa.

Aunque la pregunta fuera de una promesa de hacer, es -- decir, entregar a la mujer, también es cierto, que como garantía se le hacía prometer al padre de la futura esposa -- que entregara una cierta cantidad de dinero, en caso de no - la diese en matrimonio (aut pecunia aut nuptiarum causa)(3)

Posteriormente, en la época Clásica y en la Post clásica la caída en desuso la Conventio in manun, así como de los esponsales en forma solemne, ya que, no se realizaban mediante la sponsio, sino por medio del consentimiento. Así mismo, en esta época se admitieron las llamadas arrhae sponsalicias teniendo como función la de garantizar la promesa de matrimonio. Se trataba de una pena en caso de incumplimiento, y si ocurriera la disolución de los esponsales sin causa justificada perdía las arrhae el que diera lugar a ello o tenía la obligación del doble pago de las mismas, ya que, éstas eran tomadas como garantía que otorgaba el pater familias de la - futura esposa, si este incumplía su promesa de entregar en - matrimonio a su hija al futuro esposo, aunque también a di--

3.- Ibid., pág. 276.

chas arrhae se les equipara a una promesa de dote, y en caso de que no fuera aceptada la futura esposa la dote debería - de regresarse a la novia o al pater familias.

Algunos de los efectos jurídicos mas importantes que - surgieron en relación a la promesa de matrimonio fueron los señalados en las leyes de Augusto (Iula et papia popea), -- comprende los esponsales junto al matrimonio en la prohibición de vínculo entre personas que ejercan el art ludrica - (4).

Otro de los efectos jurídicos que se conocían en el Derecho Romano, era el que en caso de incumplimiento de la - promesa solamente daba origen a una acción de resarcimiento que se hacía valer mediante la actio ex-sponsus (5) y, en - este caso que nos ocupa, no se estipulaba ninguna cláusula penal.

En el Derecho Romano Clásico que exigía una formalidad; la promesa debía de hacerse por escrito, en presencia de testigos. Es de suponerse que en esta época no se índica que - tipo de escrito debería de ser, ni en presencia de cuantos testigos podría hacerse ni la clase de los mismos, pero tomando en consideración lo antes mencionado, es de creerse - que los testigos deberían ser principalmente los paters familias y a la falta de éstos las demás personas, salvo las que estuvieran impedidas para ello, cuando las partes querían disolver los esponsales, se podía hacer libremente, solo basta

4.- Ibid., pág. 377.

5.- Calogero Gangi, Derecho Patrimonial, Trad. del Italiano por Miguel Moreno Hernández, Edición Aguilar, Madrid, 1960, pág. 41.

ba la declaración de una de ellas de no querer contraer matrimonio (repudium) (6), así-mismo los esponsales se podían disolver por el común acuerdo de las partes.

1.2 En la Epoca Prehispánica.

Juan de Dios Pérez Galaz, en su estudio denominado; - " El matrimonio ", señala:

" Los Mayas conocían los esponsales de futuro, algunas veces los padres se casaban por sus hijos, siendo éstos niños y desde entonces tratabánse como consuegros ". (7) Infurtunadamente este autor en ningún momento menciona en qué forma y cómo se deberían llevar acabo los esponsales.

Dentro de las costumbres de los Mayas, relacionadas -- con los esponsales operan las siguientes; cuando un mancebo llegaba a la edad de contraer matrimonio, se reunían padres y parientes, llegando al acuerdo de que se casara. Este acuerdo se comunicaba a los maestros del mancebo a quienes se les ofrecía una comida y además un hacha para obtener su - conformidad.

Después de la ceremonia, se reunían nuevamente los padres y parientes para escogerle una doncella; elegida ésta, se rogaba a ciertas señoras de edad para que fueran a pedir a la elegida en nombre de los parientes del mancebo.

La función de las intermediarias era pedir a la elegida

6.- Ibid., pág. 41

7.- Pérez Galaz Juan de Dios, Derecho y Organización de los Mayas, Gobierno Constitucional del Estado de Campeche, - 1943, pág. 87.

a sus padres, después de excusarse éstos varias veces, y hecha una nueva solicitud, los padres daban su consentimiento en una reunión que al efecto se hacía; luego, las intermediarias comunicaban a los padres del mancebo la respuesta dada por los parientes de la doncella. Posteriormente los parientes de ambos prometidos se reunían y en seguida se acordaba el matrimonio de sus hijos. Ante todo los parientes de los contrayentes consultaban a los adivinos, para que éstos predijeran el día efectivo, para la realización del matrimonio. (8)

Lo antes descrito, aunque si bien no en detalle, si es un panorama amplio de lo que son los esponsales o lo que sucede en la face preparatoria al matrimonio.

Ahora, me referiré a otro grupo indígena denominado Chontales o Chochontecas, que se encuentran ubicados en la Sierra y parte de la Costa del Pacífico, precisamente al Sur del Distrito de Juan Carlos Yautepec, del Estado de Oaxaca.

En relación a la promesa de matrimonio este pueblo tenía o tiene costumbres muy arraigadas, señala José Luis Fernández Sobermes, a decir del autor:

"La novia es visitada por tres veces por un representante del novio, llamado Chagola, quien tiene la misión de ayudar a la unión de la pareja. La primera visita se efectúa a altas horas de la noche dedicándose el Chagola a recomen-

8.- Mendieta y Núñez Lucio, Derecho Precolonial, Cuarta Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1981, pág. 93.

dar al novio, llevando regalos de parte de él: los futuros consuegros se muestran indecisos y le piden que regrese -- otro día. El siguiente domingo se hace la misma ceremonia - donde los padres de la muchacha aceptan la petición y se -- les entrega una prenda de vestir para la muchacha: la aceptación de ésta formaliza los esponsales." (9)

A mayor abundamiento, el representante del novio, era una persona de categoría, y como ha quedado especificado su función es de intermediario, que concurre a la casa de la - novia, dedicándose a ponderar las cualidades del novio, así como de los padres de éste, a los que califica de muy honr-ados. Además ofrece regalos que los padres del novio enví an a los de la novia, que consisten en pan, chocolate, mezcal, aves domésticas, entre otras cosas.

Sin duda éstos eran para confirmar la declaración del Chagola que hacía en relación con los padres del novio y -- además como una garantía para el consentimiento de los pa-- dres de la novia, que posteriormente se formalizaría con el matrimonio.

Haciendo una comparación de las dos culturas señaladas se desprende que ya empezaban aconocer los esponsales como actos con cierta solemnidad, mas no en la forma jurídica, - si bien es cierto, que la costumbre se hace ley, ésta va a ser a nivel local, afectando a un grado determinado, como en el caso que nos ocupa, debido a que no todos los grupos indígenas van a tener las mismas costumbres o leyes.

9.- Pérez de los Reyes Marco Antonio, Memoria del II - Congreso del Derecho Mexicano, Universidad Nacional Autonoma de México, El Matrimonio y el Concubinato, México, 1981 pág. 107

1.2.1 Código Civil de 1870.

El Código para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California del 13 de diciembre de 1870, inspirado en - el Proyecto de Don Justo Sierra, no admite los esponsales, así en el artículo 160, establece:

" La ley no reconoce esponsales de futuro ".

Del contenido de este artículo, es evidente que el legislador no tomó en cuenta los esponsales de futuro, pero - si los de presente, es decir, el matrimonio en sí.

1.2.2 Código Civil de 1884.

El Código Civil para el Distrito Federal y Territorios de la Baja California, de fecha 14 de diciembre de 1883, siendo Presidente Constitucional el Lic. Manuel Gónzalez, no regula los esponsales. Al igual que el Código Civil de 1870 señala en su Título Quinto, relativo al matrimonio, Capítulo Primero, referente a los requisitos necesarios para contraerlo;

" La ley no reconoce esponsales de futuro ".

Lo mismo que el Código Civil de 1870, no reconoce los esponsales de futuro, pero si los de presente, es decir, el matrimonio.

1.2.3 Ley sobre relaciones familiares de 1917.

La ley sobre relaciones familiares, promulgada por el C. Presidente Constitucionalista Venustiano Carranza, en el mes de abril de 1917, publicada en el Diario Oficial el 14 de mayo del mismo año, regula los esponsales en el Capítulo Segundo, denominado del matrimonio y de los requisitos necesarios para contraerlo, al disponer:

> " La promesa de matrimonio no obliga a celebrar el contrato; pero si fuere hecha por escrito, obligará al que la hace a responder a la otra parte de los daños y perjuicios que le ocasionare por la falta de cumplimiento de dicha promesa. "

Esta ley consagra los esponsales y tiene la cualidad - de fijar las bases de reglamentación de dicha institución - en la legislación actual, a saber: preceptúa que la promesa de matrimonio debe celebrarse por escrito: indica que la - obligación que se genera es simplemente la de reparar daños y perjuicios causados, derivados del hecho ilícito del in-- cumplimiento de la promesa de matrimonio.

1.2.5 Código Civil de 1928.

Este Código dedica un capítulo completo a la promesa de matrimonio, reglándola en el Título Quinto, Capítulo Primero, principalmente en los artículos 139 al 145.

Dispone que la promesa de matrimonio debe ser hecha por escrito, si es aceptada constituye los esponsales (art. 139)

Ordena que para la validez de los esponsales, se necesita que el hombre haya cumplido 16 años y la mujer 14 (art. 140). En caso de que no se haya cumplido esa edad, se requiere el consentimiento de los representantes legales (art. 141). Como podrá darse uno cuenta, ambos requisitos (edad y consentimiento), son semejantes a los del matrimonio, y sin ambos tanto los esponsales, como el matrimonio carecen de existencia y validez.

En tanto el artículo 142 del Código en cuestión, señala: " Los esponsales no producen obligación de contraer matrimonio, ni en ellos puede estipularse pena alguna por no cumplir la promesa ".

Este ordenamiento es acertado, debido a que el consentimiento que se da para contraer matrimonio debe ser libre y voluntario, no arrancado por medio de la coacción. Ya que si se estableciera pena para obligar al que incumple con su promesa de matrimonio, no tendría aplicación, por lo tanto, solamente se sancionan los daños y perjuicios causados ---

por el incumplimiento del matrimonio prometido.

Para poder hablar de rompimiento de los esponsales, se tiene que tomar en cuenta las conductas jurídicas que son las que ocasionan el rompimiento, y de estas nos habla el artículo 143 de este mismo ordenamiento, en principio nos habla de conductas, que por supuesto tiene que ser ilícitas con respecto al incumplimiento de los esponsales; siendo estas las siguientes:

1.- Rehusarse sin justa causa a contraer matrimonio o diferirlo indefinidamente;

2.- Dar motivo grave un prometido para que el otro rompa.

Ambas conductas o actos son siempre tendientes al incumplimiento de la promesa, ya que, en primer lugar del primer punto, en su segunda parte donde establece diferirlo indefinidamente, es decir, suspender el matrimonio, por tiempo indeterminado, siendo motivo suficiente para que la conducta ilícita de cualquiera de los prometidos, sea sancionada con la reparación de daños y perjuicios, como lo señala el artículo 143 del Código Civil en cuestión.

Por otro lado, en el segundo punto, "dar motivo grave un prometido para que el otro rompa", corresponderá en el caso concreto a la autoridad judicial determinar que se entiende por motivo grave o en su caso cuáles serían los motivos graves que pudiera llegar a realizar cualquiera de los novios para la disolución de los esponsales.

Dentro del mismo artículo en cuestión se engloba lo relativo a la reparación de los daños y perjuicios, que son - también de doble índole: primero, pagar los gastos que el - prometido inocente haya realizado con motivo del matrimonio concertado: segundo, una indemnización a título de reparación moral por el daño causado. Aquí el legislador tuvo el -- acierto de fijar los elementos que el Juez debe de tomar en cuenta para determinar la reparación del daño causado.

2.1 FUNDAMENTACION.

La fundamentación de los esponsales la encontramos en el Código Civil para el Distrito Federal de 1928, quedando plasmados en el Título Quinto, denominado del matrimonio, Capítulo Primero, de los esponsales, artículos 139 al 145.

Pero, si bien la promesa de matrimonio se encuentra regulada, también es cierto, que en la actualidad no existe aplicación de la misma.

En seguida se hará un análisis profundo en relación a la misma, como primer punto estableceré el siguiente:

1.- Concepto.

Los esponsales se conceptúan como la promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada. (art. 139 C.C.)

La mayoría de los autores mexicanos, en materia de esponsales, toman como concepto o definición la antes mencionada; y, a la fecha no se ha podido establecer si la aceptación debe ser hecha por escrito o en forma verbal, o si se puede llegar a realizar ante testigos o ante una autoridad. Por mi parte creo que esa definición es incompleta, pues otro elemento que también puede aportarse, es que la promesa se haga de un hombre a una mujer o viceversa.

Por lo tanto, podría decir que la promesa de matrimonio es el convenio que celebran un hombre y una mujer, que debe constar por escrito, teniendo como fin la celebración del fu-

turo matrimonio.

2.- Sujetos que intervienen.

El Código Civil del Distrito Federal, señala a los sujetos que intervienen en la celebración de los esponsales, y son: el hombre que ha cumplido dieciséis años y la mujer que ha cumplido catorce.

Si los sujetos, son menores de edad, se necesita el consentimiento de sus representantes legales, es decir, de aquellas personas que ejercen sobre ellos la patria potestad o tutela (art. 149 y 150 del C.C.).

Por consiguiente, los sujetos que habrán de intervenir para que pueda llevarse acabo la promesa de matrimonio, son:

1.- El hombre que ha cumplido dieciséis años por lo menos;

2.- La mujer que ha cumplido catorce, por lo menos;

3.- Los representantes legales, si el hombre o la mujer prometidos son menores de edad.

3.- Validez de los esponsales.

Para que los espo-nsales puedan tener validez, necesitan tener ciertos elementos que son obligatorios:

a) Edad para contraer matrimonio,

b) forma escrita;

c) aceptación del compromiso, y: (10)

d) en su caso, el consentimiento de los representantes legales (padres o tutores) del prometido o de los - prometidos, si uno de ellos o ambos son menores de edad.

a) En lo referente a la edad para contraer los esponsales, es la misma que se requiere para contraer matrimonio, es decir, el hombre debe contar con dieciséis años cumplidos y la mujer catorce años, también cumplidos.

b) La forma escrita. La ley civil menciona que la promesa de matrimonio debe constar por escrito, para que pueda producir efectos jurídicos.

c) La aceptación del compromiso de matrimonio, es decir, el consentimiento, puede ser: expreso, existe cuando - se manifiesta verbalmente, por escrito o por signos inequívocos: tácito, si resulta de hechos o actos que lo presupongan o que autoricen a presumirlo.

d) Otro elemento más para su validez, es el consentimiento de los representantes legales (padres o tutores) de -- los prometidos si uno o los dos son menores de edad.

