

264
2ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGÓN**



"NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ESPONSALES"

**T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
CATALINA PORTANEL GONZÁLEZ**

San Juan de Aragón, Estado de México, febrero, 1999.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

271031



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

DEDICO MI TESIS

A DIOS

Gracias señor por la
oportunidad.

A MI HIJO RENE

Por apoyarme siempre
y más aún en los mo-
mentos difíciles man-
teniendo la unidad
de nuestra familia.

A MI HIJO LUIS

Por su infinito amor
y cariño.

A MI PADRE

Quien aunque ya no está
físicamente conmigo, ha
sido mi compañero a lo
largo de mi vida.

A MI ASESORA

Con mi más infinito agradecimiento
a la Lic. Cecilia Licona Vite
por su tiempo y asesoría para la
realización del presente trabajo.

A MIS MAESTROS

A todos aquellos que a través
de su dedicación en la tarea
de enseñar me transmitieron
sus conocimientos sin reserva.

A TODAS AQUELLAS PERSONAS

A las cuales tuve la fortuna
de conocer que me apoyaron
con sus palabras y acciones
a lo largo de mis estudios.

"NATURALEZA JURIDICA DE LOS ESPONSALES"

I N D I C E

INTRODUCCION.....I

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS

1.1 Primeros orígenes.....	1
1.2 Derecho romano.....	2
1.3 Derecho canónico.....	13
1.4 Derecho español.....	24
1.5 Derecho francés.....	28
1.6 Derecho mexicano.....	31

CAPITULO II

LOS ESPONSALES EN EL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

2.1 Concepto.....	35
2.2 Requisitos de validez.....	36
2.3 Rompimiento.....	42
2.4 Caducidad.....	45

CAPITULO III

LOS ESPONSALES EN EL DERECHO COMPARADO.

3.1 Derecho francés.....	48
3.2 Derecho canónico.....	57
3.3 Derecho español.....	65
3.4 Derecho norteamericano.....	70

CAPITULO IV

TEORIAS ACERCA DE LA NATURALEZA JURIDICA DE LOS ESPONSALES.

4.1 Teoría contractual.....	81
4.2 Teoría de hecho.....	89
4.3 Teoría del hecho ilícito.....	91
4.4 Teoría de la obligación ex lege.....	94
4.5 Teoría de la culpa in contrahendo.....	97
4.6 Teoría del precontrato o antecontrato.....	98
4.7 Teoría del acto jurídico bilateral.....	101
4.8 Teoría del simple acto lícito.....	102
4.9 Teoría del negocio social o privado.....	103
Conclusiones.....	105
Bibliografía.....	108

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

La palabra "esponsales" es un término barroco referido a una actividad común del hombre que ha logrado sobrevivir a través de la historia de la humanidad con diversas modificaciones llegando hasta nuestros días a pesar de la voragine en la que el ser humano se desenvuelve.

Esta figura jurídica es muy peculiar ya que aunque esta regulada por la ley no encuentra eco en la conducta de la sociedad y pocas personas saben de su existencia, a pesar de estar contenida en la etapa prematrimonial.

Su singularidad consiste en que dependiendo de la legislación de cada país será la naturaleza jurídica que se les asigne y por consiguiente los efectos que originen. Así pues, en el presente trabajo se estudiará el origen, evolución en el tiempo y la situación actual de los esponsales.

Comenzaremos en el Capítulo primero por ver los antecedentes históricos de los esponsales empezando por los primeros orígenes que se pierden en el tiempo y en el espacio, siguiendo con el Derecho romano en donde tal figura floreció esplendorosamente debido al avanzado régimen romanista en el cual se regulaba ampliamente la promesa de matrimonio.

El Derecho canónico toma a los esponsales del Derecho romano y los reviste de una serie de elementos eclesiásticos, dándoles con esto mayor lucimiento. Entre esos elementos podemos mencionar el juramento, la bendición, etc., regulando en todos sus aspectos a los esponsales, suprimió los matrimonios presuntos y

así mismo clasificò a los esponsales en puros y simples y calificados.

En el Derecho español veremos regulada la figura de las arras y los efectos que éstas originan. El Concilio de Trento su primió los esponsales de presente, pero la Novísima Recopilación establecía los requisitos para que los menores de veinticinco años concertaran esponsales; así mismo Carlos IV dispuso que los esponsales debían constar en escritura pública para que tuvieran validez.

En relación a la historia de los esponsales en el Derecho francés veremos que éstos tienen poca importancia, ya que el Código napoleónico no los mencionò, pero actualmente el Código francés contiene algunas disposiciones que regulan los efectos que los esponsales generan.

En el Derecho mexicano, la historia nos muestra que en un principio los esponsales se rigieron por las disposiciones de la legislación española, porque como ya sabemos, al conquistarnos los españoles aplicaron sus leyes. En relación a las obras legislativas que regulaban a los esponsales en la época independiente podemos mencionar en primer lugar al Código civil de Oaxaca el cual nos da el concepto de esponsales; más tarde el Código civil de Veracruz señala como requisito la forma escrita, para concertar esponsales y los efectos que estos originan; la Ley del Matrimonio Civil de 1859 menciona unicamente a los esponsales como impedimento para contraer matrimonio.

El Código civil de 1870 y el de 1884 para el Distrito Federal y Territorio de Baja California niegan validez a los esponsa

les.

Por último, en la época posrevolucionaria, la Ley de Relaciones Familiares de 1917 recoge a los esponsales en su artículo 14.

En el Capítulo segundo estudiaremos como se encuentran regulados los esponsales en el Código civil para el Distrito Federal, analizando todos y cada uno de los artículos de dicho ordenamiento referentes a la figura en estudio. Definiremos los esponsales, destacando su formalidad, requisitos de validez, efectos de su rompimiento y caducidad para reclamar la indemnización por rompimiento de la promesa de matrimonio.

En nuestro Capítulo tercero veremos cual es la situación de los esponsales en el Derecho comparado, comenzando con el Derecho francés, país en el que se originaron dos posiciones doctrinarias diametralmente opuestas; también veremos que los esponsales son la base sobre la que se crea una nueva figura jurídica: el matrimonio póstumo, que se origina en Francia a raíz de la guerra por la que atravesaba este país en el año de 1939.

En este Capítulo retomaremos el Derecho canónico pero en la actualidad, para ver como se encuentran regulados los esponsales en dicho ordenamiento, veremos las modificaciones que la figura ha sufrido a manos de algunas autoridades eclesiásticas como Pio X, quien prescribió la forma escrita como necesaria e inexcusable para la validez de los esponsales; así también analizaremos los requisitos tanto formales como personales de la promesa matrimonial.

Así mismo, abordaremos el Derecho español, en donde el Proyecto García Goyena niega la admisión de demanda de esponsales

en los tribunales, establece el derecho a obtener el resarcimiento de los gastos hechos en razón de matrimonio, caducidad de la acción y restitución de regalos.

En este Capítulo, estudiaremos los esponsales en el Derecho norteamericano, en donde los juicios por ruptura de esponsales han tenido mayor práctica, dado que no requieren la prueba por escrito de los esponsales, aceptandose además amplios medios de prueba, dando como resultado un abuso en el ejercicio de la acción por ruptura de esponsales.

Por último, en el Capítulo cuarto del presente trabajo, abordaremos el problema de la naturaleza jurídica de los esponsales, mencionando las teorías más importantes, habiendo una marcada contradicción entre ellas, ya que algunos autores califican a la promesa de matrimonio como la "nada jurídica", mientras que otros sostienen que son un contrato con todos los efectos de un acto de esta naturaleza.

1.1 PRIMEROS ORIGENES.

En las tribus salvajes y bárbaras la mujer no dispone de su persona porque se le considera como una propiedad y como tal se le trata. El matrimonio se da por raptó y los esponsales eran desconocidos. A decir de Enneccerus⁽¹⁾, los esponsales aparecen en la etapa del matrimonio por compra, relativamente reciente en la historia de las relaciones familiares de la humanidad.

Para Westermarck el matrimonio debe su origen al hecho de que las solteras tienen siempre un valor como trabajadoras, de manera que no pueden ser dadas sin retribución. (2)

Según las Leyes de Manù, la muchachita, la joven y la anciana nada deben hacer por propia voluntad aún en su casa. Durante la infancia la mujer depende de su padre; durante la juventud de su marido; muerto el marido, de su hijo; si no tiene hijo, de los próximos parientes de su marido, pues una mujer nunca debe gobernarse a su antojo. (3)

En pueblos más antiguos el matrimonio fue siempre precedido por una promesa. Entre los hebreos a los prometidos se les consideraba casados. La novia es llamada esposa y el novio yerno. La falta de virginidad, que la mujer debía conservar inviolada a su

1 Enneccerus-Kipp, Theodor y Wolff, Martin, Derecho civil, Barcelona, Bosch casa editorial, 1953, T. IV, p. 24.

2 Westermarck, Jean, Historia del matrimonio, Buenos Aires, Editorial de Estudios Legislativos, 1946, pp. 173 y 178.

3 España, Juàn, Leyes de Manù (versión castellana), Madrid, Editorial Bergua, 1942, p. 147.

novio, constituía un delito sancionado con la pena capital: era lapidada. (4)

En Grecia, la promesa de matrimonio se sellaba entre los esposos con un beso o con la unión de las manos derechas y con el regalo del anillo que hacía el novio como garantía de futuro matrimonio.

1.2 DERECHO ROMANO.

Como ya vimos, el origen de los esponsales está vinculado a la etapa del matrimonio por compra, su desarrollo fue posible dentro de un régimen de relaciones familiares tal como el de los romanos.

Así pues, recordemos que en el Derecho romano el filius familiae no tenía el disfrute de sus derechos (sui iuris) ya que se encontraba sometido al poder del pater (alieni iuris). Los esponsales constituían una promesa conocida como sponsalia, pues se realizaba por medio de sponsio, figura jurídico-religiosa mediante la cual se le daba valor jurídico a la palabra.

Veamos ahora como debía expresarse el consentimiento para que tuvieran valor los esponsales: en primer término, era necesario que el espondente tuviera el verdadero ánimo de obligarse; la segunda condición era la formulación mutua de la promesa y su

4 Goldstein, Mateo, Derecho hebreo a través de la biblia y el talmud, Buenos Aires, Editorial Logos, 1943, p. 256.

aceptación recíproca por ambas partes (tal y como lo establece la Ley 1a., Partida IV: " Si prometiendo el uno no lo hiciese igualmente el otro, ni manifestase su asentamiento, no habría esponsales, como tampoco hubiera matrimonio con esta discordancia de voluntades): la tercera que el consentimiento se manifestase por señales exteriores, por palabras, signos o de cualquier otro modo; la cuarta condición, que las personas fuesen hábiles, es decir, que no estuviesen ligadas con impedimentos y poseyesen edad suficiente, porque de lo contrario no sería válido el consentimiento prestado".

La Ley 2a., del título correspondiente de las Partidas enumera cinco maneras de manifestar el consentimiento y que son las siguientes:

La **primera** es cuando el hombre dice a la mujer: " yo prometo que te recibiré por mi mujer", y ella dice: " yo te recibiré por mi marido".

La **segunda** forma es, cuando juran, el uno al otro, que se casarán, como dijese: " yo juro sobre estos evangelios, o sobre esta, o sobre otra cosa que casaré contigo".

La **tercera** es cuando dice: " hágote promesa de que casaré contigo" , y la mujer dice a él lo mismo.

La **cuarta** es, si le da alguna cosa diciendo: " Yo te doy estas arras y prometo que casaré contigo".

La **quinta** cuando le mete el anillo al dedo y dice: " yo te doy este anillo en señal de que casaré contigo".

Es imposible establecer regla fija sobre las palabras que constituyen propia y rigurosamente el contrato esponsalicio. Lo esencial es que las palabras han de ser claras sin ambigüedad alguna, y que denoten el actual consentimiento y voluntad de ambos cónyuges.

El consentimiento y voluntad fueron objetos de presunción iuris et de iure por el derecho, y así se regula en la Ley II, Título 10., Partida IV.

El contrato de esponsales, a semejanza de otros actos de la vida de relación, podía celebrarse por medio de representantes, y era habitual que así fuese. En primer término, eran los propios padres quienes a título de representantes legales de sus hijos, los comprometían para futuros matrimonios, antes y después de haber alcanzado la edad hábil de siete años. Porque si bien estaba prohibido a los menores de siete años contratar esponsales podían hacerlo válidamente sus padres y tutores, bajo la condición de la ratificación posterior expresa o tácita de los interesados.

Así mismo eran válidos los esponsales que contraía el padre por el hijo mayor de siete años, en su presencia y aunque no los consintiese expresamente, con tal de que no los contradijera. Y también lo eran los contraídos por medio de procurador si el mandante no retractaba su voluntad.⁽⁵⁾

Tratándose de los esponsales de la alta nobleza acostumbra

5 Partida IV, Ley 10, Título 10., Glosa 71.

ban ser los ministros y embajadores quienes asumían su representación en otros reinos. La historia es rica en ejemplos de contraer esponsales, la literatura sagrada, clásica y popular, registra en todos los tiempos compromisos matrimoniales que son célebres. La historia sagrada conserva la leyenda relativa a los esponsales de María con José.

Shakespeare, en su tragedia de Romeo y Julieta, propicia el desenlace al concertar los esponsales. Rossini en El Barbero de Sevilla puso música al célebre compromiso de la bella Rosina.

Llegando a edad competente las hijas e hijos pàrvulos de los reyes y príncipes, celebrando estos tratados por el òrgano inmediato de sus respectivos embajadores, ministros o enviados y trasladandose aquellos de una a otra corte para educarse en sus costumbres hasta el tiempo de reducir los esponsales a verdadero matrimonio por solo su voluntad.

Segùn Ulpiano, los esponsales son una promesa de ambas partes que se dan recíprocamente de futuro matrimonio. (6)

Afirmada la condición sine qua non de la libre expresión del consentimiento por parte de los contrayentes, para la validez de los esponsales se sigue naturalmente que, aún teniendo la edad legal, no podían celebrarlos " los furiosos y mentecatos ", los que actuaban bajo la acción de la fuerza del miedo, ni los que padecían cualquier otro de los vicios de la voluntad recono-

6 Puig Peña, Federico, Explicación histórica de las instituciones del emperador Justiniano, Madrid, Revista de Derecho, 1947, p.68.

cidos por el derecho. Les eran aplicables por analogía las disposiciones referentes al matrimonio.

Así pues, los esponsales se definen como la promesa de futuro matrimonio:

sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum,

los esponsales son mención y promesa de futuras nupcias. Tal promesa se contraía en el viejo Derecho civil por medio de pregunta y de respuesta de la siguiente manera:

- Spondes? (¿ Prometes ?)
- Spondeo (Prometo)

de donde derivan las denominaciones sponsus para el novio y sponsa para la novia. La sponsio fue una institución perteneciente al Ius Civile, solo accesible a los ciudadanos romanos, las partes eran el paterfamilias de la novia, el futuro marido y el paterfamilias de éste. La sponsio es solo aplicable como garantía de una obligación contraída verbalmente, es decir, tenía el carácter de un contrato consensual, en el que ambas partes prometen lo mismo, pero no se subordinan a la obligación principal.

Incumplida la obligación naciente de la sponsio, cabía exigir judicialmente el pago de una suma de dinero, pronto sin embargo, se declara ineficaz cualquier cláusula en la que se promete una suma a título de pena -stipulatio poenae-.

Por lo que toca a la capacidad en el Derecho Justiniano es preciso tener cumplida la edad de siete años. Nada se opone a que la viuda haga promesa de matrimonio sin que haya transcurri-

do el año de luto. Ni hay inconveniente alguno en señalar condiciones o términos.

El Derecho postclásico acoge la institución de la arrhae sponsaliciae. Habiéndose cambiado estas arras, rige la norma de que la parte que incumple la promesa, sin que haya mediado justa causa, pierde las propias y se obliga a devolver las que recibió, a razón del cuádruplo -Derecho prejustiniano- o del duplo -Derecho justiniano-. El menor debe restituir el simplum.

Debido a una disposición de Constantino, los regalos o donaciones entre novios -sponsalia largitas- entiendanse hechos bajo la condición de que se verifique el matrimonio, de tal manera que si éste no se efectúa, es dable su reclamación. Sin embargo, no es posible que reclame quien se ha negado, injustificadamente, a contraer el matrimonio. En el caso de que el matrimonio no se realice por muerte del novio, y siempre que haya mediado òsculo -òsculo interviniente- durante la celebración de los esponsales, la novia solo esta obligada a restituir la mitad. La devolución de lo regalado por ambas partes correspondía siempre que no hubiese habido òsculo. (7)

Esta regulación del òsculo de origen gentil, con el andar del tiempo se transmitirá a los tiempos cristianos, del mismo modo que la antigua costumbre de intercambiar los anillos de compromiso que perdura hasta nuestros días y que se colocan en el

7 Rébora, Juan Carlos, Instituciones de la familia, Argentina, Editorial Guillermo Kraft Ltda., 1945, p. 14.

dedo anular de la mano izquierda, porque originariamente se creía que existía un nervio, llamado anular, que llegaba hasta el corazón.

Los esponsales producían entre otros los siguientes efectos:

- 1o. Una cuasiad finitas entre los parientes de los prometidos, ambos, que sirve de impedimento para el matrimonio;
- 2o. El no poder contraer otra promesa de matrimonio futuro, so pena de incurrir en infamia, antes de disolver el vínculo precedente;
- 3o. El derecho del novio a ejercitar la acción de injurias por las ofensas inferidas a la novia;
- 4o. El deber de fidelidad de la novia;
- 5o. El homicidio del futuro suegro o de la futura suegra eran considerados como parricidio y caían bajo la sanción de la Lex Pompeia de Parricidiis;
- 6o. En materia procesal, uno de los prometidos no estaba obligado a declarar en juicio como testigo contra el otro ni contra sus padres, ni éstos contra aquél.

Los esponsales, aún cuando contraídos validamente, podían disolverse por muchas causas, porque, a diferencia del matrimonio, no ligaban a las partes con un vínculo indisoluble. La Ley 8a., Tit. 1, enumera nueve diversas causas por las cuales los esponsales podían ser disueltos.

Dice la Ley de Partidas:

" Contrastar, y embargar se pueden los desposorios, para no cumplirse, por nueve razones:

PRIMERA. Si alguno de los novios entra en Orden de religión; lo que bien puede hacer, a pesar de que el otro lo contradijese. Y esto se entiende que lo puede hacer, antes de que se uniesen carnalmente. Y el otro que no entra en Orden, demandar que le den licencia para casarse, y débensela dar.

SEGUNDA. Cuando alguno de ellos se va a otra tierra y no lo pueden hallar, ni saber donde está. Que por tal razón debe el otro esperar hasta tres años y si no viniere entonces, puede demandar licencia para casar, y débensela otorgar. Pero debe hacer penitencia del juramento, y de la promesa que hizo, que casaría con él; si por su culpa sucedió, que no se cumplió el casamiento.

TERCERA. Si alguno de ellos se hace gafo, contrahecho o cegase o perdiese las narices o alguna otra cosa más desaguizada que algu-

na de estas sobredichas.

CUARTA. Si antes de que se uniesen, acaescie se afinidad entre ellos; de manera que alguno de ellos se uniese carnalmente con pariente del otro.

QUINTA. Si los que son desposados se desaviniesen y consintiesen ambos en separarse.

SEXTA. Cuando alguno de ellos hace fornificación, por la que se puede separar el casamiento. Que si el hombre puede dejar su mujer, haciendo adulterio, mucho más lo puede hacer, de no recibir aquella con quien es desposado, cuando tal yerro hace.

SEPTIMA. Si alguno se desposase por palabras que demuestran el tiempo por venir; y después de eso se desposase alguno de ellos con otro, o con otra, por palabras de presente: que deshàcense los primeros desposorios, y valen los segundos. Eso mismo sería, si alguno fuese desposado con una por palabras de futuro, y después se desposase con otra de esa misma manera. Que si casase con la que se desposò en último término, se disolvería el primer desposorio, y valdría el segundo. Y esto es, por que más fuerza tiene, y más liga el casamiento que se hace después, que los desposorios que fueron hechos primeramente

te. Pero cualquiera que esto hiciese, debe hacer penitencia del yerro que hizo, porque faltò a lo que prometiera en el primer despo sorio. Màs si algunos se desposasen simple mente sin juramento con palabras del tiempo que es por venir; y después de esto alguno de ellos se desposase de esta misma manera, con otro, o con otra, y le juràse que lo cum plirìa; como quiera que algunos sostendrian que el segundo desposorio debìa valer, por el juramento que fue hecho en él, y no en el primero, no es así: que estando hecho de es ta manera, el primero debe valer, y no el se gundo; y puédenlo apremiar, que lo cumpla. Y esto es, porque el juramento que el hombre hace sin derecho, no liga de manera que deba guardarlo. Pero el que esto hiciere, debe ha cer penitencia del perjurio en que cayò, por el juramento que hizo en el segundo desposorio y no lo pudo guardar, porque tuvo que to mar al primero.

OCTAVA. Cuando llevan robada a la novia de alguno, y yacen con ella: que no es obligado a casar con ella, si no quiere.

NOVENA. Cuando algunos se desposan, antes de que sean de edad. Que cualquiera de ellos que sea menor de días, desde que fuere de

edad, si no quisiere cumplir el casamiento, entonces puede demandar licencia, para casar con otro o con otra; y débensela otorgar, y anular el desposorio que hubiese hecho así. Más si cuando se desposasen, el uno fuese de edad cumplida y el otro no, el mayor debe esperar al menor, hasta que sean de edad. Y si el menor quisiese consentir en el matrimonio después que fuese de edad, débenlo apremiar al otro que cumpla el casamiento, porque con sintió siendo de edad; salvo si este mayor se hubiese desposado con otra por palabras de presente, o entrase en Orden.

En las dos de estas nueve razones porque se deshacen los desposorios; que es la una, cuando alguno de ellos entra en Orden de Religión; y la otra, cuando alguno se casa por palabras de presente, o de futuro, y se juntan carnalmente, en ninguna de estas maneras, tiene necesidad de pedir licencia para deshacer desposorio. Y esto es, porque solamente por el hecho se deshace el desposorio. Más en todas las otras maneras deben ser deshechos los desposorios por juicio de Santa Iglesia".

Y por el transcurso del plazo convenido para su cumplimiento, de tal manera que si uno de los esposos se resistía sin causa justificada a celebrar el matrimonio, una vez vencido el término, quedaba el otro esposo en libertad de retractarse.

1.3 DERECHO CANONICO.

El Derecho canónico, de acuerdo con la tradición romana, incorporò a los esponsales como acto que precedía de manera habitual pero no necesario al matrimonio, reforzando su validez y santidad con la bendición sacerdotal. (8)

Más tarde surgiò la distinción entre los esponsales de presente (sponsalia per verba de praesenti) y esponsales de futuro (sponsalia per verba de futuro) que se estableció verdaderamente en el siglo XII. Los primeros consistían en la expresión por palabras o signos equivalentes del **consentimiento actual** de las partes de tomarse por marido y mujer, se aconsejaba otorgar el consentimiento públicamente en la iglesia y bendecir la unión, la ausencia de tal prescripción no invalidaba la unión solo presentaba un problema de prueba.

Los segundos eran la promesa de matrimonio, producían la obligación jurídica de contraerlo y se convertía en matrimonio si había relaciones sexuales posteriores entre los novios.

En el Derecho canónico de los siglos XIII a XVI los efectos de los esponsales de futuro eran los siguientes:

Obligaban a los novios a contraer el matrimonio prometido, y el cumplimiento de dicha obligación podía ser perseguido

8 Rodríguez-Arias, Lino, Esponsales, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, p. 197.

mediante una acci3n judicial, la actio matrimonialis.

Sin embargo, como el acto por cumplir requeria el concurso de la voluntad renuente, la ejecuci3n forzada no era posible. Lo que era posible entonces era emplear medios indirectos de constricci3n, los cuales consistian en :

- a) Sanciones eclesiasticas como la excomuni3n o en algunos lugares inclusive la prisi3n;
- b) Creaban un impedimento sobre cuyo car3cter primero se dud3, pero que la Doctrina consider3 impediende, para contraer matrimonio con un tercero;
- c) El incumplimiento podia dar lugar a la p3rdida de las arras o a su restituci3n dobladas, e incluso a la restituci3n del cu3druple si asi se habia estipulado, pero la cl3usula penal no se admitia;
- d) La uni3n sexual posterior (sponsalia per verba de futuro subsequente copula) los transformaba en matrimonio;
- e) Creaban un impedimento dirimente, el llamado de p3blica honestidad, para la celebraci3n del matrimonio entre uno de los novios y los parientes del otro con quienes el matrimonio habria estado prohibido en raz3n de afinidad; el impedimento subsistia a3n caso de disoluci3n de los esponsales.

No se establecía ningún requisito formal para la validez de los esponsales, aunque frecuentemente iban acompañados de un juramento y la Iglesia recomendaba celebrarlos en presencia del sacerdote.

En principio la capacidad para otorgarlos era la misma que para celebrar el matrimonio, sin embargo, se recogió la regla del Derecho, según la cual la edad mínima era la de siete años, edad en la cual se consideraba que los niños comenzaban a comprender plenamente el sentido de sus actos, pero se admitía que una vez llegados a la pubertad rompiesen los esponsales sin necesidad de causa y sin que subsistiese el impedimento de pública honestidad. El consentimiento paterno no era necesario, pero se admitía que los esponsales fuesen celebrados por los padres con sujeción a la ratificación expresa o tácita de los hijos púberes o llegados a la pubertad.

Por lo que toca a la disolución podemos decir que, los esponsales de futuro, al constituir un sacramento, no eran indisolubles, la disolución podía venir del mutuo disenso, de la voluntad unilateral, fundada en justa causa, o de la celebración de matrimonio con un tercero.

Las justas causas de disolución eran las siguientes:

1. La entrada en religión de uno de los novios o del novio en Orden sagrado;
2. La emigración de uno de los novios a país lejano;
3. La lepra o grave enfermedad sobreviniente;

4. La afinidad sobreviniente;
5. El adulterio;
6. La herejía;
7. El cumplimiento del plazo cuando había sido fijado en la promesa y no era imputable la falta de celebración del matrimonio a quien lo invocaba.

El Concilio de Trento introdujo dos modificaciones a los efectos de los esponsales de futuro. En primer lugar, al abolir los matrimonios clandestinos se planteó la cuestión de si los esponsales de futuro públicos seguidos de unión sexual continuaban constituyendo el matrimonio; pero pronto prevaleció la opinión negativa según la cual no era así por haber quedado suprimidos todos los matrimonios presuntos. En segundo lugar, redujo el impedimento de pública honestidad a la relación de un novio y los parientes en primer grado del otro, y por último originaba la filiación legítima del hijo que pudiera nacer en caso de relaciones sexuales entre los vinculados por esponsales, porque en ese caso la consumación establecía el estado matrimonial.

Los esponsales podían agruparse en dos grandes vertientes:
esponsales puros y simples; y
esponsales calificados.

Eran puros y simples los esponsales, al igual que cualquier otro contrato, cuando se celebra lisa y llanamente, por la mera

y recíproca expresión de voluntad, por ejemplo cuando el esposo decía a la esposa: " yo prometo que te recibiré por mi mujer " y la esposa respondía: " yo te recibiré por mi marido ", o cuando se manifestaban mutuamente: " yo prometo que casaré contigo " , (Ley 2a., Tit. 1o., Partida IV).

Los esponsales simples puede afirmarse que nacieron con la institución misma, en cambio la práctica de confirmar la promesa de matrimonio con el juramento es típicamente cristiana, coincidiendo su difusión con la del propio cristianismo. También en Las Partidas encontramos ejemplos de esponsales jurados, mediante la fórmula: " Yo juro sobre estos evangelios o sobre esta cruz, o sobre otra cosa que casaré contigo", en la ley antes citada.

La calificación provenía generalmente del juramento que los acompañaba y confirmaba, y también del subsiguiente estupro de la esposa, bajo la fe y palabra del futuro matrimonio.

Habiendo puesto a Dios como testigo y siendo inverificable lo prometido, no solo se injuria a Dios, sino también a la humanidad.

Poner a Dios como testigo de los esponsales nunca fué mejor ilustrado literariamente que por José Zorrilla en su versión poética de la leyenda toledana del siglo XVI, intitulada " **A buen juez, mejor testigo** " y que en la parte pertinente a este capítulo lo dice así:

" Mirôla Diego Martínez
atentamente un instante

y echado a un lado el embozo,
repuso palabras tales:
- Dentro de un mes, Inés mía,
parto a la guerra de Flandes;
al año estaré de vuelta
y contigo en los altares.
Honra que yo te desluzca,
con honra mía se lave,
que por honra vuelven honra
hidalgos que en honra nacen.
- Jùralo exclamò la niña.
- Màs que mi palabra vale
no te valdrà un juramento.
- Diego la palabra es aire.
- Vive Dios que estàs tenaz
Dalo por jurado y baste.
- No me basta, que olvidar
puedes la palabra en Flandes.
- Voto a Dios , ¿qué màs pretendes?
_ Que a los pies de aquella imagen
lo jures como cristiano
del santo Cristo delante.
Vacilò un poco Martínez,
màs porfiando que jurase
llevòle Inés hacia el templo
que en medio la Vega yace.
Enclavado en un madero,

en duro y postrero trance,
ceñida la sien de espinas
descolorido el semblante,
viase allí un crucifijo
teñido de negra sangre,
a quien Toledo devota
acude hoy en sus azares.
Ante sus plantas divinas,
llegaron ambos amantes,
y haciendo Inés que Martínez
los sagrados pies tocase,
preguntòle:

- Diego, ¿ juras
a tu vuelta desposarme ?
Contestò el mozo:

- ¡ Si, juro !
y ambos del templo salen.

Ejemplo de violaciòn de promesa matrimonial con juramento
es el de la antes citada leyenda. Inés de Vargas, la doncella
burlada, acude en demanda de justicia al gobernador de Toledo,
Pedro Ruiz de Alarcòn quien la interroga:

- Mujer, ¿ Qué quieres ?

Quiero justicia, señor.

- ¿ De qué ?

- De una prenda hurtada.

- ¿ Qué prenda ?

- Mi corazòn.

- ¿Tù le diste ?

- Le presté.

- ¿Y no te le han devuelto ?

- No.

- ¿Tienes testigos ?

- Ninguno.

- ¿Y promesa ?

- ¡ Sí, por Dios !

Que al partirse de Toledo

un juramento empeñò

- ¿ Quién es él ?

- Diego Martínez.

- ¿ Noble ?

- Y capitàn, señor.

- Presentadme al capitàn,

que cumplirà si jurò.

Quedo en silencio la sala,

y a poco en el corredor

se oyò de botas y espuelas

el acompasado son.

Un portero, levantando

el tapiz, en alta voz

dijo: - El capitàn don Diego.

Y entrò luego en el salòn

Diego Martínez, los ojos

llenos de orgullo y furor.

- ¿ Sois el capitàn don Diego ?

- dijole don Pedro - vos ?

Contestò, altivo y sereno,

Diego Martínez:

- Yo soy.

- ¿ Conocéís a esta muchacha ?

- Ha tres años, salvo error.

- ¿ Hicisteila juramento

de ser su marido ?

- No.

- ¿ Juraís no haberlo jurado ?

- Si juro.

- Pues id con Dios.

- ¡ Miente ! - clamò Inés llorando
de despecho y de rubor.

- Mujer, ¡ piensa lo que dices !

- Digo que miente: jurò.

- ¿ Tienes testigos ?

- Ninguno

- Capitàn, idos con Dios,

y dispensad que acusado

dudara de vuestro honor.

En este punto recuerda Inés que hubo un testigo del juramento: el Cristo de la Vega.

" Pusiéronse en pie los jueces

al nombre del Redentor,

escuchando con asombro
tan excelsa apelación.
Reinò un profundo silencio
de sorpresa y de pavor,
y Diego bajò los ojos
de verguenza y confusión.
Un instante con los jueces
don Pedro en secreto hablò,
y levantòse diciendo
con respetuosa voz:
- La ley es ley para todos;
tu testigo es el mejor;
màs para tales testigos
no hay màs tribunal que Dios.
Haremos lo que sepamos;
escribano: al caer el sol,
al Cristo que està en la Vega
tomareis declaración.

.....

Encendieron ante el Cristo
cuatro cirios y una lampara,
y de hinojos un momento
le rezaron en voz baja.
Està el Cristo de la Vega
la cruz en tierra posada,
los pies alzados del suelo,

poco menos de una vara;
hacia la severa imagen
un notario se adelanta,
de modo que con el rostro
al pecho santo llegaba.
A un lado tiene a Martínez;
a otro lado a Inés de Vargas;
detràs al gobernador
con sus jueces y sus guardias.
Después de leer dos veces
la acusaciòn entablada,
el notario a Jesucristo
asì demandò en voz alta:
- Jesùs hijo de María,
ante nos esta mañana
citado como testigo
por boca de Inés de Vargas,
¿ jurais ser cierto que un día
a vuestras divinas plantas
jurò a Inés, Diego Martínez
por su mujer desposarla ?
Asida a un brazo desnudo
una mano atarazada
vino a posar en los autos
la seca y hendida palma,
y allà en los aires " ¡Si jurò ! "
clamò una voz màs que humana.