4.- Perfeccionamiento.

Para dar cumplimiento a los esponsales, los futuros con

10.- Galindo Garfias Ignacio, Derecho Civil Mexicano, - Quinta Edición, Editorial Porrúa, S.A., 1982, pág. 478.

trayentes, deberán cumplir con los requisitos señalados por la ley civil, que son; la promesa hecha por escrito, a la - cual le debe proseguir una respuesta, y el consentimiento - de los padres o tutores para contraer el futuro matrimonio en caso de ser menores de edad. Cumplidos con estos requisitos se perfecciona la promesa.

5.- Incumplimiento.

Los prometidos siempre tienen la posibilidad de negarse a celebrar el futuro matrimonio, ya que, así lo marca el Código Civil en su numeral 140, que a la letra dice:

" Los esponsales no producen obligación de contraer matrimonio, ni en ellos puede estipularse pena alguna -- por no cumplir la promesa ".

El incumplimiento de la promesa de matrimonio trae aparejado el resarcimiento de daños y perjuicios (pagar los -- gastos que se hubieren originado por el concertado matrimonio), más una indemnización de carácter moral por la misma calidad del daño. El daño que se puede ocasionar al pretendiente frustrado puede ser de una grave dimensión moral, y así lo toma en consideración el derecho. (11)

A mayor abundamiento y así lo confirma el artículo 2104 del Código Civil, en su primera:

"El que estuviere obligado a prestar en hecho y dejare

11.- Montero Duhalt Sara, Derecho de familia, Editorial Porrúa S.A., tercera edición, 1984, México, pág. 90

de prestarlo o no lo prestare conforme a lo convenido, será responsable de los daños y perjuicios...".

Como es bien sabido en la promesa de matrimonio, no puede exigirse la celebración del matrimonio, pero si solicitar que se reintegre los gastos realizados en vista del futuro - matrimonio, como pueden ser: la compra del anillo de compromiso, tarjetas o invitaciones con motivo del concertado matrimonio, así como los regalos hechos y donados por cualquiera de los futuros contrayentes al otro.

El incumplimiento puede sobrevenir hasta en el momento mismo en que se lleve acabo el matrimonio, por cualquier -- causa grave, misma que puede surgir por hechos de los prometidos.

También pueden tomarse en cuenta algunos de los impedimentos marcados en el artículo 156 del Código Civil, ya que, son impedimentos para contraer matrimonio. Estos se deben de tomar en cuenta , en virtud, de que si existe alguno, no puede celebrarse validamente el matrimonio, que es el fin de los esponsales.

6.- Falta de fuerza obligatoria.

Los esponsales carecen de fuerza obligatoria para su -- cumplimiento, en virtud, de que como lo marca el Código Civil en su artículo 142:

"Los esponsales no producen obligación de contraer matrimonio, ni en ellos puede estipularse pena alguna por - no cumplir la promesa".

No es exigible su cumplimiento, por que, en primer lugar lo prohibe la ley y en segundo término es necesario el - consentimiento de ambos contrayentes. Al respecto la Maestra Sara Montero Duhalt, opina:

"Siguiendo la vieja tradición esponsalicia, la promesa de casarse no obliga a contraer matrimonio pues este - acto jurídico requiere del consentimiento expreso de - los contrayentes en el momento mismo debe ser interrogados por la autoridad correspondiente acerca de si es su voluntad unirse en matrimonio con su prometido".12

Estoy de acuerdo con la opinión antes vertida, en virtud, de que para contraer matrimonio, se requiere el consentimiento de los futuros contrayentes. Este acto debe ser voluntario y libre de toda coacción. Si se demandará el cumplimiento de la promesa por vía jurídica, se rechazaría por falta de coacción. Sin embargo, sería responsable el futuro consorte de la reparación de los daños y perjuicios, mas los gastos realizados por el matrimonio prometido.

Por tal virtud, no existe artículo expreso, ni ley que obligue a los futuros contrayentes a celebrar el futuro matrimonio.

12.- Ibid., pág. 88

7.- Rompimiento de los esponsales.

Al rompimiento de los esponsales también se le conoce como ruptura de la promesa de matrimonio: se entiende como el no querer seguir con el fin último de la promesa de matrimonio y esta negativa se puede presentar en cualquier momento, pero antes de la celebración del matrimonio. Se puede presentar por cualquier causa o motivo, ya sea justificado o injustificado.

La ruptura sin causa justificada, de los esponsales o el hecho de diferir indefinidamente el cumplimiento de los mismos, producen los siguientes efectos:

a) quien injustificadamente no cumple su promesa, debe resarcir a su prometido de los gastos que éste hubiere hecho, con motivo del matrimonio que se ofreció.

En la misma obligación de resarcir esos gastos, incurre el prometido, que diera motivo grave para el rompimiento de los esponsales.

La cuantía de esa responsabilidad por incumplimiento de la promesa será fijada por el Juez, atendiendo las circunstancias de cada caso.

b) deberá indemnizar a la prometida a "título de reparación moral", con una cantidad de dinero que será prudentemente fijada en cada caso por el Juez, de acuerdo con los recursos del prometido culpable y en relación con la gravedad del perjuicio causado al inocen

te.

En todo caso, será fijada ésta indemnización por el Juez, que deberá tomar en cuenta: la duración del noviazgo, - la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras razones de igual peso (art. 143 del Código Civil).

c) Si el matrimonio no se celebra, podrán exigirse mutuamente la devolución de todos aquellos bienes que se hubieren donado, con motivo del matrimonio que no se celebró.

La acción para exigir la reintegración de los gastos - con motivo del matrimonio, la reparación moral y la devolución de las donaciones que se hubieren hecho los prometidos durará un año a partir del rompimiento de la promesa. (artículos 144 y 145 del Código Civil). (13)

Es importante hacer la observación, respecto del inciso (b) en mención de la parte que dice: "deberá indemnizar a la prometida", que el hombre también puede ser el inocente y no tan solo la mujer.

Por otro lado, la Maestra Sara Montero Duhalt, señala: Las conductas ilícitas que determina la ley para responsabilizar en el incumplimiento son; 1° rehusarse - sin justa causa a contraer matrimonio o diferirlo indefinidamente; 2° Dar motivo grave para que el otro rompa.

Situación semejante se contempla en la determinación -

13.- Galindo Garfias Ignacio, Ob. Cit., pág. 479.

del motivo que uno de los prometidos le de al otro, para que rompa su compromiso, por ejemplo el impedimento para contraer matrimonio que dolosamente se haya ocultado. (14)

La ley, y los autores, no establecen que se entiende por causas graves. A nuestro parecer, la calificación de causa grave queda al arbitrio judicial.

8.- Indemnización por ruptura de la promesa de matrimonio.

Como ha quedado expresado, la promesa de matrimonio carece de fuerza obligatoria para llevarse acabo, por lo tanto cualquiera de los prometidos puede romper su promesa antes de celebrar el matrimonio. Si es injustificado el rompimiento, se hace acreedor el novio, independientemente de la indemnización a título de reparación moral.

Como lo manifiesta en su parte final el artículo 143 del Código Civil;

"... pagará el prometido que sin causa grave falte a su compromiso unaindemnización a título de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida por las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes, el rompimiento de los

14.- Montero Duhalt, Ob. Cit., pág. 88

esponsales cause un grave daño a la reputación del prometido inocente.

La indemnización, será fijada en cada caso por el Juez teniendo en cuenta los recursos del prometido culpable gravedad del perjuicio causado al inocente ".

Estoy de acuerdo en el sentido de que se aplique la sanción que al respecto se señala y también que se tomen en cuenta los elementos que al efecto se señala. En lo que no estoy de acuerdo es en que la indemnización debe ser de acuerdo con los recursos del prometido culpable. ¿Qué pasaría con el prometido culpable, si en determinado momento queda sin recursos?. Propongo se deroguen los artículo 139 al 145 en virtud, de que los esponsales han dejado de tener auge - desde hace mucho tiempo, por que su función era para proteger a las grandes familias, ya que, por medio de los esponsales se garantizaba a determinada clase social, que era la de los ricos (los reinados, en ese entonces).

Al respecto Antonio de Ibarrola emite su opinión:

"Socialmente sería aconsejable tratar de evitar en nuestro medio la facilidad de la seducción durante el trato nubial y establecer al respecto una garantía de eficaz indemnización a la víctima, que hoy, aun siendo menor de edad, se ve ordinariamente burlada (pues no suele prosperar la demanda de indemnización de daños en - caso alguno) y desgraciada su vida. Durante el noviazgo

debe la mujer defender a toda costa su pureza. Entendamoslo bien; en la inmensa mayoría de los casos el hombre poco honesto llega donde la mujer le permite llegar. (15)

Al noviazgo se le conoce también como etapa preparatoria del matrimonio, en la cual, la pareja se conoce, pero - hoy en día, sin conocerse, las parejas jóvenes contraen matrimonio o simplemente viven en unión libre, pasando por alto a los esponsales.

9.- Extinción de los esponsales.

Los esponsales se extinguen:

1.- Por el cumplimiento del objetivo que tenía enmarcado para ello, es decir, por la celebración del - matrimonio de los prometidos.

2.- Otra forma de extinguir los esponsales, es que los futuros contrayentes estén de acuerdo en no realizar el matrimonio.

3.- Por resolución unilateral de uno de los futuros -- contrayentes.

Dentro de esta tercera forma de extinción, habrá que - mencionar que hay dos especies.

1.- Resolución unilateral mediando causa justificada.

Se extinguen los esponsales por causa justificada, es decir, aquella situación en que se encuentra y esta fuera -

15.- De Ibarrola Antonio, Derecho de Familia, Segunda Edición, Editorial Porrúa, S.A., México, 1981, pág. 156.

del alcance de uno de los prometidos, en tanto, no tendría obligación de reparar daños y perjuicios por no cumplir la promesa de matrimonio, por ejemplo, la enfermedad crónica, que ponga en peligro la vida o salud de los prometidos, así también a la familia posteriormente.

II.- Resolución unilateral de la voluntad sin causa justificada.

Esta es contraria a la anterior y también extingue a los esponsales. El incumplimiento es culpable y antijurídico, es decir, uno de los prometidos se rehusa a cumplir la promesa de matrimonio, y será responsable de los daños y perjuicios, mas una indemnización a título de reparación moral, como lo marca el artículo 43 del Código Civil.

4.- Se extingue también por imposibilidad subsiguiente o por falta de oportunidad para el cumplimiento.

En este tipo de extinción se puede señalar por ejemplo la muerte de uno de los pretendientes. En este caso si se hubieren donado bienes, tienen derecho los parientes del novio que falleció a solicitar la devolución.

Dentro de esta cuestión cabe caracar, que cualquiera de los novios que contraiga nupcias, con una tercera persona y con la que le había prometido matrimonio, será responsable de los daños y perjuicios, mas la reparación del daño

moral, y una indemnización que será impuesta por el Juez, tomando encuenta las circunstancias en cada caso.

2.2 Aplicación.

Ahora corresponde hablar sobre la aplicación práctica de la promesa de matrimonio, dentro del ámbito jurídico. Dada la situación tan agitada que vive el mundo y especialmente la Ciudad de México, los jóvenes de hoy en día, no se interesan en realizar los esponsales, cuya finalidad es el matrimonio, es decir, las parejas de esta época solamente llegan a contraer nupcias o simplemente prefieren vivir en unión libre. Por lo tanto, los esponsales pierden importancia cada día, motivo por el cual esta institución es criticada en el sentido de que no opera en la práctica. Al respecto - Antonio de Ibarrola manifiesta:

"... Durante nuestra bien larga práctica en el ejercicio de la abogacía, jamás hemos tenido conocimiento de algún caso en que se hubiesen celebrado esponsales. -- Por ende, nunca hemos tenido conocimiento tampoco de - acción alguna que se hubiere entablado por una de las partes encontra de la otra. Los esponsales no están ya a tono con el agitado mundo en que vivimos". (16)

Por su parte el Dr. Moisés Hurtado Gónzalez, también -

16.- Ibid., pág. 157.

emite su opinión al decir:

> En efecto, como consideramos que en nuestro medio, los convenios escritos esponsalicios carecen hoy en día de importancia, pues las consecuencias que a su ruptura - señala el código, nunca han trascendido, que sepamos, al campo del conocimiento de nuestros tribunales, y a las escasas repercusiones que al respecto pueden encontrarse en nuestras costumbres, se reducen fundamentalmente a lo social, todo sin contar que el único beneficio que aportan con su celebración, es poder lograr -- una indemnización pecunearia cuando no se lleva a cabo la unión matrimonial.
>
> Desde el punto de vista histórico, los esponsales fueron importantes cuando por medio del matrimonio se concertaban alianzas y se obtenían coronas, puesto que -- con ellos se aseguraban los enlaces que convenía celebrar: pero en la actualidad son sólo una reminiscencia de periodos medievales, que encuentran eco solamente - en ciertas clases sociales. (17)

Vista la opinión que emiten los autores citados en el sentido que a la fecha no ha habido demanda o acción alguna por el incumplimiento de la promesa de matrimonio, agrego - que tampoco he tenido conocimiento de caso alguno en relación a los esponsales, por lo tanto, se puede concluir que es

17.- Furtado González Moisés, los esponsales, naturaleza Jurídica, "Revista de la Facultad de Derecho de México", Tomo XXVII, enero-junio 1977, números 105-106 UNAM, pág. - 256.

ta institución ha perdido cada día eficacia y llegar a nuestros días sin tomarse en cuenta. Y, como lo señala el Dr. - Hurtado González, los esponsales tuvieron importancia en el tiempo de las alianzas, reyes, de las grandes familias, siendo su objetivo conservar la categoría con que obstentaban dichas familias y además las costumbres, en caso de los reyes, servían para conservar los reinados por muchos años.

De lo anteriormente manifestado, se desprende que los esponsales tuvieron auge en tiempos antiguos, pero conforme pasa el tiempo han venido perdiendo importancia, a tal grado que en nuestros días ya no se toman en cuenta, debido que a la fecha no ha habido demanda alguna, para exigir el cumplimiento de la reparación de daños y perjuicios y la indemnización a título de reparación moral, por el incumplimiento de promesa de matrimonio.