Alzò la turba medrosa
la vista a la imàgen santa
los labios tenìa abiertos
y una mano desclavada. "

1.4 DERECHO ESPAÑOL.

Anillos, bendición, donaciones y, en ocasiones òsculo, eran por consiguiente las formas que rodeaban la celebraciòn de los esponsales en esta època.

El Fuero Juzgo contempla en diversas leyes referentes a los esponsales, la entrega de las arras en la Ley 6a., Tít. 1o., Lib. III, que fija en " la dècima parte de todas sus cosas " el màximo de arras que deben dar los príncipes y mayores de la gente goda a sus esposas y ademàs diez mancebos y diez mancebas, y veinte caballos, y en donas tanto cuanto deba ser valorado, que valga mil sueldos " y manda a los demàs hombres que no son de la Corte que " aquellos que tiene valor de diez mil sueldos por todas cosas en sus bienes, den mil sueldos a la esposa en arras.

Y aquel que tiene bienes de mil sueldos, de cien por arras."

El Derecho español antiguo reconociò generalmente el efecto obligatorio de la promesa de matrimonio.

Asì tambièn el Fuero Juzgo lo establecìa, ya que no era admisible que la manceba contrajese matrimonio con otro que aquel a quien la habìa prometido su padre, bajo sanción de quedar ambos contrayentes en el poder de aquel con quien el padre la ha-

bía prometido (Ley 2a., Tít.10., Lib. III). La promesa debía ser cumplida una vez entregada la sortija (Ley 3a., Tít. 10., Lib. III).

Las Partidas definían a los " desposorios " como:

" El prometimento que fazen los omes por palabra quando quier casar."

(Partida IV, Tít. 10., Ley 1a.)

Y distinguían a los esponsales de futuro de los esponsales de presente. La Ley 2a. del mismo ilustraba diversas fórmulas para la celebración de unos y otros.

La edad mínima para celebrar los esponsales era de siete años, pero eran confirmables los celebrados antes de dicha edad (Partida IV, Tít. 10., Ley 6a.).

Así mismo, se autorizaba a los obispos a apremiar por sentencia eclesiástica a los prometidos renuentes a cumplir la promesa de matrimonio. Siguen vigentes las causas de disolución de los esponsales contenidas en Las Partidas y que eran las siguientes:

1. La entrada de uno de los prometidos en Orden religiosa;
2. Ausencia de uno de ellos sin que se pudiera hallar, ni saber su paradero durante tres años;

3. Contraer lepra, quedar contrahecho o ciego, perder las narices o sufrir una cosa màs desaguisada que las sobre dichas;
4. Apariciòn de afinidad entre los prometidos por haber uno de ellos tenido relaciones sexuales con pariente del otro;
5. Consentimiento mutuo;
6. Infidelidad;
7. Esponsales de presente celebrados por uno de los prometidos con un tercero;
8. Rapto y violaciòn de la novia; y
9. Haberse contraido los esponsales antes de la edad legal.

En todos los casos, excepto en las dos primeras causales, la disoluciòn debìa realizarse mediante juicio eclesiàstico tal y como lo establecìa la Partida IV, Tìt. 1o., Ley 3a.

En relaciòn a las donaciones las Leyes del Toro, específicamente la nùmero 52, establece nuevamente que tanto en los esponsales de futuro como en los de presente no consumados, si la novia habìa sido besada conservaba la mitad de lo dado por el novio; si no lo fué no conservaba nada. En el Concilio de Trento promulgado en 1564, quedaron suprimidos los esponsales de presente.

Por último, la Novísima Recopilación, Libro X, Tomo II, Ley 9, exigía como requisito para que los menores de veinticinco años celebrasen esponsales los siguientes: la petición del Consejo y el consentimiento del padre o madre y a falta de ellos, sus ascendientes más cercanos o del Juez real.

Por su parte la Novísima Recopilación del 28 de abril de 1803, Libro X, Tít. II, Ley 18, no admitía demandas relativas a esponsales, si estos no fueron celebrados por personas hábiles para contraerlos por sí mismas y estableció como requisito que constaran en escritura pública, bajo pena de nulidad.

Carlos IV dispuso en 1803, para suprimir abusos, " en ningún Tribunal eclesiástico ni secular de mis dominios se admitirán demandas de esponsales, sino es que sean celebrados por personas habilitadas para contraer por sí mismas según los expresados requisitos, consentimiento paterno para los hijos de familia, y prometidos por escritura pública; y en éste caso se procederá en ellas, no como asuntos criminales o mixtos, sino como puramente civiles."

Así que las demandas de esponsales aunque se hubiesen celebrado antes de esta ley, y que no constaren en escritura pública fueron rechazadas in limine.

Antes de esta fecha, en cambio, a falta de forma determinada, eran idóneos todos los medios probatorios del derecho. Que en general se reducen a tres: " uno por confesión de las partes; otro por instrumento público o privado, reconocido o cotejado con otros indubitados al auxilio de algunos más adminículos; y otro por testigos o conjeturas verosímiles y perentorias en su

especie, siendo el primero el más recomendable por derivar de la propia boca del esposo o de la esposa que antes hubiese negado el contrato, mereciendo también fe la confesión extrajudicial repetida en muchos lugares ante muchos testigos."

La prueba por instrumento público pasaría a ser el medio de prueba obligado, a partir de 1803, llegando así hasta nuestros días y contenido en nuestro Código civil. Por otro lado, los papeles privados, habitualmente, necesitaban el reconocimiento judicial del demandado, lo cual obviamente no acontecía con frecuencia.

1.5 DERECHO FRANCÉS.

Los esponsales tienen poca importancia en el Derecho francés, ya que a diferencia del Derecho romano, el Derecho francés es más actual.

Por esta razón, la mayoría de los estudiosos del derecho se avocan a definir solo su naturaleza así como sus efectos, en el presente estudio analizaremos lo existente en la historia del Derecho francés en cuanto a esta institución.

" En el antiguo Derecho francés, por lo menos a partir del siglo XVI, se distinguía el matrimonio de los esponsales, constituyendo estos últimos un contrato válido que producía efectos jurídicos a pesar de que no exigía la obligación del resarcimiento de daños e intereses en caso de incumplimiento injustificado a cargo de el culpable.

No era admitida la estipulación de cláusula penal, si bien

podía estipularse, según la costumbre, arras junto con la promesa esponsalicia. El juez civil en caso necesario, obligaba a los desposados a la restitución recíproca de los regalos o 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 línea colateral hasta el primer grado.

La competencia sobre la existencia y validez de la promesa era atribuida a los tribunales eclesiásticos." (9)

El Derecho francés coincide con el Derecho romano en cuanto a considerar que para el caso de no celebrarse el matrimonio por causa de una de las partes, esta deberá otorgar una indemnización.

Coinciden también en que los esponsales tienen un carácter esencialmente ético más que jurídico.

Como podemos observar, los efectos que se derivan de los esponsales válidos, son semejantes a los efectos que de la promesa de matrimonio se derivan en el Derecho romano principalmente, pero también del Derecho canónico.

En el Derecho francés, es de notar que la competencia sobre la validez y existencia de los esponsales era atribuida a los tribunales eclesiásticos, sin embargo, para el caso de quebranta

9 Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo IX, Industrias gráficas del libro, Buenos Aires, 1979.

miento y de ruptura de la promesa de matrimonio, como los tribunales eclesiásticos solo tenían autorización para imponer una "censura eclesiástica", que bien podía consistir en penitencia, plegarias, limosnas, etc.

Este papel y límites otorgados a las censuras eclesiásticas fueron impuestos en 1637 y 1638 cuando dos sentencias prohibieron el empleo de censuras eclesiásticas bajo la pena de apelación como abuso, por lo que los jueces eclesiásticos se tuvieron que conformar con imponer una leve penitencia, como las arriba mencionadas, es decir, prohibieron las censuras, pero no las penas leves. A pesar de esto, y como también ya lo mencionamos al decir que se concedía acción para indemnización en caso de incumplimiento. (10)

Los Parlamentos reconocieron siempre a los esponsales el valor de una promesa ordinaria que originaba daños y perjuicios en caso de inejecución, viéndose a menudo a una novia abandonada obtener una condenación pecuniaria contra quien había fallado a su promesa sin justo motivo."(11)

En el Derecho francés la cuestión de los esponsales y sus efectos eran debatidos en la Doctrina y en la Jurisprudencia en

10 Planiol, Marcel, Tratado elemental de derecho civil, México, Editorial Cajica, 1983, Tomo I, p.333.

11 Ripert, Georges y Boulanger, Jean, Tratado de derecho civil, Argentina, La Ley, 1963, p.108.

virtud de que el Còdigo civil francès no regulò expresamente la promesa de matrimonio. El legislador igual que la jurisprudencia exigen una prueba escrita de los esponsales.

1.6 DERECHO MEXICANO.

Una vez iniciada la independencia de nuestro país en septiembre de 1821, se dejó un tanto de lado el Derecho privado, ya que lo más importante en esos momentos era el legislar en la rama de Derecho público, por lo tanto, siguió vigente la legislación española en lo que se refiere a Derecho privado, ya que era esta la que con anterioridad a la Independencia nos regía, esto aconteció hasta que cada uno de los Estados de nuestra República se diera su propia legislación.

Es decir, fueron Las Siete Partidas las que rigieron la vida civil de los habitantes de nuestro territorio, más específicamente al tema en cuestión, la Partida IV era la que regulaba los esponsales.

Varios Estados de la República iniciaron la labor legislativa civil y la llevaron a cabo con alguna anticipación a la del Distrito Federal.

Cabe mencionar al respecto el primer Còdigo civil de Oaxaca de 1828 que, siguiendo la tradición de Las Siete Partidas, incluyó a los esponsales y los definió de la siguiente manera:

" Los esponsales son una promesa mutua y libre

que hacen dos individuos de diferentes sexos de contraer matrimonio manifestado exteriormente. " Artículo 122.

Así también, señala la competencia del Tribunal eclesiástico para conocer de los juicios por rompimiento de esponsales y la del juez civil en cuanto a los efectos de dicho rompimiento.

El Código Corona o sea el primer Código civil de Veracruz de 1868 expresa en su artículo 178:

" La ley no reconoce efectos civiles en los esponsales de futuro sino cuando estos se elevan a escritura pública, otorgada en debida forma. Los referidos efectos en este caso, no serán otros que las acciones para reclamar daños y perjuicios del contrayente que desista sin justa causa."

La Ley del Matrimonio de 1859 expedida por don Benito Juárez el 23 de julio de 1859 como parte de la Leyes de Reforma, tuvo como finalidad separar de la esfera eclesiástica todos los actos de la vida civil de las personas, y solo considera a los esponsales como impedimento para contraer matrimonio como se aprecia en el artículo 8 que a la letra dice:

" Son impedimento para celebrar el contrato civil los siguientes:

V. Los esponsales legítimos, siempre que cons
ten en escritura pública y no se disuelvan
por mutuo disenso de los mismos que los
contrajeron."

Dependiendo de las causas que provocaran su rompimiento
eran sus efectos y regidas por la influencia determinante del De
recho canónico.

Dada la influencia que ejerció en nuestra legislación es de
mencionarse el Proyecto de Florencio García Goyena del Código Es
pañol porque influyó tanto en el Código civil encargado por don
Benito Juárez a don Justo Sierra como en el Código del Imperio
de Maximiliano, ya que en el artículo 47 del Proyecto mencionado
expresaba:

" La ley no reconoce esponsales de futuro.
Ningún tribunal civil o eclesiástico admiti-
rà demanda sobre ellos. "

Excluyéndolos con razones morales, religiosas y espiritua
les.

El Código Civil del 13 de Diciembre de 1870 para el Distri-
to Federal y Territorio de la Baja California solamente menciona
a los esponsales para negarles validez en su artículo 160, que a
la letra reza:

" La ley no reconoce esponsales de futuro."

Norma idéntica en redacciòn al artículo 156 del Còdigo de 1884.

Por otra parte la Ley de Relaciones Familiares de 1917, la cual fue expedida por don Venustiano Carranza el 9 de abril del mismo año, recoge a los esponsales en una sola norma, esto es, en su artículo 14:

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

Como podemos apreciar después del presente estudio, la regulación de los esponsales en los antecedentes históricos del Derecho mexicano se inicia en el Còdigo civil de Oaxaca, después en el de Veracruz, donde se exige consten para su validez en escritura pública; más adelante la Ley del Matrimonio Civil de 1859 solo considera a los esponsales como un impedimento para contraer matrimonio. Sin embargo, los Còdigos civiles de 1870 y 1884 no reconocieron los esponsales de futuro, pero la Ley de Relaciones Familiares si los reconoce, exigiendo que deban constar por escrito, situación que prevalece hasta nuestros días en el Còdigo Civil para el Distrito Federal.

2.1 CONCEPTO.

En el presente capítulo estudiaremos la manera en que se encuentran regulados los esponsales en nuestro Código Civil para el Distrito Federal, para tal fin nos remitiremos al Libro Primero, Título Quinto, Capítulo I el cual en su artículo 139 nos dice:

" La promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada, constituye los esponsales. "

Podemos observar que dicho artículo se encuentra situado en el Título del Matrimonio, antecediendo de manera significativa a los requisitos para contraer matrimonio.

Analicemos el precepto en cuestión:

Nos dice que constituye los esponsales, la " promesa ", como todos sabemos una promesa es algo que puede o no cumplirse, por estar sujeta a la voluntad de las partes, así como a diversas circunstancias, pero que en el momento en que se realiza la promesa se tiene el ánimo de cumplir. Ahora bien, es específico al señalar " la promesa de matrimonio " y precisamente por ser promesa de matrimonio debe ser regulada casi en los mismos términos del matrimonio mismo.

Continuemos con nuestro análisis: " ..que se hace por escrito ..." en este punto no existe duda alguna, ya que la ley es tajante al marcaros que debe ser por escrito, es decir, es un contrato formal, pudiendo constar en escritura pública o en escrito

privado.

Ahora veamos la parte in fine del artículo 139, que establece : "... y es aceptada ...", vemos aquí que la voluntad de las partes ha ido tomando mayor importancia hasta llegar a ser autónoma e independiente, ya que en sus orígenes, como ya vimos en el capítulo anterior, no importaba la aceptación de las partes sino la de sus padres, tutores o representantes, se infiere en el precepto en estudio, que una parte propone la promesa de matrimonio y la otra parte la acepta.

El artículo en estudio termina diciendo:

".....constituye los esponsales . "

Es así como al darse la aceptación de la promesa por la parte a la que fue propuesta es como se perfecciona dicha promesa.

2.2 REQUISITOS DE VALIDEZ.

Para que los esponsales tengan existencia y validez, en el Código Civil para el Distrito Federal se señalan ciertos requisitos los cuales se dividen en:

- Personales:

- a) **Diferencia de sexos.** Se encuentra contenido en el artículo 40 que a la letra reza:

" Solo pueden celebrar esponsales **el hombre**
que ha cumplido dieciséis años y **la mujer**
que ha cumplido catorce. "

Como sabemos, los esponsales se encuentran contenidos en la etapa previa al matrimonio, la celebración de este matrimonio es el objeto de los esponsales, ahora bien, recordemos que uno de los fines del matrimonio es la preservación de la especie y para que esta se dé tenemos que respetar las leyes de la naturaleza, es decir, solo se dará la preservación natural de la especie humana en la cópula de un hombre con una mujer.

b) **Consentimiento.** Etimológicamente significa acuerdo o coincidencia de dos o más voluntades sobre un mismo punto.

Así el consentimiento supone la presencia de dos distintas declaraciones de voluntad, que emanan de dos distintos centros de interés, y que viene a ser las partes en el contrato. Por lo tanto, este es uno de los elementos claves del presente estudio, ya que recordemos que, según las reglas de los contratos, la falta de consentimiento hace inexistente el contrato.

En el contrato de esponsales, nos dice Rojina Villegas, "el consentimiento debe manifestarse libremente y en forma cierta, es decir, no debe haber violencia, error o dolo." (12)

12 Rojina Villegas, Rafael, Compendio de derecho civil, México, Editorial Porrúa, 1982, 13a. ed., Tomo I, p. 270.

" Una de las acepciones del consentimiento es el acuerdo de voluntades y este se descompone en dos partes o momentos : la oferta o pòlicitaciòn o propuesta y la aceptaciòn."(13)

Para poder llegar a èste momento debiò existir un trato previo o convivencia entre las partes. En este caso el consentimiento debe ser expreso, tal y como lo establece el artìculo 139:

" La promesa de matrimonio **que se hace** por escrito y **es aceptada**, constituye los esponsales. "

c) **Edad mínima.** En cuanto a este punto, la ley establece la edad para ambas partes.