Mi propuesta, es que se deroguen los artículos 139 al - 145 del Código Civil, por las razones que se exponen:

1°.- Los esponsales, no son un requisito obligatorio - para contraer matrimonio y sus consecuencias son precisamente por su incumplimiento;

2°.- Por que el Código Civil se aplica para todos los ciudadanos de la República Mexicana y no para una clase en especial, como antes sucedía con los esponsales;

3°.- Por así manifestarlo los autores que han sido estu

diados y concuerdan en señalar que hasta la fecha no habido demanda alguna relativa a los esponsales y por lo tanto, sugieren que desaparezcan.

El incumplimiento de la promesa de matrimonio, puede ser voluntario o mediante una conducta ilícita, si es por éste, debió haberse hecho la promesa por dos razones: para obtener un beneficio económico o simplemente de tipo sexual

Si el beneficio económico, se hizo con el fin de arrinar a otra persona por medio de la promesa de matrimonio hecha verbalmente, su conducta podría encuadrarse en enriquecimiento ilegítimo (artículo 1882 del C.C.).

Si fuera el beneficio sexual, y alguno de los prometidos (hombre) obtuviera por medio de la promesa y cayera por la seducción y el engaño caería en el supuesto que marca el artículo 262 del Código Penal, reunido el tipo.

Como quedó señalado en mi propuesta, que desaparecen los esponsales, estos podrían quedar derogados del Código Civil y las conductas ilícitas que surjan de promesas de matrimonio, se sancionarían por medio de la ley penal, dependiendo de las circunstancias del caso, como quedó ejemplificado anteriormente.

2.3.1 Naturaleza Jurídica

El legislador, tomando ideas y opiniones de códigos y autores Europeos reguló a los esponsales.

Algunos autores opinan que los esponsales pertenecen a los contratos preparatorios.

En el Derecho Positivo Mexicano, existen diversas teorías que tiene más auge en nuestra legislación y son:

A.- Teoría Contractual.

Esta teoría la sostiene el Maestro Rafael de Pina, manifestando:

No existe una doctrina unánime, para aclicar cual es la naturaleza jurídica de los esponsales. Mientras unos autores sostienen la naturaleza contractual, otros no menos autores la niegan, afirmando que constituyen una relación de mero hecho.

"Este problema tiene, ciertamente, escasa importancia práctica, pero, desde luego toman como base el derecho mexicano, la naturaleza de los esponsales es innegablemente contractual". (18)

Si bien este autor sostiene la teoría contractaul, tambien es cierto que no manifiesta las razones por las cuales sostiene la misma.

18.- De Pina Vara Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, Volumen I, Novena Edición, Ed. Porrúa S.A., México 1978, pág. 323.

B.- Teoría como contrato de Derecho de Familia.

Otra teoría sobre la naturaleza jurídica de los esponsales, es como contrato de derecho de familia y uno de los autores que la sostienen es la Maestra Sara Montero Duhalt, y manifiesta:

1.- Contrato es un acuerdo de voluntades que tiene por objeto crear o transmitir consecuencias jurídicas. Los esponsales corresponden a esta estricta definición.

2.- La obligación de contraer matrimonio, que es el objeto directo de los esponsales, no puede ser exigida coercitivamente, y así existe una norma expresa (art. 142 C.C.) por que el acto de contraer matrimonio es una obligación de hacer personalísima intuiti personae, y es bien sabido que este tipo de obligaciones sólo puede ser realizado por el obligado y no por otra persona, de acuerdo con lo que estipula el artículo 2027 del Código Civil: "de las obligaciones de hacer o de no hacer": "si el obligado a prestar un hecho no lo hiciere, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la sustitución sea posible". Y en la parte relativa al incumplimiento de las obligaciones el artículo 2104 dispone en su primera parte: "al que estuviere obligado a prestar un hecho y deje

re de prestarlo... será responsable de los daños y perjuicios...".

Los esponsales son realmente un contrato que genera -- obligaciones de hacer (realizar matrimonio), este, su contenido, su objeto directo, corresponde al derecho de familia Por lo tanto, los esponsales son un contrato de derecho de familia. El incumplimiento de esa obligación trae aparejado el resarcimiento de daños y perjuicios (pagar los gastos -- que se hubieren originado por el concertado matrimonio), -- más una indemnización de carácter moral por la misma calidad del daño. El daño que se puede ocasionar al pretendiente frustrado puede ser una grave dimensión moral, y así lo toma en cuenta el derecho. (19)

Otro de los autores mexicanos que también apoya esta - teoría, es el Dr. Moisés Purtado González, que señala:

> Si el autor de la ruptura es responsable del daño causado, entonces la promesa es la fuente de las obligaciones y dado que ésta no es de índole natural, extracontractual o delictual, es por lo tanto contractual, a - pesar de que no conduzcan a concluir su fin expreso y principal, el matrimonio.

Si el autor afirma que la promesa de matrimonio no es de índole natural, extracontractual o delictual, es debido a que estas son teorías que apoyan legislaciones extranjeras como la Chilena que adopta la teoría natural, la que -

19.- Montero Duhalt Sara, Ob. Cit., Pág. 50

se refiere enteramente a la conciencia del individuo", es - decir, un deber de conciencia sin efecto civil alguno, cosa que no sucede en nuestra legislación, donde la naturaleza - jurídica de dicha institución es de tipo contractual.

Por lo que respecta a la teoría extracontractual o delictual, esta tiene mas auge en los Países europeos, como - Alemania, Italia y Francia, encontrando su apoyo en que el retracto de uno de los prometidos, sin justa causa de la -- promesa matrimonial, significa un delito, ya que así lo previene la propia legislación francesa, que configura la responsabilidad delictual.

El mismo Dr. Moisés Hurtado Gónzalez, señala, que en - la promesa de matrimonio "no cabe hablar de contrato, ya - que, este acto es jurídico bilateral o patrimonial, aun cuando tampoco "puede negarse que existe un acuerdo de voluntades que configura una convención de derecho de familia, - de alcance extrapatrimonial, del cual surge el deber resarcitorio si media ruptura sin causa". La responsabilidad, entonces no es estrictamente contractual u obligacional, en - tanto, establece que su fuente radica, en esa convención o contrato extrapatrimonial, que en derecho se conoce como derecho de familia.

No obstante, si obligan en lo que respecta a las acciones de indemnización y de restitución, según lo dispone cada Código Civil, de modo que el incumplimiento de la promesa

de matrimonio debe entenderse como la rescisión indebida de un contrato si bien hemos de repetirlo de un contrato de derecho de familia.

Los esponsales dan origen también a ciertos efectos patrimoniales, aunque la ley no regula la intensidad de ellos por que la responsabilidad que los explica, aun limitada -- por la ley, tiene su fundamento en la violación de un contrato. (20)

Como se desprende de lo anterior, cabe concluir que la teoría contractual de derecho de familia que realizan los - futuros contrayentes, si se llega a realizar, ya que en caso de incumplimiento por cualquiera de las partes injustificadamente trae aparejada la obligación de responder de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento y que podrán ser solicitados dentro de un año, que empezará a partir del día del incumplimiento.

C.- Teoría extracontractual.

Es una teoría de algunos autores mexicanos. Esta tiene ingerencia en la legislación mexicana, debido a que nuestro Código Civil se creó en base a otras legislaciones extranjeras, de las cuales se tomaron las diversas teorías que existen en relación a la promesa de matrimonio.

Los juristas que apoyan esta teoría le niegan a los esponsales el carácter de contrato en razón de que le prome--

20.- Hurtado Gónzalez Moisés, Ob. Cit., pág. 255

sa no significa la obligatoriedad de contraer matrimonio. Y los mismos han creado diversas teorías y se ha dicho al respecto que los esponsales configuran solamente una obligación natural, un simple hecho no jurídico, un hecho ilícito - extracontractual, una convención extracontractual cuyos -- efectos surgen de la ley o de un convenio preliminar no vinculante entre otras. (21)

Es de tomarse en consideración que dichas teorías tienen su base en la obligatoriedad de celebrar el compromiso de matrimonio, además en considerar un hecho ilícito el rompimiento de la promesa de matrimonio.

21.- Montero Duhalt Sara, Ob. Cit., pág., 85

LA PROMESA DE MATRIMONIO EN EL DERECHO COMPARADO.

En el presente capítulo hablaremos de la promesa de matrimonio en el derecho comparado y estudiaremos diversas legislaciones mundiales, que tratan el tema, dándonos a conocer lo trascendencia e intrascendencia que ha tenido dentro de la jurisdicción donde se aplica. Asimismo veremos si ha llegado a producir efectos y si sigue operando actualmente en los Países en estudio o es simplemente derecho vigente, más no positivo o llegó a tener auge en épocas pasadas como la de los Romanos.

Entre los criterios expresados por autores mexicanos - sobre los esponsales se transcribe el siguiente: El Dr. Moisés Gónzalez Hurtado, establece: "Es una institución que ha ido perdiendo importancia jurídica, aquí en la Ciudad de México, solicitando su derogación dentro de nuestra legislación y es por lo tanto, establecer al respecto si es necesaria su derogación o una simple modificación sobre dicha Institución, ya que, si bien hasta el momento en nuestro País no - ha habido demanda alguna al respecto".

La opinión vertida, se puede tomar como base para buscar mayores elementos que nos den la pauta a seguir en el - presente estudio y establecer un criterio sobre la promesa de matrimonio, y demostrar, a través de la investigación si en verdad son inoperantes los esponsales o simplemente sere

quiere una enmienda en nuestra ley para que la promesa de matrimonio tenga aplicación práctica.

3.1 ESTADOS UNIDOS DE NORTE AMERICA

En los Estados Unidos de Norte América, el Common Law Marriage, constituido por el acuerdo entre un hombre y una mujer para tomarse por marido y esposa seguido por la cohabitación, está permitido en 18 Estados: Alabama, Colorado, - Florida, Georgia, Idaho, Indiana, Kansas, Michigan, Mississipi, Montana, Ohio, Oklahoma, Pensylvania, Rhode Island, - Carolina del Sur, South, Dakota y Texas. Pero debe tomarse de un acuerdo actual, o sea de los antiguos esponsales de - presente, pues los esponsales de futuro no constituyen matrimonio aunque vayan seguidos de cópula carnal: sin embargo, es una presunción iuris tantum de que el compromiso de contraer matrimonio (esponsales de futuro) se transformó en matrimonio actual (esponsales de presente).

En materia de daños y perjuicios de la ruptura de la - promesa de matrimonio, el derecho norteamericano aplicó los mismos principios que el inglés, admitiéndo la indemnización de los perjuicios materiales y morales ocasionados sobre la base de la responsabilidad por incumplimiento contractual. Sin embargo, en los últimos años 18 Estados han prohibido las acciones por daños y perjuicios derivados de la ruptura de la promesa de matrimonio: son ellos, Alabama, California, Colorado, Illinois, Indiana, Massachusetts, Nevada,

Nueva Jersey, Nueva York, Pensilvania y Wyoming. Esta situación pone de manifiesto una tendencia contraria al reconocimiento de la eficacia jurídica de los esponsales, que tiene su origen en la excesiva facilidad con que los tribunales acogían las acciones resarcitorias fundadas en su incumplimiento, en las elevadas sumas concedidas como indemnización y en los abusos o verdaderas extorciones a que se dice que llegaron a dar las amenazas de su ejercicio por mujeres inescrupulosas

Los regalos hechos por uno de los prometidos al otro se consideran condicionales y pueden ser recobrados si rompe la promesa el donatario: la regla es especialmente aplicable a las joyas y al anillo de compromiso. (22)

En el País del Norte debido al rompimiento de la promesa de matrimonio, existen demandas o juicios, que son conocidos con el nombre de "Breach of Suits", constituyen una actividad peculiar de las Cortes Norteamericanas y con frecuencia se les hace objeto de una publicidad escandalosa. los Tribunales, por su parte, se han caracterizado por una extrema amplitud y generosidad de las indemnizaciones, a tal grado que en algunos Estados la han prohibido, mismos

22.- Belluscio Augusto Cesar, Derecho de Familia, Tomo I, Reimpresión, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1979, pág 235.

que ya han sido mencionados. (23)

La acción indemnizatoria puede ser ejercida por personas de uno u otro sexo, pero en realidad quien acciona -- generalmente es la mujer y para la procedencia de la acción no es necesario que la promesa de contraer matrimonio sea - hecha por escrito, bastando que sea verbal. Otro rasgo ca-- racterístico que se puede encontrar en esta acción, es que no obstante su carácter personal, dado que el motivo que - autoriza la demanda por daños, se basa en la ofensa que -- el demandado infringió a la demandante, fallecido cualquiera de ellos, no cabría accionar ni por sus herederos, desde que la ofensa ha sido estrictamente personal y ha -- afectado, exclusivamente, a los vínculos por ella, sin embargo, en algunos casos - aunque pocos - se ha sostenido - que la acción puede sobre-vivir, y recuarda los citados -- por Charles J. Mac. Colla, en Breach of Promise, bajo el título "Daños y perjuicios contra un hombre muerto". También algunas veces, los tribunales han resuelto que no solo el - demandado puede ser condenado a la reparación pecuniaria, - si no igualmente a una reparación de carácter penal, con-- sistente en una pena de arresto, sanción que recuerda --- "La antigua y ya superada prisión por deudas que parece -- revivir aunque fugazmente, en esta solución del Derecho --

23.- Ferrer Francisco M., Los esponsales en el Derecho Civil Argentino y en la Legislación Comparada, "Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales", año XVI, 3° época, números 78- 79, Santa Fé República Argentina, 1961, pág. 51.

Norteamericano.

Por ello en opinión de Clivia Vélez, no es más que el resultado del excesivo rigorismo con que las Cortes que entienden de éstos pleitos han considerado y resuelto las cuestiones vinculadas por ellos, procurando el castigo severo y ejemplar de los incursos en la ruptura. Y dada la naturaleza tan peculiar de la acción, ha predominado el criterio judicial muy amplio y liberal en la apreciación y valoración de las pruebas aportadas para justificar la existencia de la promesa y su ruptura, considerándose diversas circunstancias a fin de demostrar la verdad o falsedad de los hechos invocados en la demanda, y aquella naturaleza tan típica que se le atribuye a la acción, ha incluído, también, en la clase de defensas que pueden oponerse, que no es dable encontrar respecto de otros pleitos. Igual amplitud existe en cuanto a la determinación del monto de los daños y perjuicios (daños materiales y morales), a las circunstancias que deben tenerse presentes para ello, llegándose, a veces a verdaderos abusos en la concesión de tales reparaciones,- y por esto, si bien la tendencia de los tribunales es, por lo general favorable a las pretensiones de los demandantes y al mantenimiento de estos juicios, la que refleja la nueva legislación de los Breach of Promise Suit como resultado de la abundante y acerba crítica que tales pleitos han provo

cado en la opinión de los Estados Unidos. (24)

Debido al gran número de demandas que son interpuestas ante los tribunales, el pueblo norteamericano se ha dividido en dos sectores de opinión respecto de los esponsales, a decir:

Una decididamente favorable a este tipo de litigios -- por entender que asegura la seriedad de los esponsales, moraliza las costumbres y protege los intereses de lasmujeres frente al abuso de los hombres.