Recordemos que en sus orìgenes, era posible celebrar los esponsales aùn antes de haber alcanzado la edad hàbil de siete años, ya que podìan celebrarse por medio de representantes, padres o tutores con la posterior ratificaciòn expresa o tàcita de los interesados. En la actualidad esto ya no se permite y solamente pueden celebrarlos los interesados.

Posteriormente se recogìò la regla del Derecho romano , la cual establecìa como edad mínima para celebrar los esponsales los siete años ya que se consideraba que los niños a esta edad comprendian el sentido de sus actos.

En la actualidad se ha aumentado considerablemente la edad que la ley marca como requisito para poder celebrar los esponsa-

les y es el artículo 140 el que contiene tal disposición, y que enseguida transcribimos:

" Artículo 140. Sólo pueden celebrar esponsales el hombre que ha cumplido dieciséis años y la mujer que ha cumplido catorce."

d) Autorización. Se requerirá cuando una o ambas partes sean menores de edad.

Vemos que el anterior requisito es en el mismo sentido que para la celebración del matrimonio. Esta autorización será otorgada por los padres, tutores o en su defecto autorización judicial o administrativa. Tal y como lo establece el artículo 141, que nos dice:

" Artículo 141. Cuando los prometidos son menores de edad, los esponsales no producen efectos jurídicos si no han consentido en ellos sus representantes legales. "

c) Ausencia de impedimentos. Son los mismos que se establecen para poder contraer matrimonio y que se encuentran contenidos en el artículo 156, que a la letra reza:

" Son impedimentos para celebrar el contrato de matrimonio:

- I. La falta de edad requerida por la ley, cuando no haya sido dispensada;
- II. La falta de consentimiento del que, o los que, ejerzan la patria potestad, el tutor o el juez en sus respectivos casos;
- III. El parentesco de consanguinidad legítima o natural, sin limitación de grado en la línea recta, ascendente o descendente. En la línea colateral igual; el impedimento se extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos, siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa;
- IV. El parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna;
- V. El adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando ese adulterio haya sido judicialmente probado;
- VI. El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre;
- VII. La fuerza o miedo graves. En caso de rapto, subsiste el impedimento entre el raptor y la raptada, mientras ésta no sea restituida a lugar seguro, donde libre-

mente puede manifestar su voluntad;

VIII. La impotencia incurable para la còpula;
y las enfermedades crònicas e incurables, que sean ademàs contagiosas y hereditarias;

IX. Padecer alguno de los estados de incapacidad a que se refiere la fracciòn II del artículo 450;

X. El matrimonio subsistente con persona distinta de aquella con quien se pretende contraer. "

De estos impedimentos solo son dispensables la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.

f) **Forma.** Vemos que el artículo 139 establece la forma en que deben celebrarse los esponsales.

El artículo antes mencionado nos dice:

" La promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada, constituye los esponsales. "

Por lo tanto es un contrato formal, ya que debe constar por

escrito aunque no se nos dice que deba estar contenido en escritura pública o sea celebrados ante un notario o de manera privada puedan ser celebrados por las partes, de ser así, estaríamos entonces ante un contrato privado totalmente válido.

2.3 ROMPIMIENTO.

Cuando se da el rompimiento en los esponsales se producen consecuencias jurídicas las cuales se encuentran contenidas en el artículo 143, que señala lo siguiente:

" El que sin causa grave, a juicio del juez, rehusare cumplir su compromiso de matrimonio o difiera indefinidamente su cumplimiento, pagará los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del matrimonio proyectado. En la misma responsabilidad incurrirá el prometido que diere motivo grave para el rompimiento de los esponsales.

También pagará el prometido que sin causa grave falte a su compromiso, una indemnización a título de reparación moral, 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, el rompimiento de los esponsales cause grave daño

a la reputación del prometido inocente.

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

Como podemos observar, los esponsales solo producen efectos en caso de incumplimiento, ya que son considerados como un período de prueba, excluyendo por consiguiente, todo compromiso definitivo.

Al respecto Baqueiro Rojas nos dice:

" Aunque la referida institución no obliga a contraer el matrimonio prometido, si obliga al cumplimiento de otras consecuencias generadas, como en los siguientes casos:

- El que sin causa grave rehuse cumplir su compromiso o difiera indefinidamente su cumplimiento, incurre en responsabilidad.

- Aquel que dé causa o motivo grave para que el otro rehuse el matrimonio incurre en responsabilidad.

En ambos casos en nuestro Código Civil la responsabilidad se constriñe a:

1. Pago de una indemnización por los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del matrimonio proyectado. La Doctrina se pregunta si también de las pérdidas que pueda haber sufrido, por ejemplo, al dejar un trabajo bien remunerado, ante la promesa de celebrar el matrimonio.

2. Pago de una indemnización a título de reparación moral, por parte del prometido culpable, en los casos de larga duración del noviazgo, intimidación de los prometidos, publicidad de las relaciones u otras causas que provoquen grave daño a la reputación del prometido inocente, por ejemplo, un noviazgo de cinco años o más, o aquél en que públicamente se haya anunciado un próximo casamiento.

La indemnización moral será fijada prudentemente por el juez." (14)

14 Baqueiro Rojas, Edgar y Buenrostro Baez, Rosalía, Derecho de familia y sucesiones, México, Editorial Harla, 1990, p. 45.

2.4 CADUCIDAD.

La acción para reclamar la indemnización correspondiente por el rompimiento de los esponsales dura un año, tal y como lo establece el artículo 144 que a la letra reza:

" Las acciones a que se refiere el artículo que precede, sólo pueden ejercitarse dentro de un año, contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio. "

También dura un año para devolver o devolverse las donaciones que las partes se hayan otorgado o por terceros en razón de la existencia de matrimonio futuro. Al respecto el artículo 145 nos dice:

" Si el matrimonio no se celebra, tienen derecho los prometidos a exigir la devolución de lo que se hubiere donado con motivo de su concertado matrimonio. Este derecho durará un año contado desde el rompimiento de los esponsales. "

Por lo que hace al artículo 145, previamente citado, recordemos la definición que hace Scaevola a las donaciones esponsalicias:

" Todos aquellos actos de liberalidad, por los cuales una persona, antes de contraerse el vínculo, y en consideración a éste, dispone gratuitamente de una cosa en favor de uno o de los dos cónyuges. "

Por lo tanto, el precepto en cuestión, hace mal en considerar que únicamente uno de los prometidos puede donar al otro alguna cosa.

Por su parte Ibarrola nos dice: " La donación esponsalicia consiste en esto: en regalos mutuos o ajenos, con motivo de unas nupcias futuras acordadas; los cuales regalos o donaciones esponsalicias, no son donaciones con condición suspensiva como afirma Sánchez Román, ni con condición resolutoria, como afirma De Buen, sino sui generis, es decir, hijas de una situación creada, que se perfecciona desde luego, pero que no depende del cumplimiento de ninguna condición (salvo la que les da nacimiento): ni aún de la celebración o no del matrimonio, pues si estuvieren subordinadas a la condición de su celebración, perderían el carácter que las distingue para convertirse en una donación más por razón de matrimonio, cuando la realidad es que es una donación ante la promesa de un matrimonio que se ha acordado contraer, y de aquí que las mismas podrán ser revocadas o no, pero simplemente con las reglas generales de revocación de las donaciones o en los casos independientes en que la ley lo exige o lo autoriza, o las costumbres que imperan en las mismas en orden a las relaciones sociales en forma tal que escapan muchas veces

sus dictados a las reglas del legislador, y no por el solo hecho de no haber matrimonio." (15)

Todas estas situaciones son reguladas por la ley en cuanto a las donaciones antenuptiales en los artículos del 219 al 231 y 262 fracciones II y III.

15 Ibarrola, Antonio de, Derecho de familia, México, Editorial Porrúa, 1984, p. 121.

3.1 DERECHO FRANCES.

El silencio del Código napoleónico acerca de los esponsales fue interpretado de manera diversa por la doctrina francesa. Según parte de ella, la institución subsistiría con los caracteres del antiguo derecho; para otra parte, los esponsales habrían desaparecido como acto, sin perjuicio de que la ruptura de la promesa de matrimonio puede producir algunos efectos jurídicos.

La primera posición fue sostenida en el siglo pasado por Merlin y Toullier, y en el presente por Bonnecase y Josserand. Para Merlin la falta de reglas expresas en el Código francés debe entenderse en el sentido de que se trata de convenciones sujetas a los principios generales, ya que al no haber sido reprobadas por el antiguo derecho no puede considerárseles así por el silencio del Código francés; por consiguiente, admitía la validez de la cláusula penal fijada para el caso de incumplimiento. Toullier entendía que el rechazo del resarcimiento de los daños emergentes de la ruptura se fundaría en un prejuicio derivado de una máxima justiniana según la cual los matrimonios deben ser libres, pero esa máxima era inmoral porque se aplicaba sobre todo a los matrimonios ya contraídos, facilitando el divorcio. La promesa de matrimonio, por contener la obligación de hacer una cosa lícita y honesta, debería ser ejecutada, quedando a salvo el principio de la libertad de casarse con la conversión de daños y perjuicios en caso de inejecución; dichos daños comprenderían tanto el daño emergente como el lucro cesante. En cuanto a la cláusula penal, entiende que en el antiguo derecho podía reducirse cuando exce-

día del daño efectivo porque ésta era la regla general, pero al suprimir el Código la facultad de los jueces para moderarla, debe ser respetada.

Bonnecase compartió la posición de Toullier, con la consecuencia de que el prometido que no cumpliera su obligación de hacer debiese pagar los daños y perjuicios, salvo que probase la existencia de motivos legítimos de ruptura. También Josserand entiende que: " de los esponsales deriva una obligación de hacer, y que como todo contrato puede ser disuelto por mutuo disenso o por rescisión unilateral con justa causa."⁽¹⁶⁾

Pero la posición de la generalidad de los comentaristas del Código fue la segunda. Estimaron que la obligación de contraer matrimonio derivada de los esponsales, sería nula por ser contraria a las buenas costumbres, ya que afecta la libertad de contraerlo, pues su celebración no debe ser la ejecución de una obligación sino el efecto de una voluntad libre y desprovista de toda coerción. Por consiguiente también juzgaron nula la cláusula penal pactada, no solo como consecuencia de su carácter accesorio y de la nulidad de la obligación principal, sino también por ser poco honesta en sí misma. Sin embargo, admitieron que la injusta negativa a cumplir el matrimonio proyectado diese lugar a daños y perjuicios, que algunos limitaban a los gastos realizados, otros ampliaban al daño moral, especialmente en caso de di-

16 Josserand, Louis, El problema jurídico de la ruptura de esponsales, Francia, Editorial Chronique, 1927, p. 21.

famación o perjuicio a la reputación, pero todos excluían la posibilidad de resarcir el lucro cesante.

La jurisprudencia sentò el criterio de que la promesa de matrimonio es nula porque atenta contra la libertad ilimitada que debe existir en el momento de la celebraciòn del matrimonio; pero que, sin embargo, su ruptura puede generar la obligaciòn de indemnizar cuando va acompañada de circunstancias que constituyen culpa delictual o cuasidelictual, por aplicaciòn de las normas generales de la responsabilidad extracontractual. Se ha considerado constitutiva de tal culpa, por ejemplo, la ruptura intempestivamente anunciada a ùltimo momento, o la que deriva de capricho, ligereza o deslealtad. La consecuencia de este sistema es que no baste para la admisiòn de la acciòn la prueba del incumplimiento de la promesa sino que se requiera la del hecho ilìcito del incumplidor; por otra parte, debidamente aplicado, daría lugar a que no se requiriese un acto formal de promesa sino que bastase una serie de hechos encaminados inequívocamente a la celebraciòn del matrimonio.

En cuanto al perjuicio reparable no es solo el material -derivado especialmente de los gastos hechos en vista del futuro matrimonio- sino también el moral, que puede resultar de exponer a la novia abandonada a la malignidad pùblica, haciendo màs difícil un matrimonio ulterior, de colocar al otro prometido en situaciòn ridícula, o simplemente de afectar su sensibilidad o reputaciòn.

La jurisprudencia de la Corte de Casaciòn entiende, a pesar de fundar el derecho a la indemnizaciòn en la responsabilidad ex-

tracontractual, que la existencia de la promesa de matrimonio debe ser probada por escrito, o, por lo menos, suministrarse un principio de prueba por escrito. Se funda en que el compromiso de contraer matrimonio es a la vez un hecho puro y simple y un hecho jurídico, y que por esa complejidad y por la importancia de los litigios a que da lugar, solo puede admitirse cuando hay un principio de prueba por escrito o demostración de que la parte actora se hallaba en la imposibilidad de procurarse un documento de tal naturaleza. Ese criterio mereció la crítica de buena parte de la Doctrina por ser incompatible con el fundamento extracontractual de la responsabilidad, ya que importa la aplicación de reglas de prueba de los contratos. Más algunas cortes de apelación dejaron de lado tal requisito, apoyándose en el artículo 340 inciso 2, del Código civil vigente desde 1912 hasta 1955, que en una situación similar -la acción de paternidad extramatrimonial basada en la seducción- requería el principio de prueba por escrito cuando ésta derivaba de esponsales; pero que suprimido ese requisito por la ley de 15 de julio de 1955 no hubo ningún otro fallo posterior de la Corte de Casación que insistiese en requerirlo en la acción de daños y perjuicios.

En otro aspecto de la cuestión de esponsales, se ha admitido que de ellos deriva una obligación de conciencia de perseguir lealmente las negociaciones en vista del matrimonio, que constituye una obligación natural; por tanto, es válida la promesa de reparar el perjuicio hecho después de la ruptura, pues constituye una transformación de una obligación natural en obligación civil.

En cuanto a las donaciones entre los prometidos, por aplicación del artículo 1088 del Código civil -que dispone la caducidad de las donaciones hechas en favor del matrimonio si éste no se celebra- o bien por la desaparición de la causa, se ha considerado que deben ser restituidas si habían sido hechas en vista del futuro matrimonio. La restitución procede aún cuando la ruptura derive de mero desentendimiento, pero no en caso de muerte de uno de los novios si se justifica conservarlas a título de recuerdo. Con respecto a los regalos hechos por terceros, debería distinguirse entre los que por su importancia constituyen una verdadera donación, y los regalos de poco valor hechos por razones de galantería o afección, solo serían restituibles los primeros. Sin dejar de reconocer que las cartas pertenecen, en principio, al destinatario, en un caso se considerò más equitativa la restitución recíproca por tratarse de correspondencia íntima.

Otro importante problema es el de determinar si corresponde indemnizar a uno de los novios los perjuicios derivados de la muerte del otro como consecuencia de un hecho ilícito. La jurisprudencia de las Salas Civiles de la Corte de Casación se ha pronunciado por la negativa basada en que los esponsales no crean ningún vínculo jurídico entre los novios, de manera que si uno de ellos no està protegido de manera jurídica contra la ruptura del otro tampoco debe estarlo contra el autor del accidente que hace imposible el eventual matrimonio; sin embargo, la Sala Criminal, que antes sostenía igual criterio, lo variò luego, aceptando la indemnización; y lo mismo han hecho tribunales inferiores. La solución de las Salas Civiles, apoyada por J.M. Chartru,

ha sido criticada por Mazeaud y Weill porque: " la pérdida de la posibilidad de celebrar matrimonio constituye un perjuicio cierto que debe ser reparado." (17)

Y por Jacques Flour porque si la ruptura culposa da lugar a indemnización también debe darla la culpa de un tercero; Marty y Raynaud explican que se basa en el criterio de que no es reparable un perjuicio cualquiera sino un interés legítimo jurídicamente protegido, pero que esa fórmula es peligrosa y demasiado restrictiva, pues el interés lesionado es suficiente para constituir el perjuicio, bastando con que ese interés no sea ilícito ni inmoral.

Una alusión a la promesa de matrimonio fue incluida en el Código a partir de la ley de 16 de noviembre de 1912, que modificó el artículo 340, según el cual estaba prohibida la indagación de la paternidad extramarital; desde entonces el inciso 2 del artículo citado prevé como uno de los casos en que dicha investigación se admite, el de seducción con promesa de matrimonio.

El Anteproyecto de Reformas del Código civil francés propone restablecer las normas acerca de los esponsales, estableciendo la obligación de reparar los perjuicios materiales y morales ocasionados por el prometido que rompe abusivamente la promesa de matrimonio aceptada, o que por su hecho, da motivo al otro pa

17 Mazeaud, Henri, La lesión de un interés legítimo y jurídicamente protegido, condición de la responsabilidad civil, Francia, Ediciones Chronique, 1954, p. 39.

ra romperla, y por las personas con autoridad sobre el prometido menor de edad que lo incitan a la ruptura de la promesa de matrimonio que había consentido; la prueba de la promesa de matrimonio y del carácter abusivo de la ruptura incumben al demandante y pueden hacerse por todos los medios (artículo 267). La acción prescribe al año de la ruptura (artículo 268).

" Finalmente, corresponde señalar que una institución nueva, introducida en la legislación francesa a partir de 1939, ha venido a otorgar importantísimos efectos a la promesa de matrimonio en determinados casos; se trata del matrimonio póstumo, institución en virtud de la cual se admite la celebración del matrimonio con un difunto mediante la prueba que éste tenía, antes de morir, la intención inequívoca de contraerlo.

Así lo autorizó para tiempos de guerra el artículo 10. del Decreto-Ley del 9 de septiembre de 1939; según esta disposición el Ministro de Justicia, conjuntamente con el de Defensa, de Marina o del Aire, podían autorizar el matrimonio de militares y marinos bajo bandera sin su comparecencia personal, y aún cuando hubieran fallecido, con tal de que hubieran otorgado el consentimiento ante el oficial del estado civil de su lugar de residencia, ante el oficial del estado civil militar, o ante la autoridad diplomática consular francesa o del país encargado de los intereses franceses, o ante un oficial o sub-oficial francés y dos testigos según los casos. El artículo 3 de la Ley de 28 de noviembre hizo extensiva la disposición a los militares franceses empleados en el mantenimiento del orden y la pacificación fuera del territorio metropolitano, y además permitió durante el plazo

de un año el matrimonio pòstumo de los fallecidos en las operaciones realizadas en Tunez, Argelia y Marruecos después del 10. de enero de 1952; en estos ùltimos casos el Ministro de Justicia y el de Defensa Nacional podían autorizar el matrimonio mediante la presentaciòn de documentos emanados del difunto que establecieran inequívocamente su consentimiento, como el pedido de autorizaciòn del matrimonio dirigido a la autoridad militar, la publicaciòn requerida por él, la invitaciòn por èl dirigida a sus parientes, a la futura esposa o a la familia de ésta para hacer obtener los documentos necesarios para la celebraciòn del matrimonio. Los efectos de este matrimonio debían remontarse al día anterior al fallecimiento del militar o marino.

Dos años màs tarde, la catastròfica ruptura del dique de Malpassat diò lugar a otra norma permanente, la del artículo 171 del Còdigo, adoptada por la ley del 31 de diciembre de 1959. Según esta disposiciòn el Presidente de la Repùblica puede, por motivos graves, autorizar la celebraciòn del matrimonio si uno de los futuros esposos ha fallecido después de haber cumplido formalidades oficiales que indiquen inequívocamente su consentimiento matrimonial. En ese caso los efectos del matrimonio se remontan al día anterior al de la muerte del esposo, pero de él no deriva el derecho sucesorio en favor del sobreviviente ni règi-men matrimonial entre los cònyuges.

En la pràctica, pues, los efectos del matrimonio seràn el de permitir a la esposa llevar el apellido del que debìa ser su marido, y legitimar los hijos concebidos, aunque el nacimienu

to sea posterior a tal matrimonio." (18)

Por su parte Bonnecase estudia el carácter anormal de los esponsales y rechaza las conclusiones a que ha llegado la Jurisprudencia francesa, dice así:

" Carácter anormal de la solución de la Jurisprudencia y de la doctrina sobre los esponsales: los esponsales (según la Jurisprudencia) no constituyen un verdadero contrato, y su ruptura simplemente puede dar origen a la aplicación eventual del artículo 1382 del Código Civil. Sentencia de la Corte de Casación de 30 de mayo de 1838 y de 11 de junio del mismo año (S., 38.1.494): Sentencia Coutreau y de Lavit.

El sistema de la Doctrina y de la Jurisprudencia consiste en declarar absolutamente inoperante, sino es que ilícito, el contrato de esponsales, según determinadas sentencias."

Comentando la Jurisprudencia francesa considera Bonnecase que es anormal en cuanto al fin, pues termina por hacer del contrato de esponsales un contrato inmoral o ilícito, dado que de-

18 Belluscio, Augusto Cesar, Derecho de familia, Argentina, Ediciones De Palma, 1979, pp.215-221.

clara que carece de fuerza obligatoria, por ser contrario al orden público y a las buenas costumbres, el que tuviese ese efecto. (19)

Además desde el punto de vista de la Técnica jurídica también hay contradicción en la Jurisprudencia, pues si los esponsales se reducen a un acuerdo de voluntades desprovistos de efectos obligatorios:

¿ Cómo es posible que originen un hecho ilícito y la obligación de reparar un daño ?

3.2 DERECHO CANONICO.

En el Derecho canónico y respecto a la figura aquí estudiada, encontramos que la Iglesia forzaba al incumplidor indirectamente imponiéndole penas, pero desde el Papa Lucio III, se dispuso que, en caso de resistencia más bien fuesen amonestados que obligados a cumplir penitencia como lo estableció el Concilio de Espina, o imponerles la pena de excomuniòn.

En síntesis, " en el Derecho canónico anterior al Código canónico de 1917 los efectos de los esponsales eran los

19 Bonnacase, Julien, Elementos de derecho civil, México, Cárdenas editor y distribuidor, 1985, Tomo I, p. 506.

siguientes:

- a) Constituían una promesa de hacer, cuya resolución culpable quedaba sujeta a una prueba canónica y a una indemnización por daños;
- b) Dan nacimiento a un impedimento dirimente denominado de pública honestidad que imposibilitaba el matrimonio en cualquiera de los desposados con los consanguíneos en primer grado del otro prometido;
- c) Creaban un impedimento impediante que impedía la unión conyugal con un tercero;
- d) Originaba la filiación legítima del hijo que pudiera nacer en caso de relaciones sexuales entre los vinculados por esponsales, porque en ese caso la consumación establecía el estado matrimonial.

León XIII hizo desaparecer el principio jurídico de la edad media de que los esponsales seguidos de cópula carnal entre los prometidos se consideraban en el fuero externo como matrimonio.

Pío X en el Decreto *Ne Temere*, de 2 de agosto de 1907, prescribió la forma escrita como necesaria e inexcusable para la validez de los esponsales y aún cuando los redactores quisieron abrogarlos, chocaron con su venerada antigüedad y los incluyeron en el canon 1017, que a la letra dice:

Canon 1017. § 1. La promesa de matrimonio, tanto la unilateral como la bilateral o esponsalicia, es nula en ambos fueros si no se hace por medio de escritura firmada por las partes y además por el párroco u ordinario del lugar, o al menos por dos testigos.

§ 2. Si una o las dos partes no saben o no pueden escribir, debe hacerse constar esto en la escritura para su validez, y debe añadirse otro testigo que firme la escritura conjuntamente con el párroco u ordinario del lugar o con los dos testigos de que se hace mención en el § 1.

§ 3. Sin embargo, de la promesa de matrimonio, aunque sea válida y no haya causa alguna justa que excuse cumplirla, no se origina acción para exigir la celebración del matrimonio (ad pretendom matrimonii celebrationem) pero si para exigir la reparación del da-

ños (ad reparationem damno
rum) si hay lugar a ella.

Lo anterior se mantiene vigente hasta nuestros días." (20)

Así también, el Código canónico de 1917 promulgado por el Papa Benedicto XV, en el canon 1017, reproduce el texto del **Decreto Ne Temere** sobre la exigencia de la forma escrita para la validez de los esponsales.

Así mismo, en cuanto al efecto de los esponsales dispone:

" La promesa de matrimonio aunque sea válida y no haya causa alguna que excusa de cumplirla, no da acción para pedir la reparación de los daños si alguno se debe."

Para que la promesa sea válida, debe ser formalmente, un documento contextual, es decir, que sea firmado en un solo acto y al mismo tiempo por sus partes y los testigos, es necesario que el matrimonio prometido sea lícito y válido y que las partes sean capaces de celebrarlo; en principio, el consentimiento paterno es innecesario.

20 Magallón Ibarra, Mario, " Esponsales " , Revista de la facultad de derecho de México, México, Números 69-70, enero - junio, 1968, p. 166.

Pueden estar sujetos a cualquiera de las siguientes modalidades: condición, modo o término.

Los esponsales producen la obligación, en el fuero interno o sea el de la conciencia, de contraer el matrimonio y de guardarse fidelidad, pero se discute si la negativa de celebrar el acto prometido queda en el terreno de la moral, o puede dar lugar a penas eclesiásticas.

Los impedimentos matrimoniales derivados de los esponsales han quedado suprimidos, pero la existencia de los esponsales no disueltos da lugar a la nulidad de los contraídos luego con un tercero.

No es válida la cláusula penal, pero sí la entrega de de arras en seguridad de cumplimiento.

El Codex Iuris Canonici solo trata de los esponsales en el canon 1017 según el Codex derogado, hoy es el 1062. Distinguen los canonistas entre promesa unilateral, la dada por uno solo de los novios, y la bilateral o recíproca, otorgada por ambos, pero es una distinción puramente histórica, sin reflejo práctico actual alguno, máxima habida cuenta que la segunda constituye los esponsales.

Se admite como definición válida la siguiente:

" Promissio mutua futuri matrimonii inter personas hábiles."

1. Requisitos:

a) **Formales:** Anteriormente para que fueran válidos los esponsales en el ámbito canónico tenían que concertarse de acuerdo a lo establecido por el canon 1017, párrafo 1o. De no ser así no producirían obligaciones ni en el fuero externo ni en el interno.

Hoy, el nuevo canon 1062 no establece formalidad alguna para el otorgamiento de esponsales. Pueden exigirse formalidades, pero ello depende de lo acordado en cada país en su Conferencia Episcopal.

b) **Personales.** La edad hábil para otorgar los esponsales no ha sido especificada por el Codex Iuris Canonici, por lo que algunos canonistas estiman que subsiste la normativa tradicional en este punto, y que basta tener la edad de siete años y uso de razón para poder otorgarlos, prácticamente carece de valor tal posibilidad, salvo que el impuber vaya asistido de las personas que deban completar su capacidad y, aún así esto es rechazable para antes de la pubertad.

El nuevo Codex promulgado por Juan Pablo II el 25 de enero de 1983, no hace referencia

a este punto.

2. Efectos:

Desaparecida la posibilidad de ejercicio de la actio matrimonialis, la cual nacía con los esponsales y con ella el impedimento impediendo que vetaba el matrimonio lícito de los promitentes con un tercero; abrogado, también, el impedimento dirimente de pública honestidad, por el cual el matrimonio de uno de los novios con el consanguíneo en primer grado del otro era nulo, surgen de los esponsales canónicos escriturados estos dos efectos:

a) Materiales:

La obligación de reparar daños (canon 1062, párrafo 2o.). Bajo el Codex de 1917 se estimaban reclamables en ambas jurisdicciones pero formulada la acción en una de ellas no puede repetirse en la otra (canon 1553, párrafo 2o.), pero hoy, promulgado el nuevo Codex, este párrafo ha desaparecido. Pero el canon 1062, párrafo 2o. del nuevo Codex, reconoce el derecho que da base a la acción de indemnización que se basa en esponsales convenidos de acuerdo con la normativa esta

blecida por la Conferencia Episcopal del país de que se trate.

b) **Morales:**

Que vienen constituidos por la obligación en el fuero interno de contraer matrimonio con el otro otorgante si no hay excusa válida, estas obligaciones se consideran alternativas, es decir, que reparado el daño se esfuma la obligación moral.

Se consideran excusas válidas la ruina, la enfermedad, grave duradera o irreversible, la oposición paterna razonable."(21)

Efectos privados.

Muchos comentaristas sostienen que siempre surge la obligación, en el fuero interno, de cumplir la promesa, aunque, las leyes podrían anular los efectos materiales que nacen de un convenio, pero los efectos morales afectan al orden ético personal y, entre personas íntegras, una palabra dada es siempre una palabra dada y se debe cumplir.

21 Entrena Klett, Carlos M., Matrimonio, separación y divorcio, España, Editorial Civitas, 1982, pp. 243-245.

Disolución.

La disolución de los esponsales se produce por:

1. Mutuo consentimiento.
2. Voluntad unilateral.
3. Dispensa pontificia.
4. Transcurso del plazo fijado para la celebración del matrimonio.
5. Imposibilidad de celebrar el matrimonio.
6. Impedimento sobreviniente.
7. Profesión solemne.
8. Orden sagrado.
9. Voto de castidad perpetuo de alguno de los novios.
10. Muerte de alguno de los novios o de ambos.

3.3 DERECHO ESPAÑOL.

Las antiguas leyes españolas reconocieron generalmente el efecto obligatorio de la promesa de matrimonio. Aluden a ella disposiciones del Fuero Juzgo, el Fuero Real, Las Partidas y una de las Leyes del Toro.

A partir de fines del S. XVIII, y con motivo de la aparición y difusión de corrientes de pensamiento que exaltaba la libertad personal, se manifestó una tendencia contraria al reconocimiento de los efectos jurídicos de los esponsales de futuro.

Por lo que adquirida conciencia de esos abusos el legislador no pudo menos que hacerse cargo del problema y procurarle remedio.

Es así que a iniciativa de Florencio García Goyena, la comisión encargada de redactar el Proyecto del Código Civil Español, aprobò el 9 de enero de 1844 el artículo 47, que textualmente decía:

" La ley no reconoce esponsales de futuro.

Ningùn tribunal civil o eclesiástico admitirà demanda sobre ellos."

En el plano jurídico se sustenta la idea de que el matrimonio es un acto al cual debe llegarse con entera libertad, y que esa libertad quedaría menoscabada en caso de plantearse la alternativa entre el cumplimiento de la promesa o el pago de daños y perjuicios derivados de la ruptura.

En la actualidad dado el ritmo y el avance tecnológico que regulan la vida del hombre, el contrato de esponsales no encuentra lugar adecuado, pues, en todo caso, los esponsales no son otra cosa que un previo paso para la celebración del matrimonio.

El Código español comienza por establecer en su artículo 43, que a la letra dice:

" Los esponsales de futuro no producen obligación de contraer matrimonio. Ningùn tribunal admitirà demanda en que se pretenda su cum-

plimiento. "

De aquí se deriva la inexistencia de la obligación de contraer matrimonio y la ausencia de acción judicial en ese sentido.

Algunos autores consideran que la obligación de casarse es, por lo tanto, nula, en tanto otros simplemente la consideran jurídicamente incoercible. En cambio, hay coincidencia sobre la nulidad de la cláusula penal establecida para el caso de incumplimiento y sobre de que los esponsales no crean un **status** ni originan parentesco ni impedimento matrimonial.

Pero el artículo 44 en su primer párrafo establece:

" Si la promesa se hubiere hecho en documento público o privado por 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 casarse, sin justa causa, estará obligado a resarcir a la otra parte los gastos que hubiese hecho por razón del matrimonio prometido."

Como podemos observar se establece el derecho de obtener el resarcimiento de los gastos hechos en razón del matrimonio prometido cuando la promesa ha sido hecha por escrito por un mayor de edad o por un menor asistido por quien debiese consentir su matrimonio, o cuando se han publicado las proclamas, si el otro

promitente rehusa casarse sin justa causa.

No expresa el artículo desde que edad pueden celebrarse los esponsales, pero parece acertado el criterio de que se requiere la edad para contraer matrimonio; por lo demás, no debe existir impedimento matrimonial no dispensable, si lo hay dispensable debe haberse concedido la dispensa, y aún en caso de mediar impedimento de la parte que lo conocía en favor de la que no la conocía.

Se considera aplicable la teoría general de los vicios de la voluntad, se admite la validez de modalidades - condición y plazo - con tal de que no sean contrarios a las leyes ni a la moral, y se acepta la celebración por mandatario con poder especial, por aplicación analógica del artículo 87 referente al matrimonio.

En cuanto al contenido de la indemnización, si bien el texto la limita a los gastos realizados, es opinión general que comprende también las obligaciones contraídas, siempre que unos y otras sean proporcionales a las circunstancias, pero no a cualquier otro daño.

Al incumplidor incumbe la carga de la prueba de la justa causa de ruptura para liberarse de la obligación de resarcir. La apreciación de si ha habido justa causa queda a cargo de los tribunales y la obligación se extiende a quien da causa a la ruptura por el otro.

El resarcimiento solo puede ser pedido por los novios y no por terceros. La acción de resarcimiento caduca al año de la negativa a la celebración, conforme al párrafo 2o. del artículo 44

que a la letra dice:

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

Y en su caso desde el conocimiento de la causa que justifi-ca la ruptura.

Algunos autores opinan que la norma del artículo 44 no ex-clude la posibilidad de obtener el resarcimiento de todo daño causado cuando en la ruptura media dolo o culpa, por aplicación del artículo 1902, pero entonces el demandante debe probar la culpa del incumplidor.