Este criterio encierra 3 elementos, el primero de ellos es asegurar la seriedad de los esponsales.

Respecto del segundo elemento, que es la moralización de las costumbres, sostengo la idea de que en un País tan - agitado, conforme avanza el tiempo se van perdiendo las costumbres y prefieren los ciudadanos vivir en unión libre y - olvidarse por completo del contrato de matrimonio.

El tercer elemento se basa fundamentalmente en proteger a la mujer, olvidándose por completo de los hombres que en un momento dado podrían caer en el engaño, seducidos por la mujer o por el hecho de obtener un lucro.

Otro criterio contrario al mantenimiento de los esponsales, señala que las acciones admitidas han sido usadas como instrumentos de fraude y chantaje, sin importar la situación romantica y sentimental en que se encuentren cualquiera

24.- Enciclopedía Jurídica Omeba, Tomo X, Editorial Bibliografica Argentina, Buenos Aires, Pág. 783.

de los futuros contrayentes.

Por lo que respecta a este criterio, diré: si bien es acertado, debido a que en primer lugar la promesa de matrimonio debe solicitarse en forma verbal, por lo tanto, se admite reclamen daños y perjuicios que se ocasionen por motivo de la ruptura de los esponsales, es por esto que existen juicios que se utilizan como medio para adquirir fortuna -- por parte de uno de los futuros contrayentes, sin importar causar algún daño moral y material a la familia, asi-mismo el novio defraudado.

3.2 ARGENTINA

La legislación de la República Argentina, le niega toda eficacia jurídica a los esponsales; que se encuentran regulados en el libro primero, de las personas, en la sección segunda, en el capítulo segundo, denominado de los esponsales, en el Código Civil, y así el artículo 8 dice:

"La ley no reconoce esponsales de futuro, ningún tribunal admitirá demandas sobre la materia, ni por indemnización de perjuicios que ellos hubiesen causado".

A.- Apreciación de la norma.

Del artículo antes transcrito, se desprende que no admite acción alguna para poder demandar los esponsales, pero, - los autores argentinos, en su mayoría, están de acuerdo en - que se legisle y sea aceptada la promesa de matrimonio.

Borda señala, es un problema que los esponsales presentan desde el punto de vista jurídico y moral, pues por un lado está la necesidad evidente de que nada puede afectar la - absoluta libertad de los contrayentes para celebrar el matrimonio, y por el otro la realidad de que la ruptura de la promesa puede ocasionar graves perjuicios, tanto, materiales como morales. Considera, sin embargo, que la acción de daños - y perjuicios derivada de ese hecho sobre el cariño al chanta-

je y a que mujeres desaprensivas se presenten ante los tribunales, levantando escándalo por pretendidas seducciones, en tanto, las honestas guardan silencio por una razón de pudor tomando como ejemplo a los Estados Unidos, cuya legislación está prohibiendo la presente acción. Asimismo, sostiene que se debe tener el derecho de reclamar la restitución de las - donaciones hechas durante el noviazgo y la reparación de los gastos hechos en vista al matrimonio, siempre que la promesa se prueba de modo fehaciente.

Otro autor también está en favor de los esponsales es - Lafaille. Considera explicable que la promesa no produjece - la necesidad jurídica de celebrar el matrimonio, pero en cambio sostenía que debería concederse el resarcimiento que siempre reconocieron las cánones y aceptan casi todos los códigos modernos.

Francisco M. Ferrer, también se opone al Código Civil Argentino ya que, manifiesta; no presta amparo a víctimas de daños, ciertos y efectivos, por tanto, deja sin sanción a autores de actos condenables y antisociales, es decir, estima que se requiere una reforma que a la vez reprima adecuadamente este tipo de actos ilícitos, asegure a las víctimas la reparación de los daños materiales, y morales. Sin embargo, -- considera que la indemnización no debe ser el efecto de la - ruptura de un vínculo contractual, ni quedar librada a la -

aplicación de los principios generales sobre hechos ilíci - tos, sino regularse en su alcance, preciso en atención a la índole particular de éstos actos. Por lo tanto, se adhiere también a la idea de afirmar la libertad absoluta del matri monio y sin castigar el simple cambio de sentimientos, tam- poco se dejaría en desamparo a las víctimas de conductas -- ilícitas.

Por su parte Lagomersino, emite también su opinión, en tendiendo que los argumentos que fundan la posición contra- ria sean los mismos de quienes se oponen al resarcimiento - del daño moral, cuestión ésta que ya está superada en el de recho actual.

Hace alución a la protección jurídica que a ben merecer los noviazgos prolongados en razón de los problemas de la vi vienda y de la carastía de la vida. Entiende que los peli/ros señalados por lo adversarios de la institución pueden ser - evitados mediante una correcta reglamentación y una juicio- sa aplicación por los tribunales de las normas respectivas.25

Las opiniones emitidas concuerdan en señalar que se legis le en Argentina sobre la admisión de los esponsales, más no sobre su cumplimiento, salvo los efectos jurídicos que se - produzcan por la ruptura maliciosa de la promesa, así como - las indemnizaciones y devoluciones de los regalos y objetos que se hayan donado los futuros contrayentes con motivo del concertado matrimonio.

25.- Belluscio Augusto Cesar., Ob. Cit. pág. 242-243.

B.- Proyectos de Reforma.

De los criterios expresados en contra de la disposición que prohibe acción alguna que surja por el incumplimiento de la promesa de matrimonio, encontramos los siguientes ante-proyectos:

El anteproyecto de 1954, señala:

"No habrá acción para exigir el incumplimiento de la promesa de matrimonio, pero el incumplimiento doloso conforme a las circunstancias del caso que apreciarán prudentemente los jueces, dará lugar a la reparación del daño moral y material sufrido por el novio o novia inocente".

"Se reputa, hasta prueba en contrario, que concurren a calificar en injustificado rompimiento de la promesa matrimonial, la duración excesiva del noviazgo, la pública honestidad, intimidad de los prometidos o la proximidad del casamiento".

Otro anteproyecto Paraguayo de Degasperi, cuya base fundamental fue el Código Suizo. En dicho anteproyecto, manifiesta; está generalizada la promesa de matrimonio en los medios proletarios, "como añagaza de que irresponsables tenorios se sirven para seducir a su víctima, hacerla madre y huir luego al favor de la inanidad del artículo 8 de la Ley del Matrimonio Civil".

El ante-proyecto que pro-pone Degasperi, se refiere ala

promesa de matrimonio, en los artículos que a continuación se transcribe:

Art. 137.- La promesa de matrimonio no obliga a contraerlo.

Art. 138.- Cuando sin justa causa rompen los novios su compromiso, o cuando lo rompe uno o el otro por una causa imputable a uno de ellos, deberá la parte culpable, a la otra, una indemnización equitativa por los gastos hechos de buena fe con mira al matrimonio, dentro de los límites que correspondan a la condición social de las partes.

Art. 139.- Cuando la ruptura del compromiso perjudicare gravemente el interés personal de un novio sin culpa de su parte, el Juez podrá conceder al inocente una suma de dinero en concepto de reparación moral si la otra parte es culpable del hecho.

Esta pretención es insensible. Mas si el deudor la hubiere reconocido, o hubiere sido ya demandado al tiempo de abrirse la sucesión de la otra parte, pasará a sus herederos.

Art. 140.- Los prometidos pueden, en su caso de ruptura de-manoar la restitución de los regalos que se han hecho en consideración a la promesa de matrimonio.

Si los regalos no existieren en especie, - la restitución se hará como en materia de enriquecimiento ilegítimo.

Si la ruptura ha sido causada por la muerte, no habrá lugar a repetición.

La acción derivada de los esponsales se prescribe al - año computado desde el día de la ruptura de la promesa de - casamiento. (26)

Este autor da un panorama mas amplio acerca de la promesa de matrimonio, en virtud, de que se toma en cuenta las sanciones que se deben imponer al novio que dió motivo al - rompimiento por su conducta ilícita, y se ampara al inocente (burlado) de los daños y perjuicios que surjan. También toma en consideración que los futuros cónyuges se devuelvan los regalos donados con motivo del matrimonio concertado.

Otro ante-proyecto es el propuesto por Ipota, y expedido por la Comisión Reformadora, estableciéndose;

art. 338.- No habrá acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio.

párr. lo.- La promesa de matrimonio debe constar en instrumento público o documento privado otorgado por persona mayor de edad o por el menor que hubiere obtenido, al efecto, la venia - del autorizado para concederla, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 340

26.- Ibid., pág. 244.

o bien, resultar de una ceremonia realizada de conformidad con las costumbres.

Párr. 2o.- La promesa de matrimonio resultará, además del pedido de publicaciones a que se refiere el artículo 342.

Párr. 3o.- Será de ningún valor la cláusula penal estipulada por uno de los prometidos o por un tercero para el caso de incumplimiento de la promesa de matrimonio y no habrá derecho a exigir cualquier otra convención, que, para este último supuesto, hubieren acordado las partes.

Párr. 4o.- El que rehúsa cumplir su promesa de matrimonio, sin justos motivos, o difiera indefinidamente su cumplimiento, debe pagar a la otra parte una indemnización equitativa por los gastos que esta última ha hecho de buena fe en vista al matrimonio. También estará obligado, para que con el otro prometido, a reparar el perjuicioque resulte a éste de lo que en previsión del matrimonio haya dispuesto respecto de sus bienes o de sus medios de existencia, enla medida en que sean razonables estas disposiciones con arreglo a las circunstancias,y ala condición y recurso

de las partes. El mismo resarcimiento corresponde al prometido que rehúsa, con justo motivo cumplir la promesa de matrimonio, en virtud de una culpa imputable a la otra parte.

Párr. 5o.- En todos los casos en que uno de los prometidos, sin causa grave de su parte, no cumpla el compromiso convenido, deberá al prometido inocente, a título de reparación moral, una indemnización en dinero, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio, u otras causas semejantes, a la ruptura de los esponsales causa un grave daño a la reputación del prometido inocente. La acción que corresponde a este último no puede cederse; pasa a los herederos si ha sido reconocido el derecho del prometido inocente o si ya había éste deducido la acción resarcitoria antes de la apertura de la sucesión.

Párr. 6o.- La ruptura de los esponsales da derecho a los prometidos a reclamarse los presentes o donaciones que se hubieren hecho, rigiendo los principios reguladores del enriquecimiento

sin causa. Si la ruptura de los esponsales se produce por causa de muerte de uno de los prometidos, en caso de duda, se presume que no debe efectuarse la restitución.

Párr. 7o.- Las acciones otorgadas en los tres párrafos precedentes prescriben al año de verificarse la ruptura de los esponsales. (27)

Los ante-proyectos transcritos ofrecen una reforma de los esponsales, y aunque no fueron aceptados y quedaron en el escritorio de los legisladores, deberían tomarse en cuenta ya que si bien en todo el mundo existen noviazgos de buena o mala fe; los primeros, serían los que llegan a su fin último, es decir, celebrarse el matrimonio, en tanto que -- los segundos las partes que actúan de mala fe rompen el compromiso. Los ante-proyectos coinciden en señalar en no celebrar el matrimonio, pero al accionar para demandar daños y perjuicios y solicitar la devolución de lo donado.

Apota al señalar: "Los esponsales deben de constar en instrumento público o en documento privado otorgado por una persona mayor o por el menor que previamente obtenga el consentimiento de quien esté autorizado para hacerlo".

Expresa exactamente cómo deben formalizarse y así se - obtenga mayor garantía para que el matrimonio, de no llevarse acabo, el novio burlado pueda ejercitar la acción -- a que tendría derecho.

27.- Ibid., pág. 245.

Otros autores como Lagomersino, Ferrer, han propuesto proyectos que la Ley Argentina no han admitido y aún menos la jurisprudencia, por lo tanto, los han dejado sin efecto alguno.

C.- Acción de daños y perjuicios.

El artículo 8 de la Ley del Matrimonio Civil, no admite demanda alguna en favor del incumplimiento de la promesa de matrimonio y menos aun sobre la ruptura, de daños y perjuicios que nacan de ella.

Si bien este artículo prohibe los esponsales, no debe olvidarse y tomarse en cuenta, que existe una conducta ilícita por parte de uno de los novios cuando rompe los esponsales sin causa o motivo legal.

Manifiesta Busso que en virtud de la norma legal (art. 8 Ley Matrimonio Civil), no puede desprenderse responsabilidad contractual, más sin en cambio detrás de la promesa puede esconderse la conducta dolosa o maliciosa de uno de los novios, especialmente en caso de seducción de la novia; en tales supuestos, el rompimiento, es un acto ilícito que viene a consumar lo que ha sido una maniobra de engaño, de manera que la responsabilidad no es contractual, sino derivada de un acto ilícito.

Por lo tanto, se puede imputar dolo o culpa a quien provoca la ruptura y causa daño moral o material al novio ino-

cente, por el cual éste tiene derecho a una indemnización, por ese acto ilícito cometido.

Por su parte, Spota piensa que el artículo 8 de la Ley de Matrimonio Civil, sólo excluye el resarcimiento de los daños que tengan por causa el incumplimiento aún doloso o culposo de la promesa matrimonial, más no los que se producen cuando los esponsales han constituído la ocasión para cometer un acto ilícito, tal como la injuria o difamación (Código Civil art. 1089) o bien la seducción y entiende -- que no se concibe sino media promesa de matrimonio. Pero - amplía su idea a casos tales como la renuncia a la relación laboral, a derechos hereditarios o la no aceptación de una donación, impuestos por el novio a la novia como condición de la celebración de los esponsales, ya que, entiende que en esos casos la causa del perjuicio no sería el incumplimiento de la promesa sino la imprudente imposición que caería en el artículo 1109 del Código Civil, aún cuando la promesa se rompiese por causas justificadas, con tal de -- que no fuesen imputables a la damnificada. Concluye diciendo que el artículo 8 no prohíbe las acciones indemnizatorias fundadas en el dolo o la culpa extracontractual, aunque el perjuicio se haya inferido. (28)

Los criterios anteriores, concuerdan en señalar que - se pueden demandar los daños y perjuicios que sufra cualquiera de los prometidos, por cometer una conducta ilícita el otro prometido. Siempre y cuando haya mediado promesa -

28.- Ibid., pág. 347 y 348.

de matrimonio.