Por aplicación de la misma desposición Pérez González y Cas-tañ Tobeñas aceptan la indemnización del daño moral en caso de desfloración.

Por su parte, Gubern Salisachs admite la reparación inte-gral cuando media delito penal, como la estafa con promesa de matrimonio, o bien cuando hay seducción con promesa de matrimo-nio.

" La restitución de los regalos hechos entre los prometidos así también las donaciones, ya sea por aplicación extensiva del artículo 1333, inciso 2, según el cual la donación hecha por ra-zón de matrimonio es revocable si el matrimonio no llega a cele-brarse, bien sea por aplicación del principio de enriquecimiento

sin causa, o aún por la costumbre."(23) -

3.4 DERECHO NORTEAMERICANO.

Una de las manifestaciones más típicas y notorias que registra la actividad de las cortes norteamericanas es, sin lugar a dudas, la que tiene por objeto la resolución de los juicios debidos a la ruptura de esponsales.

Tales rupturas ocasionan frondosos litigios y conducen al exàmen de cuestiones que por su naturaleza e índole propia inciden visiblemente sobre la organización social de los Estados Unidos, se trata, en verdad, de pleitos que plantean un sin número de problemas cuyo exàmen determina el análisis de complejas situaciones y coloca a la actividad jurisdiccional en un campo por demás lleno de dificultades, no solo jurídicas, sino también morales y sociales.

La importancia de estos juicios trasciende, incluso al propio lenguaje técnico; ya que existe un nombre especial para designarlos .

En efecto, si bien dentro del tecnicismo jurídico del " common law ", todo juicio por ruptura de una promesa de matrimonio puede llamarse un " **breach of promise suit**", entiendense con ello, que se habla de un juicio en el que se demanda daños y

23 Belluscio, Cesar Augusto, Derecho de familia, Buenos Aires, Ediciones De Palma, 1979, pp. 231-233.

perjuicios, a consecuencia de la ruptura de una promesa de matrimonio.

La denominación pues, queda limitada a una esfera concreta y precisa: la práctica judicial se ajusta a esa limitación y el ambiente jurídico se vale de ello en el análisis de los variados problemas que tales pleitos plantean a la conciencia del juez, del jurista y del legislador.

Estos juicios impresionan vivamente al hombre norteamericano, originando con ello que la opinión general forme criterios de apreciación respecto de ellos y la crónica periodística ocupa páginas enteras para informar sobre dichos pleitos todo esto influye en el marco jurídico. Por ello la preocupación de legislar, juzgar y comentar con mesura tales litigios y también la existencia de defensores entusiastas y críticos no menos categóricos.

Más aún podría decirse que ningún otra forma litigiosa ha sido tan acaloradamente discutida en los Estados Unidos como esta cuyo estudio emprendemos.

Presentaremos los rasgos y características propias, su consecuencia, la manera como los tribunales y las legislaturas actúan con respecto a los problemas que plantean y que de ellos derivan.

Historia.

En el Derecho inglés es en donde encontramos los primeros datos dado que en Inglaterra los tribunales eclesiásticos tenían a su cargo todas las causas que se vincularan de uno u otro modo

con la institución matrimonial, debieron resolver y juzgar los ca sos planteados por ruptura de esponsales, en muchas ocasiones las cortes eclesiásticas inglesas decidieron que tales promesa debían ser cumplidas, sin autorizar, ni permitir el quebrantamiento de los mismos ya que dichos tribunales carecían de poder para condenar al pago de daños y perjuicios.

El primer caso en el " **common law** " de procedencia de la acción para cobrar daños fue " **Strech v. Parker** " , decidido en 1639.

Pero la responsabilidad que nace de este tipo de situaciones jurídicas fue discutida hasta 1672 en el caso " **Holcroft v. Dickenson** " en el que la corte de " **common pleas**" resolvió que era posible reclamar indemnizaciones por estas rupturas, a pesar de que no había ningún interés material comprometido y sí solo un interés de carácter espiritual.

partir de este momento los juicios de esta índole aumentaron siguiendo la pauta marcada por el caso " **Holcroft v. Dickenson**".

En los Estados Unidos estos pleitos han sido muy populares desde los primeros tiempos de la colonia.

Naturaleza de la acción.

La cuestión fundamental que plantean estos juicios es en re lación a la naturaleza de la acción para reclamar daños por este concepto; tal problema sencillo en apariencia se vuelve complejo en su aplicación práctica, ya que es una acción original y nove-

dosa.

¿Quién puede ejercer la acción?

Uno de los rasgos peculiares de esta acción es que puede ser intentada tanto por la mujer como por el hombre. En los antecedentes históricos se registran causas en las que el accionante es, indistintamente, o bien un hombre, o bien una mujer, concluyendo, la acción está abierta a ambos sexos, y que tanto hombres como mujeres, pueden hacer uso de ella, esto es solo teoría ya que la realidad es otra, en la vida real, las mujeres son únicamente quienes ejecutan la acción compareciendo ante los tribunales a instaurar demandas de esta índole.

La promesa no tiene que ser escrita.

En efecto, para la iniciación y procedencia de la acción, es suficiente que la promesa haya sido solo verbal, esto ha dado motivo al ejercicio abusivo de la acción.

Por otro lado, la Doctrina sostiene que después de la muerte del actor o del demandado, la acción se extingue y no puede ser demandada por nadie ni contra nadie y no cabe accionar entonces, ni por sus herederos, ni contra sus herederos.

Los tribunales norteamericanos han sostenido la tesis conforme a la cual el demandado puede ser condenado, no solo, a la reparación pecuniaria, sino también a una reparación de carácter personal, consistente en la pena de arresto, esto es resultado del

excesivo rigorismo de dichas cortes que procuran con ello un castigo severo y ejemplar para el caso de ruptura adicionándole un carácter penal.

Prueba

Los tribunales son excesivamente liberales en la apreciación y valoración de los diversos elementos de prueba que se aportan, a fin de resolver los juicios de ruptura de esponsales.

Debido al carácter peculiar de estas promesas, que no requieren ser hechas por escrito y que, por lo general, se realizan sin la presencia de testigos.

Por este motivo los tribunales tienen en cuenta para poder probar, muchas y variadas circunstancias que prueben la verdad o la falsedad de los hechos invocados en la demanda. Entre los que podemos mencionar:

- a) La conducta observada por las partes, una respecto de la otra;
- b) Los comentarios hechos por las partes a terceros;
- c) Las cartas que se han dirigido entre sí;
- d) La posición social y cultural de cada uno de los vinculados por la promesa y muchas otras presunciones, hechos y datos que derivan de la situación particular.

El criterio apreciativo de los jueces se ha excedido a grado tal que en el caso " Whightman v. Coates " el juez sostuvo que: " no es necesario que se pruebe una promesa expresa; por el contrario resulta muy claramente de la lectura de los casos del " common law " , que la promesa puede ser deducida de las diversas circunstancias, sin que sea preciso recurrir a ninguna prueba directa."

Defensas

Dado que la acción es de naturaleza muy peculiar y fundamentalmente de carácter personal, muchas defensas han sido consagradas por la Doctrina, entre las que podemos mencionar:

- a) Falta de virginidad de la actora, constituye una excepción legítima que se opone al progreso de la acción instaurada por aquella, ya que, la falta de virginidad de la mujer, antes o durante la promesa justifica legalmente la ruptura de la misma;
- b) Una conducta deshonesta, no puede ser opuesta como excepción a la acción, pero si atenúa el monto de la indemnización resarcitoria;
- c) Enfermedades que afecten a las partes, y que impiden la normal consecución de las funciones matrimoniales, justifican la ruptura y se oponen al progreso de la acción y al respecto dispone que:
 - Si el demandado sabía o debía saber cuando hizo la

promesa, que se encontraba afectado de una enfermedad incurable, sin que la actora conociera dicha situación, tal circunstancia lo inhibe de usar esa causal y oponerla como defensa a la pretensión de la accionante.

- Si la actora estaba afectada de una enfermedad de tal importancia, que impide la perfección del matrimonio, y el demandado la ignoraba, al tiempo de la promesa, éste puede usarla legítimamente como una defensa en contra de la pretensión de la demandante.

Daños y perjuicios.

La labor judicial en la concesión de indemnizaciones se caracteriza por su generosidad en favor de las accionantes en detrimento de los accionados.

En términos generales, cuando una promesa se rompe, la parte afectada puede accionar contra el que rompió la promesa y la decisión del pleito, para el caso de que el actor pruebe su pretensión sea, o bien condenar al demandado al cumplimiento de lo prometido, lo cual es imposible, o condenarlo al pago de una suma de dinero como reparación del perjuicio inferido a la otra parte.

En los " **breach-of-promise suits**", solo cabe la segunda decisión y fácil es comprender la dificultad que existe en determinar el monto de la pérdida sufrida por la parte actora, lo que

da pie a abusos en la concesión de tales reparaciones. Ya que se toman en cuenta no solo la negativa del demandado a casarse con ella, sino también por ejemplo, el agravio a los sentimientos afectivos, angustia y ansiedad para la situación de desaire creada, mortificación y sufrimiento moral. Además que el tiempo de duración puede ser tenido en cuenta en el cómputo de la reparación y también cualquier injuria sufrida en su salud.

Por regla general, mientras más rico sea el demandado mayor debe ser la indemnización, pero la pobreza del demandado no puede ser invocada para pedir una disminución en el monto de la indemnización, lo cual es injusto.

Política legislativa

La tendencia de los tribunales es por lo general favorable a las pretensiones de las demandantes y el mantenimiento de estos juicios. La nueva legislación se inclina por la abolición de los " **breach-of-promise suits** " , como resultante de la abundante y acerbada crítica que tales pleitos han provocado en la opinión pública de los Estados Unidos.

Nueva York, Illinois e Indiana han sancionado ya "estatutos" dentro de esta corriente Ohio, Michigan, Minnesota, Nebraska, Oklahoma, Texas, Winsconsin y varios otros estados de la Unión tienen pendientes legislaciones sustancialmente similares.

Analizaremos las tres más importantes a saber: los de Nueva York, Indiana e Illinois.

El estatuto de Nueva York.

En marzo de 1935 la legislatura del estado de Nueva York por mayoría abrumadora, sancionò una nueva legislación referente a diversos problemas vinculados con el matrimonio y la familia, titulada " **Acciones contra el orden público**".

En la exposición de motivos del nuevo estatuto se contiene la siguiente declaración:

" Los remedios hasta aquí proveídos por la ley para el cumplimiento de acciones tendientes a la reparación de sentimientos afectivos agraviados, seducción, adulterio y ruptura de esponsales han determinado y causado graves abusos y no menores daños, importando serios agravios, humillaciones y pérdidas pecuniarias a personas totalmente inocentes y exentos de intención dolosa que fueron simplemente, las víctimas de las circunstancias, tales remedios han sido ejercidos por personas inescrupulosas para su indebido enriquecimiento, y en salva guarda del orden público y a efecto de un mejor cuidado de los intereses del pueblo y del Estado, se hace necesario sancionar la abolición de tales remedios y recursos jurídicos."

Así en el texto denominado " **Acciones contra el orden público** " se declaran **abolidos los derechos para accionar y cobrar daños.... por ruptura de esponsales.**

En conclusión:

- a) El estatuto de Nueva York debió su origen al deseo de impedir e imposibilitar los numerosos abusos, arbitrariedades e injusticias, cometidos en la decisión de las causas por ruptura de esponsales.
- b) Lo que resulta abolido solamente es el derecho a cobrar daños y perjuicios, es decir, a reclamar indemnización pecuniaria.

El estatuto de Indiana.

Esta ley fue el resultado de una campaña y fue sancionada bajo el título de " **Ley para promover la moral pública** ", en relación a la promesa de matrimonio dice:

" **Quedan abolidas todas las causas civiles de acción por ruptura de promesa de matrimonio, adulterio, seducción, etc.**

Se observa una diferencia importante con respecto al Estatuto de Nueva York, ya que la Ley de Indiana establece la abolición de " **todas las causas civiles de acción** " siendo por lo tanto más amplia que la Ley de Nueva York, ya que esta prohíbe accionar unicamente por daños y perjuicios, dejando con esto posibilidad de ejercitar diversas acciones.

El estatuto de Illinois.

Este estatuto contiene en la mayor de sus previsiones, reglas que establecen disposiciones casi idénticas a las contenidas en los estatutos de Nueva York e Indiana. Este estatuto es en el fondo una combinación de los principios sustentados y defendidos en los dos antes mencionados.

Existe hoy en día una gran controversia que divide al pueblo norteamericano en dos grandes sectores de opinión: uno en favor de estos litigios por entender que asegura la seriedad de los esponsales, moraliza las costumbres y protege los intereses de las mujeres frente al abuso de los hombres, y otra contraria a su mantenimiento, por reputar que estas acciones han sido usadas como un instrumento de fraude y chantaje, y porque significan el más material de los remedios a la situación más romántica y sentimental. "(24)

24 Oliva Velez, Horacio Alberto, " Los juicios por ruptura de esponsales en los EE. UU. de N. América, (Breach of promise suits) ", La Ley, Argentina, Tomo 59, julio-agosto-septiembre, 1950, 8 de agosto, pp. 1-3.

INTRODUCCION

¿Cuál es la naturaleza jurídica de esta promesa ?

Frente a esta interrogante la Doctrina no se muestra unànime, ya que encontramos diversas corrientes que tratan de explicar nos la naturaleza jurídica de los esponsales con diversos argumentos para así poder determinar los efectos que en el campo legal tendría.

Al entrar al estudio de la naturaleza jurídica de los esponsales me encontré con un sin número de teorías unas más arraigadas que otras, pero no por ello menos importantes, y que en el presente capítulo me permito exponer, a fin de llegar a una conclusión acertada y la que a mi punto de vista considero más importante.

4.1 TEORIA CONTRACTUAL.

La mayoría de los autores que apoyan esta teoría consideran a los esponsales como un verdadero contrato. Asso y Manuel consideraban que el " desposorio es un mero pacto", no así el célebre canonista Tomàs Sánchez y los juristas Elizondo y José María Palacios, quienes advierten que no es así, sino un contrato con su propio nombre, el cual no se debe celebrar sin las solemnidades que prescribe el derecho. Hinojosa califica a los antiguos esponsales de contrato sinalagmático o contrato bilateral.

Elizondo nos muestra la analogía existente con el contrato

de compraventa y que no es por cierto extraña a los orìgenes de la instituciòn, que como ya dijimos en el Capìtulo primero se remontan a la etapa del matrimonio por compra. En sìnthesis, los esponsales hasta el S.XVIII, al menos, fueron calificados tanto por el Derecho canònico como por el secular, de contrato bilateral o sinalagmàtico, de características especiales por su objeto que era primero de índole personal y solo accesoriamente patrimonial, entendida esta idea, sin perjuicio de los efectos varios reconocidos a través del tiempo. (25)

Asì también en el antiguo Derecho francés, los esponsales podían ser considerados como un contrato, dado que originaban el compromiso recìproco de cumplir la promesa de matrimonio ante el requerimiento de la otra parte, y la consiguiente acciòn de cumplimiento de esa promesa, bien que ésta no pudiera derivar en ejecuciòn coactiva, sino en el pago de los daños y perjuicios ocasionados.

Merlin y Toullier opinaron que deben quedar sometidos a los principios generales del derecho y que en caso de inejecuciòn de la obligaciòn de hacer la resuelve en daños y perjuicios, comprensivos del daño emergente y del lucro cesante, esta misma opiniòn la compartiò Bonnacase y màs tarde Josserand. Recientemente la tesis contractual ha sido retomada por Georges Wiederkehr el cual señala que la ley exige el cumplimiento de ciertas formali-

25 Citados por Levaggi, Abelardo, "Esponsales. Su régimen jurídico en Castilla, Indias y el Rio de la Plata hasta la codificaciòn ", Revista del Instituto de Historia del Derecho, Argentina, Número 21, 1970, p 16.

dades previas -publicaciones y obtención de certificado prenupcial- que suponen la existencia de un acuerdo previo al matrimonio, y que casi siempre la culpa es anterior a la ruptura, pues deriva de la deslealtad o imprudencia de la promesa de matrimonio basada en sentimientos que no eran sólidos.

La Doctrina dominante, tanto en Alemania como en Suiza considera a la promesa matrimonial como vínculo de naturaleza contractual.

Dentro de la clasificación de los contratos de dicha Doctrina Von Tuhr ubica a la promesa de matrimonio entre los contratos de Derecho de Familia⁽²⁶⁾, lo mismo que Lehman, quien extrae la consecuencia de que las normas generales sobre contratos no les son aplicables en forma inmediata sino solo analógicamente.

En cambio Kipp y Wolff afirman que son a la vez un contrato de Obligaciones y de Derecho de Familia, con lo que la aplicación de las normas generales sería directa. Los esponsales constituyen en la actualidad un contrato y, por tanto, sujeto a las disposiciones que establece el Código civil para los contratos y negocios jurídicos.

Es evidente que los esponsales son un contrato, ya que su esencia esta en la promesa recíproca de contraer matrimonio; que no produzcan todos los efectos propios de un contrato y que sus reducidos y eventuales efectos no sean los característicos de un

26 Von Tuhr, Jean, " La promesa de matrimonio", Revista Internacional de Derecho Comparado, Francia, Número 15, 1954, p. 272.

contrato, no es suficiente para negarles esa naturaleza.

La acción de indemnización que se les reconoce supone además de otras circunstancias (forma y publicación de las proclamas y negativa sin justa causa a contraer matrimonio) la existencia de unos esponsales y tales esponsales no existen si no han concurrido los requisitos de la contratación, es decir, la confluencia de dos voluntades sobre el futuro matrimonio, dos voluntades ausentes de vicios, etc.

En el complejo supuesto de hecho que determina la indemnización uno de los elementos indispensables es el contrato de esponsales cuya obligatoriedad es meramente hipotética. (27)

Además aunque los esponsales se limiten a preparar el matrimonio en el Derecho alemán deriva de ellos ciertos efectos que son inherentes al derecho personal del matrimonio mismo.

El prometido es " familiar " en el sentido del Código penal, lo cual tiene importancia para la exención de la pena en caso de necesidad o complicidad y está autorizado, lo mismo que el cónyuge, a negar su testimonio o su dictamen pericial en juicio civil o penal contra su prometido. Con motivo de la Penúltima Conflagración Mundial, se concedió a los novios el ser herederos de sus prometidos. Por otro lado, en el Derecho alemán actual los esponsales no requieren de forma específica y se les clasifica de un contrato tanto de Derecho de Obligaciones como

27 Kipp, Theodor y Wolff, Martin, Derecho de familia, España, Bosch Casa Editorial, 1958, 2a. ed., Tomo IV, p. 33.

de Derecho de Familia, con una naturaleza especial, por lo tanto, se considera un contrato no formal, que puede hacerse por escrito, verbalmente y aún por teléfono. La capacidad para celebrarlos es la requerida para celebrar actos jurídicos. De ellos deriva una obligación jurídica de contraer matrimonio, pero no da lugar a accionar para exigir su cumplimiento.

El carácter contractual de los sponsales lo afirman las sentencias de 13 de enero de 1879, 4 de julio de 1907, 6 de abril de 1929, al establecer que **no es jurídicamente posible que pueda haber sponsales sin contrato.**

En Italia, Stolfi parecía inclinarse por considerar a la promesa de matrimonio como un contrato a pesar de que el legislador limita sus efectos por razones de alto interés social, pues señala que de lo contrario no tendría base la exigencia legal del requisito de capacidad.

En el Derecho español, les asignan carácter de contrato, Pérez González y Castán Tobeñas, estiman que no obsta que así sea la circunstancia que la ley reduzca sus efectos. Coincide en el carácter de efectos limitados Valverde, y Puig Peña añade que se trata de un contrato de naturaleza mixta, de obligaciones en cuanto crea la obligación de contraer matrimonio y su incumplimiento determina una pretensión de indemnización, y de Derecho de Familia en cuanto crea el estado de novios o prometidos, en especial porque la promesa de matrimonio es elemento esencial del delito de estupro de mayor de dieciseis años. (28)

28 Citados por Belluscio, Augusto Cesar, Op.cit., p. 197.

Como vemos la corriente contractualista se base en la esencia misma de lo que son los esponsales, promesa bilateral, (convenio) de realizar en el futuro una determinada conducta (contraer matrimonio).

Los contractualistas ven en los esponsales un contrato pero difieren en cuanto a la clase de contrato de que se trate: un precontrato, un contrato definitivo con características especiales o un contrato de Derecho de Familia.

Esta última posición es la que juzgamos más acertada por las siguientes razones:

1. Es un acuerdo de voluntades que tiene por objeto crear o transmitir consecuencias jurídicas. Observamos que 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, artículo 142 del Código Civil para el Distrito Federal que a la letra reza:

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

Ya que el acto de contraer matrimonio es una obligación de

hacer personalísima, intuiti personae, y es bien sabido que este tipo de obligaciones solo pueden ser realizadas por el obligado y no por otra persona, de acuerdo con lo que estipula el artículo 2027 del Código Civil para el D.F., que se transcribe a continuación:

Artículo 2027. " Si el obligado a prestar un hecho no lo hiciere, el acreedor tiene derecho a pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la substitución sea posible.

Esto mismo se observará si no lo hiciera de la manera convenida. En este caso el acreedor podrá pedir que se deshaga lo mal hecho.

Y en la parte relativa al incumplimiento de las obligaciones el artículo 2104 del Código Civil para el D.F., dispone en su primera parte:

Artículo 2104. " El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo...será responsable de los daños y perjuicios..."

Los sponsales son realmente un contrato que genera la obligación de hacer (realizar el matrimonio) . Este, su contenido, su objeto directo, corresponde al Derecho de Familia. El incum-

plimiento 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 de una grave dimensión moral, y así lo toma en cuenta el derecho."(29)

Rojina Villegas opina al respecto:

" No obstante que los esponsales constituyen un contrato en el cual se promete y se acepta respectivamente, por los novios, la celebración del futuro matrimonio se distinguen del antecontrato o pre contrato en que no producen obligación de contraer el matrimonio, en tanto que el contrato preliminar si crea la obligación de celebrar el contrato definitivo a que una o ambas partes se han obligado."(30)

Por otra parte es importante recordar que el Derecho de Familia no solo se caracteriza por constituir relaciones de fami-

29 Montero Duhalt, Sara, Derecho de familia, México, Editorial Porrúa, 1990, 4a. ed., pp. 89-90.

30 Rojina Villegas, Rafael, Op. cit., p. 270.

lia , sino por producir consecuencias relativas a la formación, modificación y disolución de este organismo como señala Puig Peña no puede haber duda de la naturaleza jurídica familiar que tiene la promesa de matrimonio.

4.2 TEORIA DEL HECHO

Esta doctrina, sustentada casi exclusivamente por varios tratadistas germanos - Meisner, Jacobi, Titze, Landsberg, Jung-hans, Reichel, Hellmann, Kohler, Lehmann- afirma que el vínculo sponsalicio, al igual que la relación de amistad, constituye una relación de puro hecho, esto es, un mero hecho social o en palabras de Lehmann: " un pacto social no reglamentado especialmente".

Como tal vínculo de puro hecho los esponsales se inscriben en el terreno de lo social, donde no pueden dar origen más que a obligaciones de orden puramente moral, a saber, el deber moral de cumplir lo prometido.

Con esto la teoría del hecho pretende sustraer a los esponsales de las normas jurídicas de la contratación y de las consecuencias específicas del Derecho alemán, pero, en realidad, viene a negarle todo valor como negocio jurídico. Por otra parte, no consigue explicar la falta de obligatoriedad del vínculo con certado ni menos la acción indemnizatoria que su incumplimiento infundado engendra en materia civil. (31)

31 Hurtado González, Moisés, "Los esponsales, naturaleza jurídica", Revista de la Facultad de Derecho de México, México, Números 105-106.

Cabe mencionar por otra parte que en el Derecho uruguayo el artículo 81 del Código civil dispone:

Artículo 81. " Los esponsales o sea la promesa de matri
monio mutuamente aceptada, es un hecho
privado, que la ley somete enteramente
al honor y conciencia del individuo y
que no produce obligación alguna en el
fuero externo.

No se puede alegar esta promesa, ni para
pedir que se efectue el matrimonio, ni
para demandar la indemnización de perju
cios."

El artículo 82, a su vez, niega valor a la cláusula penal
inserta para asegurar el cumplimiento de la promesa, no dando lu
gar a la restitución, si la multa se hubiese pagado voluntaria-
mente, de acuerdo con los principios que rigen las obligaciones
naturales.

Es de mencionarse que en ocasiones la tendencia doctrinaria
no se unifica en relación a la naturaleza jurídica de los espon-
sales y así podemos observar, que en un mismo país, por ejemplo
Francia haya autores que sostienen que los esponsales son un con
trato, mientras que otros se inclinan por pensar que los esponsa
les son un simple hecho.

Reforzando lo anteriormente dicho, un fallo de la Corte de
Paris, de noviembre de 1957, basándose en que los esponsales no

son un contrato, sino un hecho, ha admitido toda clase de pruebas, tendencia esta a la que se encuentran adheridos prestigiosos juristas franceses y que se adoptò en el Anteproyecto de Reformas, aùn cuando todavìa no es una soluciòn unànime de los tribunales, ya que hay cortes que exigen principio de prueba por escrito.

La presente teorìa del hecho social al no reconocer el caràcter civil de la obligaciòn de los esponsales, cae en la misma inconsecuencia de la teorìa de la obligaciòn natural. LLendo màs allà que la teorìa antes mencionada, sustrae a los esponsales del àmbito del derecho, para reducirlos a una situaciòn social siendo que es un acto de Derecho positivo.

Tan es asì de ilògica, que el propio Lehmann, uno de sus seguidores màs destacados, ha renunciado a ella adhiriéndose a la doctrina de Derecho de Familia.

4.3 TEORIA DEL HECHO ILICITO

Se encuentra inmersa la presente teorìa entre las teorìas extracontractuales, varios tratadistas ven el fundamento de la indemnizaciòn del daño culposo en la existencia de un acto ilícito, a saber, la negativa sin justo motivo a cumplir la promesa cuya ilicitud radica en que semejante negativa se opone a una declaraciòn de voluntad previamente manifestada.

Asì escribe de Ruggiero que:

" La obligaciòn de resarcir los gastos nace solamente cuando exista una injusta negativa de contraer las nupcias, y en esta negativa injusta reside lo ilícito, no ya en la negativa por sí misma que en principio constituye un hecho lícito."

La sola ruptura de la promesa de matrimonio no conlleva una culpa aquiliana, puesto que la ley otorga a los novios amplia libertad de desistimiento. No obstante, en vista de que esa liber-tad "debe entenderse -agrega De Ruggiero- conferida con la limitaciòn de que la promesa no haya provocado gastos orientados a la celebraciòn del matrimonio ", por lo cual se tiene que con-cluir aquí en la culpa extracontractual o aquiliana.

Al mismo criterio se adhiere Arturo Carlo Jemolo después de plantear las distintas tesis que pretenden dar cuenta de la esencia jurídica de los esponsales para rechazar la teoría contrac-tual y para disentir a continuaciòn, energicamente de la tentativa de trasladar por entero el instituto matrimonial al dominio del Derecho público, desvinculandolo del Derecho privado. A este último respecto, Jemolo sostiene en contra de la concepciòn de Cicu, que el matrimonio se halla dominado por la necesidad de amor recíproco y por el principio de la libertad de arrepen-timiento, lo que garantiza la plena confluencia de voluntades, ga-rantía que también persigue respecto de los esponsales, la liber-tad de desistimiento antes mencionada.

En atenciòn a lo anteriormente expuesto, Jemolo se inclina

a contemplar en el incumplimiento de la promesa matrimonial un hecho ilícito extracontractual. Y estima que la obligación aquiliana de resarcir se desprende del comportamiento culposo y de la causación de un daño que importa la disolución sin justa causa del pacto concertado.

La presente teoría, no explica sin embargo satisfactoriamente, como de un acto lícito -la ruptura de la promesa de matrimonio- puede surgir un hecho ilícito, sobre todo configurado a través de una culpa aquiliana.

Por otra parte, " no concuerda con la aplicación de las reglas sobre los vicios de la voluntad como el error, el dolo y la violencia, ni sobre los vicios de los negocios jurídicos como la reserva mental bilateral o simulación; tampoco armoniza con aquellas reglas que deciden la eficacia del negocio celebrado con declaración de voluntad no seria (jocandi causa), como observa con razón Spota y para rematar su crítica añade este autor que las exigencias legales del Código italiano sobre la capacidad de concertar los esponsales:

" màs hablan de una convención cuyo injusto quebrantamiento acarrea una responsabilidad no aquiliana que un supuesto acto ilícito." (32)

Rojina Villegas apoya la tesis anterior considerando que

32 Ibid., pp. 244-245.

existe un hecho ilícito sancionado por la ley cuando se violan los esponsales lo que quiere decir que las consecuencias no se producen por los esponsales en si, sino por el hecho ilícito en el que se incurre. (33)

4.4 TEORIA DE LA OBLIGACION EX LEGE.

Esta tesis es conocida comunmente como teoría de la obligación ex lege, con lo que se quiere decir que la obligación que surge de la promesa de matrimonio la impone directamente la ley por razones de equidad.

Este punto de vista rechaza por principio cualquier tipo de responsabilidad contractual. Pero, en vigor, al ver en la ley fuente exclusiva de la acción indemnizatoria, rechaza también la responsabilidad aquiliana, por cuanto la indecisión de incumplir la promesa, aún sin mediar justo motivo, no puede constituir un hecho ilícito.

Partidarios de la obligación ex lege, son Azzariti, Barasi, Ferrara, Santoro-Passarelli, Gangi, Ferrara Santamaria y otros. Se puede sintetizar este criterio valiéndonos del claro resumen que Jemolo hace de los conceptos de Ferrara Santamaria.

Para éste, según Jemolo, la promesa de matrimonio sería el presupuesto de mero hecho de una garantía jurídica que adquiere

33 Rojina Villegas, Rafael, Derecho civil mexicano, México, Editorial Porrúa, 1987, 7a. ed., Tomo II, p. 215.

importancia para el derecho cuando dicha garantía es violada sin justo motivo; la ruptura injustificada del compromiso sponsalicio daría lugar a una responsabilidad que no es contractual, pero la ajuricidad de la relación, y que no se puede decir que nazca de un delito civil, aunque esté más próximo a la responsabilidad extracontractual que a la contractual; pero que si se debe considerar ex lege en vista de que surge de una reglamentación jurídica que ha dado la ley a una situación que no es ni negocio ni hecho ilícito. (34)

Gangi cree que es mejor ver " la obligación de resarcimiento como una obligación extracontractual que nace no ya de un hecho ilícito, sino de la ley" , la cual prescribe por razones de equidad, ese obligación dentro de los límites fijados por ella misma. Y añade:

" Se tendría aquí uno de aquellos casos en que el ejercicio de un derecho (el receso de la promesa representa, en efecto, el ejercicio de un derecho) esta acompañado por razones de equidad de la obligación de reparar el daño consiguiente a tal ejercicio."

Una de las críticas más poderosas contra la teoría de la

34 Jemolo, Arturo Carlo, El matrimonio, Buenos Aires, EJEA, 1954, pp. 69-70.

obligación ex lege es que pasa por alto el acuerdo de voluntades que constituye la recíproca promesa de casarse, es decir, un convenio de Derecho de Familia, acuerdo que es el que se viola con la negativa a cumplir la promesa y del cual surge la acción resarcitoria, aún cuando la ley fije los términos de su alcance.

En otras palabras, no es la ley la que hace que surja la obligación de resarcir sino la ruptura injusta del convenio de Derecho de Familia que los esponsales son, lo cual, por supuesto, no es obstáculo para que las diferentes legislaciones determinen los límites de dicha obligación.

Ferrara Santamaria participa de la misma opinión, pero trata de explicarla más concisamente; dice que:

" La promesa de matrimonio es el presupuesto de hecho de una garantía jurídica que adquiere relevancia jurídica cuando es injustamente violada, de modo que da lugar a una responsabilidad ex lege, surgida de una reglamentación legal de una situación que no es ni negocio jurídico, ni acto ilícito."

35 Ferrara Santamaria, La promesa de matrimonio, Nápoles, EDIAR, pp. 313-321.

4.5 TEORIA DE LA CULPA IN CONTRAHENDO.

La doctrina de la culpa in contrahendo, creada a mediados del siglo pasado por Ihering, el más ilustre de los juristas del siglo XIX, tiene necesidad de considerar al objeto de la promesa, el matrimonio, como un contrato jurídicamente eficaz; pero solo hasta que emerja la culpa " in contrahendo " , es decir, que uno de los aceptantes se aparta sin causa grave del arreglo conducente a contraer el futuro contrato de matrimonio, objeto de la promesa concertada por ambas partes.

La teoría de la culpa in contrahendo ha conocido partidarios de renombre. Así Scheurl y Jacobi en Alemania, después Ihering, Demogue y Leduc en Francia; Dusi, Coviello, Borsetto y otros autores en Italia, país en donde ha tenido mayor número de seguidores. (36)

Lo último no deja de resultar extraño, por cuanto que en Italia la ley priva a la promesa de matrimonio de eficacia vinculativa, y con esta base, contraria a la responsabilidad contractual, no es difícil refutar la teoría que nos ocupa.