Por otro lado siempre existirán los noviazgos, mientras exista gente en la tierra, pero a pesar de que la ley no admite los esponsales (Ley Argentina), existen engaños por parte de cualquiera de los novios que a veces no llegan a tener conocimiento de la autoridad judicial competente. Pero en la República argentina se ha registrado un caso de acción de este.

Una joven ingresó a una empresa comercial donde trabó relaciones con el Contador, quien, afirmaba ser soltero, así figuraba en el personal. Este empezó a cortejarla y pidió su mano a los padres. Después de dos años de público noviazgo fijose el 17 de febrero de 1949 la fecha para el casamiento. A mediados de enero de ese año concurrieron a la iglesia para precisar los detalles de la ceremonia y el 21 del mismo mes concurrieron juntos, con los testigos, para levantar el acta para las amonestaciones. En la víspera de la boda la novia recibió una carta del prometido en la cual expresaba en forma confusa que no podrían casarse. El motivo de su actitud lo conoció más tarde: su novio era casado y tenía tres hijos La mujer de tal modo burlada, en su demanda por indemnización de daños y perjuicios, expresaba que su novio la hizo renunciar al puesto que desempeñaba con un sueldo mensual de 225 pesos y además, con motivo de la frustrada boda había efectuado muchos gastos para el ajuar con dinero de su peculio y --

del de sus padres, por el cual, estimaba los daños materiales en la suma de cinco mil pesos, cuya acción fundaba en el artículo 1893 del C. Civil que dispone: "La incitación o el consejo, en el interés exclusivo de aquel a quienes - se da, no produce obligación alguna, sino cuando se ha hecho de mala fé, y en este caso el que ha incitado o dado - consejo debe satisfacer los daños y perjuicios".

El Juez, Dr. Lozada Echenique no halló mérito para admitir la acción; "No obstante la incalificable conducta moral del demandado para con la actora". A su vez, el Sr. vocal Doctor Chute, en su voto, al cual adhieren los Doctores Alsina y Coronas, afirman que con la categoríca prueba testimonial y documental rendida por la novia engañada probó todos los extremos de su demanda. Y aun cuando reconoce que - el demandado "burló despiadadamente a su prometida ocultándole su verdadero estado civil hasta el día antes fijado para la boda", el tribunal, en virtud del artículo 8 de la -- Ley de Matrimonio Civil, desestima la reclamación, a pesar que con ello "se sancione una verdadera injusticia".

"Yo estoy - decía el Dr. Chute - con la interpretación que fluye sin esfuerzo delartículo en disçusión, vale decir, por negativa de la acción resarcitoria. Bien sé que la solución de nuestra ley no es justa, por cuanto la promesa, sin atacar la libertad del matrimonio, puede crear situaciones que merecen la contemplación del ordenamiento jurídico, y - que se aparta de la orientación seguida al respecto por al-

gunos códigos modernos, entre ellos, el Aleman, el Suizo, - el Brasileño, el Peruano, la Ley Sueca del 11 de junio de - 1920, etc., pero creo, como dije al compulsar los anteceden tes que sirvieron de guía a nuestro codificador, que la ac- ción de daños y perjuicios no tiene cabida en nuestra ley -, cuando la promesa de matrimonio deja de cumplirse, cual-quie ra que sea el motivo invocado por ello. "

"Pienso - concluía el mismo magistrado que el precepto legal que nos rige debe ser modificado armonizándolo con - los principios del Código Civil que acuerdan reparación con tra todo aquel que ocasiona un daño, vale decir, con el ar- tículo 110. No implica ello admitir, desde luego, que la - violación de toda promesa de matrimonio supeditada a las - circunstancias de cada caso y su reconocimiento al prudente arbitrio de los jueces. Ello impedirá abrir las puertas al abuso y que quede sin consigna sanción actitudes tan inmora les y reprochables como la que ha puesto de manifiesto en este expediente ". (29)

Como se ha visto en este ejemplo existen conductas ilí citas, aunque la Ley de Matrimonio Civil Argentina, no admi te los esponsales. Pero, comparto la idea de que deben san- cionarse este tipo de conductas, y no dejar sin penalidad - alguna al novio culpable.

29.- Ferrer Francisco M., Ob. Cit., pág. 57

D.- Restitución de las donaciones.

Augusto Cesar Belluscio, al hablar sobre este tema, manifiesta, que cabe aplicar los artículos 1238, 1240 y 1248, del Código Civil, de los cuales resulta que las donaciones como son: objetos del hogar, de valor, vivienda, etc., entre los futuros esposos hechas en el contrato de matrimonio están sujetas a la condición implícita de que éste se celebre: sin mayor esfuerzo, la aplicación analógica de estas disposiciones cubre todos los casos que motivarán este planteo. Por su parte Salvat, Fassi y Lagomersino, concuerdan en que no se admiten las devoluciones, en virtud, de haber norma específica que los regula y además por que se tratan de regalos simples y de amistad.

Spota los considera restituibles, en tanto, no reconozcan su causa en una precedente relación de amistad o parentezco anterior a los esponsales o sean testimonios de buena amistad y resulte así que no se efectuaron en razón del matrimonio.

La opinión de Cesar Bellu-scio, en relación al criterio anterior es acertada, por que es distinta a la naturaleza jurídica de la donación por que varíe su importancia o valor económico. Pero en realidad, estas distinciones entre verdaderas donaciones y regalos de uso o de afección solo caben como en la doctrina francesa y Belga con relación a los

hechos por terceros, más no por la diferente naturaleza del acto sino, por que pueda presumirse que los segundos podrían haberse hecho igualmente fuera del noviazgo o de la consideración al futuro matrimonio, de modo que no alcanzarían las razones que fundan la restitución de las donaciones. Mas difícil será hallar regalos entre los novios que se hubiesen hecho igualmente en caso de no existir el noviazgo. (30)

Así tenemos que ante los tribunales de la Capital Federal, se presentó un caso de restitución de las donaciones, que en seguida se expone:

- fue resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones - en lo penal en 1957.

En febrero de 1954 un hombre soltero trabó relación -- con una mujer casada, relación que al paso del tiempo se hizo amorosa y motivó que ella le prometiese obtener el divorcio de su marido y contraer matrimonio con él, por su puesto en el extranjero, en tal situación el hombre adquirió un departamento que puso a nombre de la mujer, y diversos elementos para amueblarlo y adornarlo. Llegado el mes de marzo de 1955 la beneficiada cambió la cerradura del departamento e impidió la entrada a su benefactor rompiendo de hecho la promesa formulada. Promovida la querella penal por defraudación ella fue acogida en primera instancia, pero el tribunal de apelación revocó la sentencia pues consideró- por el voto

30.- Belluscio Augusto Cesar, Ob. Cit., pág. 251.

del Dr. Odérico, al cual se adhirieron los Dres. Berutti y Black - que no existía ardid que encuadrase en el artículo 172 del Código penal sino un abuso de confianza, mediante - la simulación de efecto y promesa de matrimonio, que habría motivado actos de liberalidad o préstamos del querellante - perfectamente explicable dentro del tipo de relaciones sentimentales mantenidas.

La solución es acertada en el campo penal, pero ello - no quita que una acción por restitución de la donación en - sede civil pudiese haber prosperado, ya que habría dejado - de cumplirse la condición de celebrar el matrimonio; la solución no sería distinta por la imposibilidad de contraer - matrimonio, en el País, pues en todo caso se trataría de -- una condición de cosa prohibida por las leyes que dejaría - sin efecto la obligación (Cód. Civ. art. 530).

Más recientemente, la Sala F de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo civil decidió ordenar el reintegro del -- anillo de brillantes que acompañaba a la alianza, y que el novio - a cuya abuela había pertenecido - había regalado a la novia con ocasión del noviazgo que luego se rompió. El - tribunal se limitó a invocar la costumbre, afirmando que la entrega del anillo está condicionada "en alguna medida" a - la celebración del matrimonio, ya que va destinado a la futura esposa. La decisión es correcta, y coincide con la so la solución dada uniformemente por la Doctrina Nacional que

se ha expedido acerca del problema de la restitución de las donaciones entre los ex-novios: mas no por correcta resulta debidamente fundada, ya que no se justificaba acudir al derecho consuetudinario aplicable sólo por remisión legal o - en situaciones no regladas por la ley (art. 17, Cód. Civ. - texto según ley 17.711), cuando se trataba de cuestiones -- que podían ser resueltas mediante la aplicación de normas - legales.

En el mismo caso, quedó consentida la Sentencia de Primera instancia en cuanto rechazó el pedido de devolución de un reloj que el novio había regalado a su novia con motivo de su cumpleaños. El Magistrado basó su decisión en la distinción entre donaciones y presentes de uso, considerando - que los segundos no deben ser restituídos, a los que agregó otro basado en el artículo 1198, párr. 1o del Cód. Civ. -- (texto según ley 17.711), según el cual los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que verosímilmente las partes entendieron o pudieron entender, obrando con cuidado y previsión. (31)

De los dos ejemplos dados se desprende que los novios que actuaron de mala fe, lo hicieron para obtener un lucro y de paso burlarse del otro prometido, por lo tanto, es una conducta ilícita que la ley no sanciona.

31.- Ibid., pág. 253.

E.- El contrato de compra-venta entre futuros cónyuges

Ahora hablaremos de un tema, que surge en cualquier momento y dentro del noviazgo que es la compra-venta entre -- los futuros cónyuges, siendo Enrique Díaz de Guijarro, el - que nos proporciona elementos, y con estos demostrar si es o no válida dicha institución, a decir:

1) La lectura del artículo 1458 que veda celebrar el - contrato de compra-venta entre los esposos, provoca un interesante problema - que se nos ha planteado - sobre la validez de tal contrato cuando se efectúa en vísperas de la -- unión nupcial y a sabiendas de su inminente realización.

Entendemos que la estipulación es válida, y fueron las razones que sustentaron la tesis que profesionalmente expusimos y que reiteramos ahora.

2) La actitud para contratar quienes en soltería, han de unirse en próximo matrimonio, como se desprende del artículo antes citado que prohíbe dicho contrato en los esposos pero quiere decir, que también lo esté para el futuro matrimonio, debido a que el artículo es tajante a ese respecto.

Categoríeamente, Salvat expresa que la prohibición no se aplica "cuando son contratos de venta realizados antes - de la celebración del matrimonio, aunque sea en fecha próxima: hasta entonces la venta no se realiza entre marido y mu

jer, como dice el texto de la ley, no pudiendo la prohibición ser extendida de un caso a otro" (Tratado de Derecho Civil Argentino. Fuentes de las obligaciones. Contratos" 2o. Ed. actualizada por Acuña Anzorena, T.I, P.313. No 450 de acuerdo con las opiniones de Aubry y Rau de Baud y Laconfineire Saignat y de Pamel en el Tratado de Planiol y Ripert que cita).

Es oportuno observar que Salvat destaca la inaplicabilidad del art. 1358, cuando la realización del contrato se produce "en fecha próxima" con respecto a las nupcias, ya que sin duda basta que la compraventa se estipule antes del casamiento.

3) Cuando la ley fulmina actos jurídicos por causas del matrimonio y con relación a la soltería, lo resuelve categóricamente. Es el caso del artículo 3826: "Todo testamento hecho por persona que no esté actualmente casada, quedaba revocado desde que contraiga matrimonio, si bien es válida la compraventa cuando se realiza en solterío, por que no hay precepto que lo prohíba y además se está realizando cuando hay voluntad de los compradores, más no cuando los novios contraígan matrimonio, entonces estaríamos en el supuesto que marca la ley.

4) Otro aspecto derivado del artículo 3826, que la Jurisprudencia ha interpretado, con firmeza reiterada, que el testamento subsiste si el matrimonio se contrae con la -

misma persona instituida heredera.

Luego "la persona que no esté actualmente casada" y que contrató la compra-venta con quien después fue su cónyuge, obró dentro de su capacidad actual: aunque los esposos - esposos actuales - no son capaces para tal acto entre ellos, la modificación de su estado de familia no tiene efecto retroactivo para tomar en incapacidad ejercida.

5) Si se adujera que la compraventa pactada por los futuros esposos convirtió en obligación de cumplimiento imposible, por obra y gracia del artículo 1358, es menester indagar si la prohibición de ese precepto sobre pasa la ya destacada finalidad de amparar a los terceros y librarlos de - conciertos fraudulentos de los cónyuges o si su juego admite hipótesis de exclusión, no por desconocimiento de la incapacidad sino por aplicación racional de la misma.

Son múltiples ya las situaciones que la doctrina y la Jurisprudencia han violado como ajenas al terminante rigor del art. 1358. Así, nuestros tribunales han establecido que la prohibición del artículo 1358 deja de funcionar cuando - se trata de venta forzosa en ejecución para hacer efectiva la prestación alimentaria (Cám. Civ. 2a. Cap., J.A. T.36 P 1431: 1943 III, P 846): o cuando se realiza subasta judicial a causa de la disolución de la sociedad conyugal (Cám. - Nac. Civ. Cap. Sala D. "la ley" T-63, P.123): o cuando tiene por fin hacer cesar el estado de indivisión hereditaria (Cám Civ. 2a. Cap. J.A. 1943 III, P. 846): o cuando la mujer ven

de a una sociedad integrada por el marido (Cám. Fed. J.A. T 36, P. 896). Esta orientación jurisprudencial armoniza con parejas soluciones enunciadas por Salvat.

De lo expuesto en los incisos anteriores, es de verse que la compra-venta es válida entre los futuros contrayentes y su cumplimiento es factible después del matrimonio debido a que el acto de compra-venta se realizó antes de celebrarse aquél.

ó) Las reglas propias de la sociedad cónyugal, en punto a la calidad de los bienes - propios y gananciales - -- brindan abundante apoyo al desarrollo precedente. En efecto:

a) Si el marido pudo donar a su esposa por previa convención matrimonial (art, 1217 inc. 3) - lo que comporta título gratutito - con mayor motivo pudo venderle un bien - - lo que comporta título oneroso.

b) Si la cosa adquirida durante la sociedad en bien propio "cuando la causa o título de adquisición le ha procedido y se ha pagado con bienes de uno de los cónyuges" (art. 1267), nada significa que la "causa o título de adquisición haya surgido de actos entre el futuro cónyuge y un tercero o entre ambos futuros cónyuges, tanto por que la ley no distingue como por que la situación jurídica es la misma.