Una objeción principal a esta teoría es aquella que revela que del carácter contractual del matrimonio extraen los esposales el suyo de pactum de contrahendo.

De esta suerte, la culpa que nace de la ruptura del pacto,

36 Novara, Giampaolo, La promesa de matrimonio, Génova, Ediciones L.V.P.A., 1950, pp. 310-313.

equivaldría a la engendrada por la revocación de una propuesta (la del matrimonio) que tendría su fundamento en la obligación de contraer nupcias.

Pero no se esta frente a una verdadera propuesta de matrimonio, puesto que su aceptación no configura el matrimonio mismo, sino simplemente la mera promesa de futuro matrimonio; ni es tam poco aplicable el concepto de culpa, tratándose del uso legítimo de la facultad de retirarse, y con ello, invalidar un pacto que por otra parte, carece moderadamente de obligatoriedad.

Resumiendo el falso presupuesto de que parte la teoría de la culpa in contrahendo, es que los esponsales son los preliminares de un contrato y no una declaración de voluntad común.

En efecto los esponsales constituyen un acuerdo libre de contraer matrimonio y este acuerdo solo puede lograrse si es ajeno a todo vicio de consentimiento. (37)

4.6 TEORIA DEL PRECONTRATO O ANTECONTRATO.

Bajo este breve encabezado se agrupan todos los criterios doctrinales que ven un anteccontrato, un precontrato y un contrato preliminar o preparatorio en la promesa de matrimonio: es decir, un anticipo o antecedente necesario del matrimonio, aún

37 Hurtado González, Moisés, Op. cit., pp. 252-253.

cuando no con la naturaleza precontractual del vínculo sponsalicio a la índole contractual del matrimonio, negocio jurídico del cual depende la existencia misma de aquel, por ello se dice que los sponsales no pueden estimarse " como un negocio autónomo, sino únicamente como la etapa preliminar de otro negocio: el matrimonio. (38)

La acción resarcitoria surge, de acuerdo con esta teoría, de la culpa precontractual en que incurre el promitente que desiste del compromiso de casarse sin motivo serio. Bien mirado, pues, la culpa precontractual pertenece al ámbito categorial de la responsabilidad contractual.

Aunque la mayoría de los defensores de este criterio son italianos también se cuentan entre ellos algunos juristas españoles y franceses.

De los españoles podemos mencionar, por ejemplo, a De Diego, que afirma resueltamente que los sponsales:

" en su naturaleza son un convenio...un contrato accesorio y preparatorio del matrimonio, pero que no conduce necesariamente a éste, son una imagen anticipada del matrimonio, sin la intensidad ni la extensión de efectos de éste." (39)

38 Novara, Giampaolo, Op. cit., p.37.

39 Clemente de Diego, Felipe, Instituciones de derecho civil español, Madrid, Imprenta Juan Pueyo, 1930, p.355.

"Entre los franceses destacan Merlin y Toullier, quienes opinan que el matrimonio es un contrato sometido a las reglas del Derecho común y la promesa un antecrtrato válido que obligaba al pago de daños y perjuicios por su incumplimiento injustificado en virtud del artículo 1142 del Código civil francés, criterio que condenò para siempre la Corte de Casación es sus sentencias de 30 de mayo y 11 de junio de 1838." (40)

La crítica de la teoría precontractual corriò a cargo entonces de Laurent, para quien el matrimonio se halla fuera del comercio jurídico y, por tanto, no puede ser objeto de una obligación de hacer, cual es la que engendra la promesa de matrimonio.

Pero la más reciente crítica es la de Planiol y Rouast estos autores juzgan inaceptable la tesis del antecrtrato al afirmar que:

" El matrimonio no es un puro contrato, sino una institución a la cual se adhiere la voluntad de los esposos con toda libertad." (41)

Y en España sustentan parecidas ideas Clemente de Diego y Gubern Salisachs; el primero expresa que son un contrato acceso-

40 Ferrer, Francisco, M., " Los sponsales en el derecho civil argentino y en la legislación comparada", Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Argentina, Números 78-79, 1954.

41 Ibid., pp. 48-50.

rio y preparatorio del matrimonio, que no conduce necesariamente a este, y el segundo afirma que son un contrato natural o sui generis, pues de ellos no deriva ni siquiera indefectiblemente el resarcimiento por falta de cumplimiento, sino una obligación natural de celebrar el matrimonio.

4.7 TEORIA DEL ACTO JURIDICO BILATERAL.

Otra posición es la que ve en los esponsales un negocio jurídico bilateral o acto jurídico bilateral, según se adopte -respectivamente- la terminología alemana, italiana y española o bien francesa y argentina.

En Italia esta posición es sustentada por Tedeschi, quien entiende que el fundamento de la obligación de resarcir es negocial, aunque no contractual por la limitación del artículo 1321 del Código civil italiano, que reduce la noción de contrato al campo patrimonial.

En España participan de esta opinión Puig Brutau, Bonet y Díez Picazo y Ponce de León. Afirma Puig Brutau que los esponsales, además de ser un negocio social y privado, también constituyen un negocio jurídico, en la limitada medida en que sus efectos pueden producirse en este sector; no obsta a ello la circunstancia de que las parejas se prometan sin pensar en las consecuencias jurídicas del acto, ya que ello también ocurre en negocios específicamente jurídicos, y tampoco es obstáculo que las consecuencias sean distintas de la obligación sumida, pues lo

mismo ocurre en los precontratos.

Bonet dice que son un negocio jurídico bilateral porque exigen el acuerdo de dos voluntades, e inclusive un contrato accesorio y preparatorio del matrimonio, aunque no conduzcan necesariamente a él porque la legislación limite los efectos de la violación de la promesa a la esfera patrimonial.

Pavón los cataloga de acto jurídico bilateral y entre los actos jurídicos bilaterales los enuncia Díaz de Guijarro.⁽⁴²⁾

4.8 TEORIA DEL SIMPLE ACTO LICITO.

Para Barbero la promesa de matrimonio no constituye un negocio jurídico (acto jurídico) sino un simple acto lícito, porque la intención manifestada por las partes -la de contraer matrimonio o aún la de pagar una pena en caso de no contraer dicho matrimonio- no es jurídicamente exigible, pero a pesar de ello la ruptura produce efectos extraños a esa intención (restitución de regalos y resarcimiento de daños) efectos que no serían "negociales".

Hoy cualquiera que sea la intención de los promitentes, no producen obligación jurídica alguna de contraer matrimonio, ni de ejecutar lo que se hubiese convenido para el caso de incumpli-

42 Citados por Belluscio, Augusto Cesar, Op. cit., p. 201.

miento (artículo 79).

Lo cual, si por una parte esta justificado a fin de dejar a los futuros cónyuges, ante la indisolubilidad del vínculo matrimonial, plena libertad de deliberar hasta el instante en que se pronuncie irrevocablemente el " sí " sacramental, por otra, y precisamente por eso, avala nuestra tesis de que la " promesa bilateral del matrimonio " , a pesar de las apariencias no es un "negocio " sino un simple " acto jurídico " . (43)

En relación a esta su naturaleza se despliega su eficacia.

4.9 TEORIA DEL NEGOCIO SOCIAL O PRIVADO.

Según La Cruz, debe distinguirse entre la intención de los promitentes y la valoración jurídica de su resultado.

En el primer aspecto hay un acuerdo de voluntades que desde el punto de vista social no difiere de la conducta seguida para concluir un negocio jurídico; sería, pues, un " negocio de la vida privada " o un " negocio social " , pues en el orden social su eficacia es concorde con la voluntad convenida.

En el orden jurídico, en cambio, el hecho social de los esponeales es tenido en consideración no como negocio sino, en determinadas condiciones formales, como parte constitutiva de la

43 Barbero, Domenico, Sistema de derecho privado, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1976, pp. 25-26.

causa típica de una obligación determinada. (44)

" Negocio social " deciden La Cruz y Sancho Rebullida, siguiendo a Betti y Novara, en base a ser una convención cuya órbita de actuación está reducida al ámbito social y carece de efectos jurídicos.

Ello es cierto, pero es innegable que se trata de un acuerdo de voluntades regulado legalmente, y esta circunstancia exige una concreción de sus esencias jurídicas.

Delgado Echeverría, matiza este concepto, siguiendo a Finocchiaro, afirmando que: se trata de un " negocio irrelevante".

Indiferente para el Derecho, pero lícito, por no prohibido, regulado solo por la moral, la costumbre y las convenciones sociales. (45)

Negocio jurídico dicen otros, y es muy cierto, pues todo acuerdo de voluntades pertenece jurídicamente al género " negocio jurídico ". Candian concreta que se trata de un negocio jurídico de contenido preparatorio, al cual el ordenamiento, por la naturaleza de la obligación, desconoce eficacia vinculativa, haciendo derivar solo consecuencias de la hipótesis del incumplimiento injusto. (46)

44 Citados por Belluscio, Augusto Cesar, Op. cit., p. 202.

45 Entrena Klett, Carlos M., Op. cit., p. 242.

46 Ibid., p. 243.

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

PRIMERA. Los esponsales deben su origen al matrimonio por compra desarrollándose dentro del régimen de relaciones familiares del Derecho romano, pero solo eran accesibles a los ciudadanos romanos.

SEGUNDA. La promesa de matrimonio era conocida como sponsalia, ya que se realizaba por medio de la sponsio, figura jurídica religiosa mediante la cual se daba valor jurídico a la palabra y era solo aplicable como garantía de una obligación contraída verbalmente; es decir, tenía el carácter de un contrato consensual, en el que ambas partes prometen lo mismo, pero no se subordinan a la obligación principal.

De ahí toman su definición sponsus para el novio y para la novia sponsa.

TERCERA. En la actualidad ha cambiado el carácter consensual de la promesa de matrimonio por el de formal, ya que en la mayor parte de las legislaciones se requiere para que sea válida, que conste por escrito, tal y como lo establece en nuestra legislación el artículo 139 del Código civil para el D.F. Debido a esto los esponsales han perdido interés en nuestra sociedad.

CUARTA. Algunos tratadistas entienden que los esponsales origi

nan una situació de hecho (teoría del hecho) .

En este sentido se pronuncian Mesner, Jacobi, Titze, Kohler, entre otros.

QUINTA. El sector más importante de la Doctrina entiende que la promesa de matrimonio encierra un vínculo de naturaleza contractual (teoría del contrato). Ciertamente es que ella no causa todos los efectos propios de los contratos y, sobre todo, la vinculación que establecen es simplemente relativa; pero ello no autoriza a eliminar terminantemente el carácter contractual de los esponsales, pues, en primer lugar, no todos los contratos producen los efectos generales de la contratación; y, en segundo término, si se excluye el carácter contractual de los esponsales, apenas si habría base para justificar la pretensión de resarcimiento de gastos.

SEXTA. Partiendo de la teoría contractual, los autores discuten, si los esponsales son un contrato que actúa solo dentro de Derecho de Obligaciones o si su naturaleza es la de un contrato de Derecho de Familia.

SEPTIMA. Siendo los esponsales la promesa válida de futuro matrimonio, es claro que quedará cumplida la prestación que los mismos suponen desde el momento en que el matrimonio quede validamente celebrado.

ACTAVA Es de fundamental importancia que se unifiquen los criterios doctrinarios respecto de la naturaleza jurídica de los esponsales, ya que, dependiendo de esta su naturaleza, serán los efectos que de ella deriven por razón de incumplimiento.

NOVENA. En base al estudio realizado en el presente trabajo puedo decir, que desde mi punto de vista, los esponsales son un contrato de naturaleza mixta, pues por una parte son un contrato de Derecho de Obligaciones, ya que originan una obligación de hacer: los prometidos se obligan a contraer matrimonio entre ellos, determinando el incumplimiento una pretensión de indemnización; pero por otra parte, su contenido, su objeto directo: el matrimonio, pertenece al Derecho de Familia, ya que éste no sólo se caracteriza por constituir relaciones de familia, sino por producir consecuencias relativas a la formación, modificación y disolución de este organismo.

B I B L I O G R A F I A

- BAQUEIRO ROJAS, Edgar y BUENROSTRO BAEZ, Rosalía, Derecho de familia y sucesiones, México, Editorial Harla. 1990, 2a. ed., 320 p.
- BARBERO, Domenico, Sistema de derecho privado, Argentina, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1976. 384 p.
- BELLUSCIO, Augusto Cesar, Derecho de familia, Argentina, Ediciones De Palma, 1979.
- BONNECASE, Julien, Elementos de derecho civil, México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1985, 590 p.
- CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, Instituciones de derecho civil español, Madrid, Imprenta Juàn Pueyo, 1930, 520 p.
- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA, Tomo IX, Argentina, Industrias Gráficas del Libro, 1979.
- ENNECCERUS-KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, Derecho civil, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1953, Tomo IV, 465 p.
- ENTRENA KLETT, Carlos, Matrimonio, separación y divorcio, España, Editorial Civitas, 1982, 385 p.

- ESPAÑA, Juàn, Leyes de Manù (versión castellana), Madrid, Editorial Bergua, 1942, 502 p.
- FERRARA, Santamaría, La promesa de matrimonio, Nàpoles, EDIAR, 1940, 520 p.
- FERRER, Francisco M., " Los esponsales en el derecho civil argentino y en la legislación comparada", Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Argentina, Nùmeros 78-79, 1954.
- GOLDSTEIN, Mateo, Derecho hebreo a través de la Biblia y el Talmud, Buenos Aires, Editorial Logos, 1943, 552 p.
- HURTADO GONZALEZ, Moisés, " Los esponsales, naturaleza jurídica", Revista de la Facultad de Derecho de México, Nùmeros 105-106, enero-junio, 1974.
- IBARROLA, Antonio de, Derecho de familia, México, Editorial Porrù, 1984, 385 p.
- JEMOLO, Arturo Carlo, El matrimonio, Buenos Aires, EJEA, 1954, 483 p.
- JOSSERAND, Louis, El problema jurídico de la ruptura de esponsales, Francia, Editorial Chronique, 1927, 321 p.
- KIPP, Theodor y WOLFF, Martin, Derecho de familia, España, Bosch Casa Editorial, 1958, 445 p.

LEVAGGI, Abelardo, " Esponsales, su régimen jurídico en Castilla, Indias y el Rio de la Plata hasta la codificación", Revista del Instituto de Historia del Derecho, Argentina, Número 21, 1970.

MAGALLON IBARRA, Mario, " Esponsales ", Revista de la Facultad de Derecho de México, México, Números 69-70, enero - junio 1968.

MAZEAUD, Henri, La lesión de un interés legítimo, jurídicamente protegido condición de la responsabilidad civil. Francia, Ediciones Chronique, 1954, 390 p.

MONTERO DUHALT, Sara, Derecho de familia, México, Editorial Porrúa, 1990, 320.

NOVARA, Giampaolo, La promesa de matrimonio, Génova, Ediciones L.V.P.A., 1950, 497 p.

OLIVA VELEZ, Horacio Alberto, " Los juicios por ruptura de esponsales en los EE. UU. de N. América (breach-of-promise suits), La Ley, Argentina, Tomo 59, julio-agosto-septiembre de 1950, 8 de agosto, pp. 1-3.

PLANIOL, Marcel y RIPERT , Georges, Tratado elemental de derecho civil, México. Cárdenas Editor y Distribuidor, 1983, 463 p.

- PUIG PEÑA, Federico, Explicación històrica de la Instituciones del emperador Justiniano, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1947, 465 p.
- REBORA, Juàn Carlos, Instituciones de la familia, Argentina, Editorial Guillermo Kraft Ltda, 1945, 271 p.
- RODRIGUEZ-ARIAS, Lino, Esponsales, Ediciones Jurídicas Europa-América, 1961, 418 p.
- RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, Tratado de derecho civil, Argentina, Editorial La Ley, 1963, 484 p.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de derecho civil, México, Editorial Porrúa, 1982, 537 p.
- , Derecho civil mexicano, México, Editorial Porrúa, 1987, 525 p
- SANCHEZ MEDAL, Ramòn, De los contratos civiles, México, Editorial Porrúa, 1988, 608 p.
- VON TUHR, Jean, " La promesa de matrimonio", Revista Internacional de Derecho Comparado, Francia, Número 15, 1954, p. 272.
- WESTERMARCK, Jean, Historia del matrimonio, Buenos Aires, Editorial de Estudios Legislativos, 1946, 579 p.

L E G I S L A C I O N

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL Y TERRITORIO DE LA BAJA
CALIFORNIA DE 13 DE DICIEMBRE DE 1870.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1884.

LEY DE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMUN, Y PARA
TODA LA REPUBLICA EN MATERIA FEDERAL VIGENTE.