Como se ha visto y se reitera que la compra-venta es - válida siempre y cuando se lleve a cabo antes de contraer - matrimonio, y después de contraído éste, pueden surgir los

efectos de la misma como escriturar por ejemplo (si se trata de un bien inmueble), así mismo, resultaría si un tercero vende a uno de los futuros esposos, la venta sería válida si se paga con bienes propios.

Es que la "causa o título de adquisición" juega en ambas hipótesis, por que parte esencialmente de un acto anterior al matrimonio, y dé un acto no completo. Por eso se habla de "causa o título de adquisición".

Si la subrogación real mantiene en los nuevos bienes - la calidad propia de los anteriores (art. 1266), la cosa -- que fue objeto de la compraventa que subrogó en la suma de dinero que la demandada tenía antes de casarse y que sirvió para pagar el precio de aquélla.

Si la confesión del recibo de la dote obliga al marido y a sus herederos a restituir, "en cualquier forma que sea hecha" tal confesión (art. 1228), es innegable que la com-- praventa involucra ese reconocimiento, por que el futuro -- vendedor reconoció la existencia de un bien propio de la futura esposa compradora: bien que, por cierto, sufrió la anterior subrogación.

Como se ha venido hablando de los esponsales en la República Argentina, que no son tomados en cuenta por la ley civil, pero en cambio la doctrina hace alución a ellos y hace planteamientos reales que surgen de acciones que los - mismos ciudadanos llevan acabo. (32)

32.- Díaz de Guijarro Enrique, El contrato de compraventa entre futuros cónyuges, "Jurisprudencia Argentina",año - XXIII, número 782, Buenos Aires 1961, pág. 1

3.3 ESPAÑA.

Este País cuenta con varias costumbres y leyes relativas a la promesa de matrimonio, siéndo necesario hacer mención a ellas para obtener un panorama amplio y darse cuenta que el legislador español se ha preocupado por mejorar su ley relativa a este tema. Así tenemos que los esponsales anteriormente se celebra-ban en ceremonias especiales, en la que los contrayentes se hacían donativos y regalos, cánjean dose el anillo simbólico llamado arras, como cumplimiento de la promesa de matrimonio y la dote estipulada. En algunas ocasiones se entregaba la mitad de los bienes que harían parte de la dote. Luego los futuros contrayentes era usual que se dieran recíprocamente un beso, con efectos jurídicos distintos, sobre la devolución de las arras, según quien lo diera.

La ley del Osculo o del beso, pasó como costumbre de los Romanos a España. Séneca refiere las costumbres de los Corcobeses que transformaban los esponsales en nupcias por medio del ósculo. es una de las leyes españolas, fue adoptada en el año 336 por Constantino, en una institución a Tiberiano, Vicario de las Españas en Sevilla, luego pasó al Código de Teodocio, después al Justiniano y posteriormente al Fuero Juzgo, al Fuero Gótico, al Fuero Real y al Fuero viejo de Castilla.

Si hubiera medido ósculo la mujer hacía suyo todo o -

la mitad de lo dado por el esposo con vísperas al matrimonio por eso adquiría suma trascendencia la prueba de si había o no mediado el beso.

El beso es femenino y no masculino, subraya Clara Campo amor, apoyada en reflexiones de Alfonso el Sabio, quien en una de sus leyes de Partida dice: "E la razón por que se movieron los sabios antiguos en por que la desposada da el beso a su esposo e non se entiende por lo que recibe de él. Cuando recibe el esposo el beso ha ende placer etos alegre, e la esposa finca en vergonzada". (33)

Desde el Fuero Juzgo en adelante se llegó a forzar la voluntad de las partes para el cumplimiento de la promesa, salvo cuando mediaba excusa. Este Código se ocupaba de la materia en el Título I, Libro Tercero, Ley 3o, en la que se exigía que los esponsales se hiciesen en escritura o delante de testigos entregándose también el anillo o sortija a la esposa, y una vez verificado esto no podía de ninguna manera quebrantarse la promesa o romperse el contrato, si la otra parte no prestaba su asentimiento.

En cambio en el Fuero Real, la Ley 10, Título I, Libro III disponía: "si alguno prometiese por palabra o por jura que casaran uno con otro, sean tenidos de lo cumplir".

Las Partidas definen los esponsales como: prometimiento que fazen los omes, por palabra cuando quieren casar". (Partida 4o, Ley 1o, Título 1) Este Código identificaba los esponsales de presente con el verdadero matrimonio, es--

33.- Ferrer Francisco M., Ob. Cit., pág. 38.

tableciéndo que: "los desposorios se fazen de dos maneras. La una de ellas se faze por palabras que muestran el tiempo que es presente. La segunda de estas, mas de casamiento que de desposorios".

A propósito de la ruptura unilateral de la promesa, las partidas consideran como causas las siguientes: 1o estar en religión: 2o ausentarse tres años: 3o hacerse fafo: 4o unión carnal con pariente del otro; 5o mutuo discenso; 6o infidelidad: 7o esponsales de presente celebrados: 8o rapto de mujer casada: 9o falta de edad. Siguiendo en general la doctrina Romano Canónica, se establece la libertad de forma, - se consagra el impedimento de pública honestidad y las arras En esta época su carácter es mas bien eclesiástico que civil

En la pragmática de 23 de marzo de 1776, Ley 9o, Título II, Libro X de la Novísima Recopilación, se exigía como requisito para que los menores celebracen esponsales, la petición del consejo o el incumplimiento del padre o de la madre: y en la de 10 de abril de 1803 (Ley 1ª, Título II, Libro X de la Novísima Recopilación, ordenó la inadmisibilidad de demandas relativas a los esponsales, cuando éstos no hubisen sido celebrados por si mismos. Esta última demandaba también como requisito de forma que se le otorgace en escritura pública, bajo pena de nulidad (S. de 7 de marzo de 1861).

El Proyecto de Código Civil de 1851, era contrario a -

la institución, ya que en el artículo 47 disponía:

"La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningún Tribunal Civil, Eclesiástico, admitirá demanda sobre ellos"

Esto sin duda refleja la opinión de García Goyena y otros autores contraria a los esponsales, por el descrédito en que éstos habían caído, según hemos puesto de relieve en otro lugar de este trabajo.

La Ley de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870, en su artículo 3o suprimió esta institución, al disponer que no producían obligación alguna, cualquiera que fuera la forma y solemnidades y las cláusulas penales, que se estipulasen: pero de nuevo adquirió validez parcialmente cuando el Real decreto de 9 de febrero de 1875, derogó la ley anterior en lo que se refería a los efectos eclesiásticos, aunque siguió en vigor para las personas que no profesaban la religión católica. (34)

El Derecho Civil, actuó junto con el Derecho Canónico al admitir éste la publicación de las proclamas como elemento para que se pudiera llevar acabo la promesa de matrimonio y conforme ha ido avanzando el tiempo, el legislador español se preocupó por hacer normas acordes a la época en que vive. Así tenemos que el Código Civil de 1865, regula esta materia en los artículos 43 y 44, de los que se hará un breve estudio;

El artículo 43, establece:

34.- Enciclopedia Jurídica Omeba, Ob. Cit., pág. 778 779.

Los esponsales de futuro no producen obligación de matrimonio. Ningún tribunal admitirá demanda en que se pretenda su cumplimiento.

Para este Código los esponsales no producen obligación de contraer matrimonio, y es tan rígido que impone a los tribunales la obligación de no admitir las demandas donde se exija su cumplimiento. La validez de su celebración dependerá de los requisitos exigidos por la ley.

En el Derecho Canónico, tampoco se obliga a los novios a cumplir con la promesa de matrimonio. Pero la legislación Canónica toma en consideración sanciones por resistirse a cumplir la promesa y desde el Papa Lucio III, dispuso que fueran amonestados que obligados los esposos en vez de sujetarles a penitencias a los prometidos, como decía el Concilio de Espina o imponerles la pena de excomunión. (35)

A.- Concepto.- Se entiende por esponsales la promesa hecha por ambas partes de futuro matrimonio libremente expresada por un signo sensible, entre personas determinadas y hábiles en derecho. (36)

Este concepto habla de la promesa de matrimonio, libremente expresada, es decir, por voluntad de los futuros contrayentes que deben de realizarla, que son el hombre y la mujer. Debe de ser hecha por personas hábiles en derecho, por ejemplo los menores de edad (salvo consentimiento para

35.- Valverde y Valverde Calixto, Tratado de Derecho Civil Español, Segunda Edición, Tomo IV, 1921, Valladolid, Talleres Topográficos "Cuesta", pág. 75

36.- Puig Peña Federico, Tratado de Derecho Civil, Tomo II, Volumen I, Ed. Revista, Madrid 1951, pág. 67.

tal caso) o aquellas personas que les falte el uso de razón En tanto, el Derecho Canónico establece: que la promesa de matrimonio puede ser unilateral y con las mismas características del Derecho Civil, que han quedado expresadas.

El artículo 44 del Código Civil, señala:

Si la promesa se hubiere hecho en documento público o privado, por un mayor de edad o por un menor asistido de la persona cuyo consentimiento sea necesario para - la celebración del matrimonio o si se hubieren publicado las proclamas, el que rehusare a casarse, sin justa causa, estará obligado a resarcir a la otra parte los gastos que hubiere hecho por r-azón del matrimonio prometido.

La acción para pedir el resarcimiento de gastos a que se refiere el párrafo anterior, sólo podrá ejercitarse dentro de un año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio.

B.- Elementos y requisitos.

Los elementos que encontramos en este artículo, son; - en primer lugar los futuros contrayentes: y en segundo serían los padres o las personas que deban dar su consentimiento para contraer matrimonio.

Los esponsales necesitan requisitos de forma "ad sustantia". El artículo 44 del Código Civil Español, nos habla

de documento público o privado, y la doctrina entiende que estos requisitos de forma que precisan como condición, sine qua non para su celebración, puesto que la acción civil, pue de en su caso derivarse precisamente de esa fundamental exi gencia. ahora bien el documento privado puede ser cualquier papel (cartas por ejemplo), que contenga la promesa de ma-- trimonio.

El documento privado (cartas), puede sin embargo ser - anulada por otra a la que el texto civil, atribuye efectos iguales y es la que resulta de la publicación de las procla mas (art. 44), en cuanto se estima, como dice Castán, que - dicha publicación implica necesariamente la existencia de - una recíproca promesa de casarse. La Sentencia de 6 de abril de 1929, estableció; pero si bien el artículo 44 da valor - de documento privado a las proclamas o amonestaciones hubie ran prestado su voluntad de que las mismas tuviesen efecto las dos partes contrayentes. (37)

Las proclamas que señala el artículo 47 del Código Civil Español, es un elemento esencial para que pueda llevar- se acabo la promesa de matrimonio en la legislación españo- la. Es la legislación Canónica la que está de acuerdo en que previamente se haga la publicación de las proclamas en el - lugar que vaya llevarse acabo el matrimonio propuesto y el motivo es que tenga conocimiento la gente de ese lugar, -- para impedir el matrimonio en caso de que hubiera alguna -

37.- Ibid., pág. 71

causa que se pueda oponer a su celebración.

El Derecho Canónico estableció la necesidad de las amonestaciones o proclamas en el Pontificio de Inocencio III, y desde entonces ha mantenido el criterio de su obligatoriedad de modo absoluto y terminate hasta llegar al Código actual. En su Canon 1022, establece: el Párroco debe denunciar publicamente entre quienes han de contraer matrimonio.

Las proclamas deben ser realizadas por el propio párroco del lugar donde habitan los contrayentes, quien mandará publicarlas o deberán de practicarse publicando el proyecto matrimonial continuamente tres domingos o días de fiesta, en la Iglesia y durante la misa solemne o en otro divino Oficio en el que haya concurrencia del pueblo. El Código Canónico ha recogido a la archidiosis de París (28 de marzo de 1908), estableciendo que podrá el Ordinario del lugar de sustituir para su territorio la publicación de las proclamas por la fijación de un edicto en las puertas de la Iglesia Parroquial (o en la de otra Iglesia), en el que haga constar el nombre de los contrayentes, debiendo quedar fijados por lo menos ocho días. (38)

38.- Ibid., pág. 83.

C.- Incumplimiento.

De lo antes expuesto se desprende que no existe ley civil o eclesiástica que obligue la celebración del matrimonio prometido, por lo tanto, su incumplimiento da motivo de conceder al novio repudiado una acción de indemnización de tipo restringido, en consonancia con los principios generales que disciplinan las obligaciones de hacer.

a) Alcance de la obligación de resarcir.

Establece el artículo 44 del Código Civil: el que rehusare casarse sin causa, "estará obligado a resarcir a la otra parte los gastos que hubiera hecho por razón del matrimonio prometido". En tanto, esta ley se refiere solamente a los gastos realizados con miras al matrimonio propuesto y no los que se hayan hecho antes de celebrar los esponsales y ni los que se hagan después de extinguidos estos, por ejemplo, se pueden enunciar, viajes, alquiler de pisos, ajuar de la novia, etc., ya que, si estos gastos se realizaron antes de celebrar los esponsales o si se hicieron con el fin del matrimonio, no deben ser resarcidos (Sent. 14 de enero de 1915).

Aunque este Código Civil no toma en cuenta la reparación del daño moral, algunos autores insisten en que se admita en supuestos particulares y sobre todo cuando sea seguido cópula. En este sentido se orientan algunas viejas disposiciones como los fueros Catalanes si quis virginen (S. de

21 de marzo de 1867).

El incumplimiento de la promesa de matrimonio debe ser conducta culpable y además antijurídica, cuando se da este caso se impone la obligación del resarcimiento de los gastos hechos, pero cuando existe causa justa no existirá tal obligación, entendiéndose por causa justa los motivos o razones por lo que alguna de las partes incumple, como ejemplo el empobrecimiento sobrevenido por prodigalidad, la adquisición de enfermedades por vida depravada, es el caso de las enfermedades venéreas.

D.- Extinción de los esponsales.

Se extinguen los esponsales por acuerdo de ambas partes o por resolución unilateral, mediando causa justa (art. 44) o también no habiéndo causa justa, como quedó mencionado, y por haber contraído matrimonio uno de los prometidos con un tercero. (39)

Como ha quedado señalado, la ley española ha sufrido - varios cambios, en razón de sus reformas, que se han dado - a conocer, así como también la doctrina ha aportado sus elementos, para crear el Código Civil de 1889, que también ha sufrido reforma relativo a la promesa de matrimonio, que -- fue publicada en la ley del 7 de julio de 1981, número 30/81 (Jefatura del Estado), para quedar como sigue:

Título IV, del matrimonio.

39.- Ibid., pág. 78

Capítulo I, de la promesa de matrimonio.

Art.- 42 La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su celebración.

No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento.

Art.- 43 El incumplimiento sin causa de la promesa de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por emancipado solo producirá la obligación - de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraidas en consideración al matrimonio prometido.

Esta acción caducará al año desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio. (40)

Esta reforma en su artículo 42, no aporta ningún elemento nuevo respecto de las anteriores.

En tanto, el artículo 43, aporta un nuevo elemento, relativo al menor emancipado, entendiéndose por tal, la persona que ha alcanzado su libertad de la patria potestad o de la tutela en que se encontraba, por que es de suponer que - dicha persona tiene capacidad suficiente para afrontar las resultas que surjan del incumplimiento o en su caso del cumplimiento del matrimonio, si se llega a realizar. Pero no - toma en consideración a los menores de edad ya que éstos --

40.- oletín Oficial del Estado, Ley del 7 de julio de 1981, Núm. 30/81 (Jefatura del Estado) Código Civil, Núm. - 171 - 172, pág, 1656.

pueden en determinado momento prometerse matrimonio e incluso después de todos los preparativos para contraerlo, no -- pueden llevarlo acabo, en estos casos que la ley no admite, ¿tendrían que quedarse sin sanción, si se actuó de mala fe?

El legislador que realizó esta reforma ha separado el Derecho Civil del Católico, debido a que se ha suprimido la publicación de las proclamas y no dar intervención al Derecho Católico dentro del Derecho Civil, ya que en mi opinión, es acertado debido a que no todos los ciudadanos españoles profesan la misma religión católica, en tanto, esta reforma abre las puertas para que la gente que habita en España pueda contraer matrimonio civil. Anteriormente solamente lo podían contraer los ciudadanos católicos.

Tampoco hubo alguna diferencia sobre la prescripción - del término de un año, para que cualquiera de los prometidos pueda demandar la devolución de los gastos hechos y las obligaciones contraidas por la promesa de matrimonio que no se llevará acabo. Dicho término empezará a contar desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio.

3.4 INGLATERRA.

En Inglaterra, el primitivo Comom Law no conocía ninguna acción por ruptura de la promesa de matrimonio; la cuestión quedaba sometida a la Jurisdicción Eclesiástica, cuyas Cortes utilizaban amonestaciones y censuras tendientes a obtener la celebración con tal de que no hubiese surgido enemistad entre las partes u otra justa causa para no cumplir la promesa.

Sin embargo desde mediados del Siglo XVII, se admitió que el quebrantamiento de la promesa diera lugar a una acción por reparación de los daños y perjuicios ocasionados, en tanto, que en 1753 el Parlamento prohibió toda coacción para lograr la celebración. (41). En este año comportaba la acción Breach of Promise of Marriage;parece ser que en Inglaterra fuese muy difícil toda burla prematrimonial en perjuicio de uno u otro novio, pero sobre todo de la mujer. -- En los casos de incumplimiento que son numerosos, se actúa ante el Juez asistiendo de un jurado especial. El jurado emite un veredicto sobre dos cuestiones:

1o.- Si existe o no promesa, y:

2o.- La suma que integra la indemnización.

En este último aspecto el jurado es soberano, pero respecto de la primera, el Juez se reserva la facultad de examinar si las pruebas que el jurado estimó suficientes para

41.- Belluscio Augusto Cesar, Ob. Cit., 234.

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

declarar la existencia de la promesa son conforme a la ley transformando mediante este hábil recurso una cuestión de - hecho en otra de derecho. La relación que el Derecho Inglés concede en el supuesto de ruptura injustificada puede tener alcances extraordinarios. No solo abarcar el daño emergente sino también el lucro cesante, estimándose hasta el daño moral. Por este último concepto se impone una pena ejemplar - llarada "exemplery domages". (42)

Si bien no existe ninguna formalidad para la celebración de los esponsales, para que causen efectos ante un tribunal debe haber una oferta y una aceptación incondicionales de contraer matrimonio. Cuando la promesa no se cumple, la parte perjudicada puede demandar siempre que existe prueba de compromiso, pudiéndo demandar los gastos incurridos. (43)

Observa Lafaille que el Derecho Anglosajón se ha prestado a extorciones por parte de las supuestas víctimas.

Opinión que compartimos, debido a que en este País la promesa de matrimonio carece de formalidad, es decir, que - aunque haya una oferta y una aceptación, se presume que debe ser verbal por este motivo es que existen tantos juicios fraudulentos, demandando indemnizaciones que son, en ciertas ocasiones, exageradas, que en su momento puede probar el - actor, posteriormente en la Sentencia se obliga a la

42.- Ferrer Francisco M., Ob. Cit., pág. 45

43.- MacLean Roberto, La Familia en el Derecho Inglés "Boletín del Instituto de Derecho Comparado en México" Año XV, sep - dic. 1962, número 45, México, UNAM, pág. 599.

víctima a pagar una suma indebida a la cual fue condenado - por el incumplimiento indebido o quiza justificado de la promesa de matrimonio.

3.5 ITALIA

En Italia también se regulan los esponsales. Como antecedente encontramos el Código albertino, en su artículo 107 y al napolitano en su artículo 148. Establecían que en caso de ruptura injustificada de los esponsales se originaba, en favor del esposo inocente una acción para exigir resarcimiento de los daños.

En tanto, el Código Civil de 1865, sienta el principio de que "la promesa recíproca de matrimonio no produce la -- obligación legal de contraerlo ni la de cumplir lo que se - hubiere pactado en previsión del incumplimiento de la misma" (art. 53) y únicamente establecía como sanción la de reembolsar a la otra parte de los gastos hechos por causa del futuro matrimonio (art. 54), exigiéndose como requisitos para - ello, los siguientes:

1o.- Que la promesa hubiere sido hecha por persona capaz o por un menor autorizado por las personas cuyo consentimiento es requerido, para que pueda contraer matrimonio válidamente;

2o.- La promesa de matrimonio se consigne por escrito en documento público o privado;

3o.- Que la ruptura no obedezca a una justa causa, y;

4o.- Que la acción sea ejercida oportunamente o sea, - dentro de un año a partir del conocimiento del hecho que no

tiva la ruptura o del fallecimiento del otro contrayente. - (44).

Este Código regula los esponsales de un modo limitado, enmarcándolos en sólo dos artículos que han quedado estudiados y sirvieron de base para que el legislador realice un - capítulo completo, relativo a los esponsales. El nuevo Código Civil de 1942, ha mantenido los mismos principios que el Código Civil abrogado, plasmándolos en el Título VI: del Matrimonio, Capítulo Primero, denominado de los esponsales, - para quedar:

art. 79.- Efectos- La promesa de matrimonio no obliga a contraerlo ni a ejecutar lo que se hubiere convenido para el caso de incumplimiento.

art. 80.- Restitución de las donaciones- El prometente podrá demandar la restitución de las donaciones hechas por causa de la promesa de matrimonio, si éste no llegare a contraerse. Transcurrido un año o desde el día de la muerte de uno de los esposos, no será deducible la demanda.

art. 81.- Restitución de los daños- La promesa de matrimonio hecha recíprocamente mediante instrumento público (escritura privada por un mayor - de edad o un menor autorizado por la persona

44.- Enciclopedia Jurídica Omeba, ob. cit., pág. 778.

a quien incumbe dar la licencia para la celebración del matrimonio o bien resultante de la solicitud de amonestamiento, obligará al promitente, que sin justo motivo se niegue a cumplir la promesa, a resarcir el daño irrogado a la otra parte por las expensas hechas y las obligaciones contraídas a causa de dicha promesa.

El daño solo será resarcido en la medida en que las obligaciones y expensas correspondan a la condición de los esposos.

La misma indemnización deberá pagar el culposo que por culpa haya dado justa causa a la negativa del otro.

No será deducible la demanda transcurrido un año desde el día de la negativa a contraer matrimonio. (45)

En el artículo 79, el legislador es claro respecto a la promesa de matrimonio, ya que no obliga a ninguna de las partes a contraer el matrimonio prometido, ni ejecutarlo que se hubiere estipulado por el incumplimiento.

El nuevo Código Civil ha acogido el principio fundamental, de que la promesa de matrimonio unilateral o recíproca no produce nunca contra el que la ha hecho obligación de contraerlo; el queda siempre de arrepentirse, hasta el último

45.- Revista Información Jurídica, Ministerio de Justicia, Comisión de Legislación Extranjera, Madrid, números 122 y 123, 1956.

momento de la celebración, por que el consentimiento - para contruer matrimonio debe ser, libre, espóntaneo, inmune a cualquier coacción, dada la gran importancia del matrimonio, y dado que crea un vínculo que deba durar toda la vida, es por esto que este Código no admite coacción directa y menos indirecta, y tampoco lo sería la pena, ya que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

El incumplimiento de la promesa hecha bajo ciertas condiciones, hace surgir la obligación de la indemnización de los gastos hechos por la otra parte y de las obligaciones asumidas por ella, deben ser:

a) La promesa de matrimonio ha de hacerse por ambas - partes, es decir, recíproca en la cual debe de haber una propuesta y a la cual le prosigue una respuesta.

b) La promesa debe realizarse en instrumento público o en escritura privada o se haga la publicación previa a la celebración del matrimonio.

Este Código es muy formal, al establecer expresamente como debe realizarse la promesa de matrimonio, ésta debe - ser recíproca y quedará asentada en instrumento público o - privado, y llevarse acabo la publicación previa a la celebración del acto solemne.

En la Doctrina Italiana, no ha habido unanimidad de - criterios, respecto de qué se entiende por escritura privada por lo que la Jurisprudencia, anteriormente admitía que la escritura privada resulta ser cartas intercambiadas entre -

las partes que contuvieren la promesa y aceptación, según el texto actual, para unos autores esa interpretación queda excluída pues al requerirse que la promesa se haya hecho mutuamente (vicedevolvente), no basta la reciprocidad, sino que es preciso que se trate de una sola escritura, excluyéndose todo, otro medio de prueba, incluso y en el juramento, que no suple la forma, para otros, en cambio, basta el intercambio de cartas si de ellas surge una verdadera promesa y no meras manifestaciones amorosas, es decir, que configuren un acto ad-hoc realizado con animus promittendi. (46)

C) Otra condición necesaria, para que el incumplimiento de la promesa dé lugar al resarcimiento de los gastos hechos y las obligaciones asumidas, es que la promesa haya sido hecha por personas capaces, es decir, mayores de edad o menores autorizados, por quien debe dar el consentimiento para la celebración del matrimonio, y en todo caso por personas jurídicamente capaces.

Brugio Brugi, está de acuerdo con la opinión anterior, manifestando al respecto: "la promesa de matrimonio debe hacerse por persona capaz y ser mayor de edad o menor autorizado por las personas cuyo concurso es necesario para la celebración del matrimonio": para ello exista la mayor edad si bien el hijo necesita, hasta que haya cumplido veintiun años, el consentimiento de los padres (47), si bien esta edad se requiere para contraer matrimonio, es la misma

46.- Bellusclo Augusto Cesar.,Ob. Cit. pág. 230

47.- Brugi Biagio, Instituciones de Derecho Civil, -- Traducción de la 4a Ed. Italiana por Jaime Simo Bofarull,- Editorial Hispano-Americana, México, pág. 411

que señala este autor, para llevarse acabo los esponsales.

La promesa no puede considerarse validamente hecha, si la hizo un interdicto, o bien un enfermo mental, si la enfermedad subsistía al tiempo en que fue hecha la promesa. - Además ésta debe hacerse seriamente, libre y que no haya sido viciada por dolo, error o violencia.

d) Hecha la promesa de matrimonio y rehusarce a realizarse sin justo motivo, no puede exigir la obligación de resarcimiento de los gastos, pero el otro contrayente, si puede pedir la devolución de los gastos hechos con motivo de - la celebración del matrimonio, como se expresa en el artículo 81, párrafo 2o.

En la legislación Italiana se puede hablar de justo motivo para no llevarse acabo la promesa de matrimonio, tendríamos por ejemplo; el caso del descubrimiento de antecedentes delictivos o inmorales del otro compromiso o su quiebra o de una grave enfermedad, etc.

Cuando hay un rechace de contraer el matrimonio, compete al Juez declarar según las exigencias del caso que el motivo de la recusación sea serio y tenga cierta gravedad.

Calogero Gangi, considera justos motivos, todas aquellas circunstancias de hecho, que se hubiesen conocido enel momento en que la promesa fue hecha, ésta no se habría hecho, teniéndo en cuenta también naturalmente, las condiciones sociales de las personas, su carácter moral, su re reli

giosa, etc. Así por ejemplo, se puede decidir según las exigencias particulares del caso si la existencia de un título nobiliario, el nacimiento legítimo, la diversidad de religión o el ateismo de la otra parte, se deben considerar como justos los motivos de recusación. Por lo más,es conveniente tener presente que pueden ser considerados como justos motivos no solo circunstancias de hecho, relativas al mismo autor, sino también circunstancias de hecho referentes al mismo autor de la oposición, como por ejemplo; el cambio de -- las propias condiciones físicas o económicas cuando el cambio sea efectivamente grave respecto al matrimonio.

e) Para demandar el resarcimiento y restitución de los dones y gastos hechos con motivo del futuro matrimonio, es necesario que la demanda se presente dentro del término de un año, a partir de la negativa de la celebración del futuro matrimonio. (48)

Los efectos que produce el incumplimiento de la promesa de matrimonio, son:

1o- La obligación de reparar el daño ocasionado a la - otra parte de los gastos hechos por las obligaciones contraidas a causa de aquella promesa. Por lo tanto, ha de resarcirse, no solo los gastos dirigidos a la celebración del matrimonio, por ejemplo, los efectuados para la obtención de los documentos exigidos para la publicación del matrimonio con el fin de si alguna persona conozca algún impedi --

48.- Colagero Gangi., Derecho Matrimonial, Traducción del Italiano por Miguel Hernández, Editorial Aguilar, Madrid 1960, pág. 47.

mento lo dé a conocer, antes de llevarse acabo, recibimientos, comida nupcial, etc. No solo lo que respecta a la futura convivencia familiar, como ejemplo, la compraventa o alquiler de piso o el amueblamiento del mismo, la adquisición de vestidos o de joyas para la esposa, sino también los hechos por la sola promesa de matrimonio, por ejemplo, las hechas para los recibimientos, comidas o excursiones para festejar la despedida de soltero (a), etc. Estos gastos hechos son y deben hacerse en relación al estatus social y económico de los contrayentes.

Por otro lado, cabría la posibilidad de demandar la indemnización por injurias y amenazas de un contrayente contra el otro pero siempre y cuando fuera acompañado de la conducta ilícita y la ruptura de la promesa de matrimonio.

Se Otro efecto del incumplimiento de la promesa de matrimonio, es la restitución de los dones hechos a causa de este motivo (art. 80), éstos deben ser restituidos, pudiendo pedir la restitución cualquiera de los contrayentes, aun que tenga o no la culpa del rompimiento del compromiso matrimonial. Si bien el artículo 80, no hace diferencia alguna en los bienes sea cualquiera su valor, se refiere a todos los que dieron con motivo del matrimonio, pudiendo ser excluidos los regalos por amistad o por cualquier otro motivo, aun por naturaleza personal. (49)

La demanda para la restitución de los dones debe de in

49.- Ibid., pág. 51.

terponerse dentro de un año, a partir de la negativa a celebrar el matrimonio o desde el día en que fallezca cualquiera de los futuros contrayentes, como lo establece el artículo 80 del Código Civil Italiano.

3.6 FRANCIA.

En el Siglo XVI, el antiguo Derecho Francés, distinguió el matrimonio de los esponsales, constituyendo estos últimos en un contrato válido que producía importantes efectos jurídicos, a pesar de que no exigía la obligación de contraer matrimonio. Entre los efectos de carácter patrimonial destacaba la obligación del resarcimiento de daños en caso de incumplimiento injustificado a cargo del culpable. No era admitida la estipulación de cláusula penal, si bien podían estipularse, según costumbre, arras junto con la promesa esponsalicia. El Juez Civil, en caso necesario obligaba a los desposados a la restitución recíproca de los regalos y presentes de bodas que se habían hecho.

En cuanto a los efectos de carácter familiar, admitía el impedimento de pública honestidad, en línea recta hasta el infinito y en la colateral hasta el primer grado.

La competencia sobre la existencia y la validez de la promesa era atribuida a los tribunales, sin embargo, solo tenían facultades para imponer una censura eclesiástica (penitencia, plegarias, limosnas, etc.).

Si bien el Código Francés no regula los esponsales, los efectos que pueden producir, surge de la doctrina y la jurisprudencia. Toullier y Merlín piensan que: la promesa recíproca de futuro matrimonio engendra una obligación con-

tractual, criterio que fue adoptado por cierto número de -- sentencias de las Cortes de Apelación; si bien la Corte de Casación fue siempre contraria a ella, condenándola definitivamente en las sentencias de 30 de mayo y 11 de junio de 1838, en el sentido de que el solo incumplimiento de la promesa no da lugar a la responsabilidad contractual, por no - ser los esponsales un contrato válido. Si bien pueden dar - lugar concurriendo los requisitos del caso a la responsabilidad delictual, pues la promesa no puede por sí misma motivar una condena de daños y perjuicios por que atentaría indirectamente a la libertad del matrimonio. Laurent se pronuncia en contra de la naturaleza contractual de los esponsales, considerando que las erradas opiniones de Toullier - y Merlín se deben a la confusión de considerar al matrimonio como contrato sometido a las reglas del Derecho Común, por que "una promesa de matrimonio no es una promesa hecha de un deudor a un acreedor", sino que es un contrato civil, especial y solemne, por que participa de las circunstancias de una institución que afecta al orden público y en donde - la voluntad de los esposos se adhiere libremente a principios establecidos. (50)

Para apoyar estos criterios, los autores toman como fuente al Código Civil Francés, que en sus artículos 1382 y - 1383, regula la responsabilidad por hechos ilícitos, que -- sirven de base para sancionar al autor de un hecho perfido

50.- Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo X, Ob. Cit., -- pág. 777.

o desleal condenandolo a reparar los daños causados. (51) -

Como la Ley Francesa no regula los responsables, pero -- si la doctrina, así como también la jurisprudencia se encargan de establecer criterios y sentencias que vayan tomando en cuenta las conductas ilícitas que en determinado momento no queden sin sanción y sea burlado en su persona el novio inocente.

La Jurisprudencia mas reciente ha insistido en la tesis de la responsabilidad delictual, precisando que la promesa de matrimonio, que no produce ningún efecto por ella misma, ni impide la celebración de otro matrimonio, ni su violación justifica una acción de daños y perjuicios, con base en la responsabilidad contractual: que la obligación de indemnizar solo procede a tenor del artículo 1382 del Código Civil, que ha causado a otro un perjuicio, obliga a -- su autor a repararlo "(Dijón, 7 de febrero de 1920, D.H. -- 1920, H.D 2.169 nota Voirín, Trib. Sine Inferieure (Roven) 19 de noviembre de 1928, Gaz, Palais, 12 de enero de 1929)" Por ello aquel, que sin serio motivo, rompe, en el último momento, un proyecto de matrimonio, cuando la otra parte ha hecho gastos, le hace sufrir, por su ligereza, un daño que debe reparar.

Sin embargo, Josserand considera que esta posición sostenida por la Jurisprudencia y la doctrina dominantes, es - contraria por cuanto resulta inexplicable admitir que los

51.- Ferrer Francisco L., Ob. Cit., pág. 44

esponsales no producen obligación alguna, que su incumplimiento constituye un hecho ilícito que obligue a indemnizar.- Para este autor, dicha institución es un contrato de duración indeterminado, como el arrendamiento de servicios, que - lleva consigo la facultad de ruptura, pero con la reserva - de que el causante de la misma compromete su responsabilidad si retira sin justo motivo su promesa, ya que en tal caso comete un abuso de derecho: estima que podría reemplazarse la idea de delito por la de abuso. Alguna jurisprudencia ha recogido este criterio doctrinal, no obstante, Planeol y Ripert han objetado que no se puede hablar de este supuesto puesto que no hay derecho definitivo de ruptura, sino simplemente existe la libertad de orden público de no celebrar el matrimonio.

En cuanto a la prueba, la jurisprudencia ha declarado admisible la testifical, solamente cuando hay un principio de prueba por escrito con base en el artículo 1341, que se refiere a la prueba de las obligaciones contractuales, solución que ha sido confirmada por la ley sobre investigación de la paternidad de 16 de noviembre de 1912, y que por - razones obvias, ha sido condenada por la mayoría de los autores.

Por último, la ley que acabamos de citar admite un importante efecto extrapatrimonial, al disponer que se presume hijo del que ha roto la promesa de matrimonio el habido

de mujer soltera con la cual contrajo la misma. (52)

Estoy de acuerdo con lo antes vertido debido a que si el noviazgo ha durado mucho tiempo (dos años o mas), se podría dar el caso que estuviera encinta la futura contrayente, antes de realizar el matrimonio concertado, por tanto, se presume que el novio, debido a la fama pública que se ha obtenido por así manifestarlo ante la sociedad como novios y también podría ser este el motivo (estar encinta), que -- rompiera la promesa de matrimonio, que aunque no está admitida en la obligación, no tendría por que quedarse sin sanción este tipo de conductas.

En el Derecho Francés, si bien no admite los esponsales y aun menos efectos que surjan de ellos, esto es debido a - la fuerza obligatoria de los mismos, como nos lo señala Marcel Planiol, al establecer; que está consumada la ruina de los esponsales como institución jurídica: toda promesa es - nula, las partes deben llegar al Oficial del Estado Civil - con plena independencia, a fin de que el consentimiento sea realmente libre; la ley no reconoce ningún otro consentimiento. (53)

Este autor, en mi opinión, está de acuerdo en que desaparezcan los esponsales, debido a la razón que manifiesta, ya que solamente se refiere al matrimonio, dejando a un lado la etapa preparatoria al matrimonio.

52.- Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo X, Ob. Cit., -- pág. 778.

53.- Planiol Marcel y Georges Ripert, Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo II, Oficina Tipográfica S..., pág. 405.

3.7 COSTA RICA

Costa Rica, es el último de los Países que conforman el presente estudio, del cual se hablará poco en virtud de que su Código Civil y de Familia, les da poca importancia a los esponsales y así los regula:

Título I: del matrimonio: Capítulo I, denominado de las disposiciones en general, artículo 10:

Los esponsales no producen efectos civiles.

Como se desprende del artículo anterior, los esponsales, no producen efectos civiles, esto es, que la ley Costaricense, no les da valor alguno, al no admitir que tenga -- efectos civiles, pero esto nos sirve de antecedente para demostrar nuestra propuesta de que desaparezcan los esponsales por no ser esenciales para contraer matrimonio. Y es de suponer que como este País, algunos otros también seguirán este ejemplo por carecer de importancia jurícica dicha institución.

C O N C L U S I O N E S

1.- Los esponsales en la época Romana se celebraban en forma solemne, posteriormente, en la época Clásica y Postclásica se realizaban por medio del consentimiento que se daban los Paters Familias.

2.- En la época Prehispánica: los Mayas y los Chontales conocían los esponsales de futuro.

3.- Tanto el Código Civil de 1870, como el de 1884, no reconocen los esponsales de futuro.

4.- La Ley sobre relaciones familiares de 1917 regula la promesa de matrimonio, sin obligación de contraerlo; pero si ésta se hace por escrito será responsable de daños y perjuicios que ocasione el que dé motivo al incumplimiento.

5.- El Código Civil de 1928, que hasta la fecha nos rige, reglamenta los esponsales en forma clara en sus artículos 139 al 145; abarcando no solo el concepto, sino las formalidades que deben cubrir y los efectos jurídicos que conllevan.

6.- En cuanto a la naturaleza jurídica de la promesa -

de matrimonio, algunos autores la han considerado como un - contrato, mientras otros la juzgan como un derecho de familia. Por mi parte estimo, que pertenece a los contratos preparatorios.

7.- Tanto en los Estados Unidos de Norte América como en Inglaterra, se regulan los esponsales. Para su celebración no se requiere forma escrita, es decir, pueden ser en forma verbal, por lo que si han tenido aplicación práctica.

8.- La Ley Civil argentina no reconoce los esponsales de futuro; pero en cambio la doctrina los ha tomado en consideración por medio de proyectos de reforma, mismos que no - han sido admitidos por la ley.

.- La legislación mexicana actual [illegible] los - esponsales, y obliga al que haya incumplido su promesa de - matrimonio a resarcir los gastos hechos y las obligaciones contraídas con miras al matrimonio.

10.- La Legislación Civil Italiana, también admite los esponsales, siendo formalista al respecto y señala: que se debe hacer en instrumento público o privado. Dispone además que la restitución de donaciones y daños causados, en caso de incumplimiento.

11.- La ley Francesa no regula los esponsales, los efectos que pueden producir, surgen de la doctrina y la Jurisprudencia.

12.- El Código Civil y de Familia de Costa Rica les dá poca importancia a los esponsales, estableciendo que no producen efectos civiles.

13.- Hasta la fecha la promesa de matrimonio no ha tenido aplicación práctica, en la legislación mexicana por lo que, según lo expuesto en el Capítulo Segundo debe ser derogada.

LIBROS

1.- BRUGI Biagio, Instituciones de Derecho Civil, Traducción de la 4o edición Italiana por Jaime Simo - Bofarull, Editorial Hispanoamericana.

2.- BELLUSCIO Augusto Cesar, Derecho de Familia, Tomo I, Reimpresión, Ediciones de Palma, Buenos Aires, 1979.

3.- CANGI Calogero, Derecho Matrimonial, Traducción -- del Italiano por Miguel Moreno Fernández, Ediciones Aguilar, Madrid 1960.

4.- DE PINA VARA Rafael, Elementos De Derecho Civil Mexicano, Volumen I, Novena Edición, Editorial Porrúa S.a., México 1978.

5.- DE IBARROLA Antonio, Derecho de Familia, Segunda - edición, Editorial Porrúa S.a., México 1981.

6.- FUENTESECA Pablo, Derecho Privado Romano, Fuenla-- brada Madrid, 1978.

7.- GALINDO GARFIAS Ignacio, Derecho Civil Mexicano, - Quinta Edición, Editorial Porrúa S.A., 1982.

8.- JORS Paul, Derecho Privado Romano, Traducción de - la Segunda Edición Alemana por L. Prieto Castro, - Editorial Labor S.A., Barcelona Madrid, Reimpresión 1965.

9.- MENDIETA Y NUÑEZ Lucio, Derecho Precolonial, Cuarta Edición, Editorial Porrúa S.A., México 1961.

10.- MONTERO DUHALT Sara, Derecho de Familia, Editorial Porrúa S.A., Tercera Edición, México 1984.

11.- PEREZ DE LOS REYES Marco Antonio, Memoria del II - Congreso de Historia del Derecho Mexicano, UNAM, - 1981.

12.- PEREZ GALAZ Juan de Dios, Derecho y Organización - de los Indios, Gobierno Constitucional del Estado - de Campeche, 1943.

13.- PLANIOL Marcel y Georges Ripert, Tratado Elemental de Derecho Civil, Tomo II, Editorial Cajica S.A., Puebla, Puebla México, 1945.

14.- FUIG PEÑA Federico, Tratado de Derecho Civil Español, Editorial Revista de Derecho Privado, Tomo II Volumen I, 1953.

15.- VALVERDE Y VALVERDE Calixto, Tratado de Derecho Civil Español, Tomo IV, Segunda Edición, 1921.

ENCICLOPEDIAS

16.- ENCICLOPEDIA Jurídica Omeba, Tomo X, Editorial Bibliografica Argentina.

REVISTAS.

17.- FERRER Francisco M., Los esponsales en el Derecho Civil Argentino y en la Legislación Comparada, "Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales", año XVI, 3o época, números 78-79, Santa Fe República Argentina 1954.

18.- HURTADO Gónzalez Moisés, Los esponsales, naturaleza Jurídica, "Revista de la Facultad de Derecho en México", Tomo XXVII, enero, junio 1977, números 105 106, UNAM.

19.- DIAZ de Guijarro Enrique, "Jurisprudencia Argentina", El contrato de compraventa entre los futuros cónyuges, año XXIII, número 782, Buenos Aires, 1961.

20.- MACLEAN Roberto, "Boletín del Instituto de Derecho Comparado en México", La familia en el Derecho Inglés, -- año XV, Sep. Dic. 1962. número 45 México UNAM.

21.- Revista "Información Jurídica", Ministerio de Justicia Comisión de Legislación Extranjera, Madrid, números -- 122 y 123, 1955.

LEGISLACION

22.- Boletín Oficial del Estado Español, Ley de 7 de julio, número 30/81 (Jefatura del Estado, números 171 y 172, 1981.

23.- Código Civil Mexicano de 1870.

24.- Código Civil Mexicano de 1884.

25.- Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917.

26.- Código Civil Mexicano de 1928.

27.- Código Civil y de Familia de Costa Rica, Tercera Edición por Lehmann Editores, - Edición actualizada por el Lic. Atilio Vincenzi, 1981.