

87850919
2g.

UNIVERSIDAD NUEVO MUNDO

ESCUELA DE DERECHO



"LA INEFICACIA DE LOS ESPONSALES"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

LEONILA ELIZABETH PEREZ CRUZ

ASESOR: LIC. ELIZABETH CARD MENDEZ

NAUCALPAN DE JUAREZ, ESTADO DE MEXICO.

1999

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

273446



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

A MI MADRE:

POR QUE CON SU AMOR Y SU APOYO, ME HA
ALENTADO PARA ESCALAR OTRO PELDAÑO DE MI FORMACIÓN
PROFESIONAL.

A MI PADRE:

POR QUE CON SU EJEMPLO, SU AMOR, SU
PACIENCIA Y A VECES HASTA CON REGAÑOS, HA SABIDO
GUIARME POR EL CAMINO CORRECTO PARA PODER
ALCANZAR ESTE TRIUNFO QUE ES MÁS DE EL QUE MIO.

A MIS HERMANOS:

MIGUEL ANGEL Y SERGIO POR SU CARIÑO Y
POR ESTAR SIEMPRE CONMIGO.

A LA LIC. ELIZABETH CARD MENDEZ:

POR SU APOYO Y ASESORÍA PARA LA
REALIZACIÓN DE ESTE TRABAJO.

AL LIC. J. ADALBERTO LOPEZ RUISECO:

POR BRINDARME SU APOYO PARA LA
CULMINACIÓN DE MIS ESTUDIOS PROFESIONALES.

2.

INDICE.

PÁGS.

INTRODUCCIÓN

I

CAPÍTULO 1. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LOS ESPONSALES.

1.1. SISTEMA JURDÍCO ROMANO	1
1.2. SISTEMA JURDÍCO EN LA EPOCA CLASICA	5
1.3. SISTEMA JURDÍCO GERMANICO	11
1.4. SISTEMA JURDÍCO CANONICO	13
1.5. SISTEMA JURDÍCO FRANCES	14
1.6. SISTEMA JURDÍCO ITALIANO	17
1.7. SISTEMA JURDÍCO ESPAÑOL	19
1.8. SISTEMA JURDÍCO LATINOAMERICANO	22
1.9. SISTEMA JURDÍCO MEXICANO	24

CAPÍTULO 2. LOS ESPONSALES.

2.1. CONCEPTO	29
2.2. NATURALEZA JURIDICA	35
2.3. REQUISITOS PARA CELEBRAR ESPONSALES	57
2.4. EFECTOS DE LOS ESPONSALES	69.
2.5. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN	77

CAPÍTULO 3. LA INEFICACIA DE LOS ESPONSALES.

3.1. CONCEPTO DE EFICACIA	80
3.2. LOS ESPONSALES Y SU INEFICACIA	94
3.2.1 CAUSAS DE INEFICACIA DE LOS ESPONSALES	94
3.2.2 EFECTOS DE LA INEFICACIA DE LOS ESPONSALES	97
3.3. DERECHO OBJETIVO Y SUBJETIVO	98
3.4. DERECHO POSITIVO Y VIGENTE	117
CONCLUSIONES	123
BIBLIOGRAFIA	128

INTRODUCCION.

Dentro de nuestra sociedad el matrimonio representa la celula fundamental de la familia.

En nuestro sistema jurídico existe una figura denominada Esponsales que consiste en una promesa por escrito de matrimonio y pactada entre los futuros consortes.

No obstante de que se encuentre debidamente normada esta institución, esta se va a encontrar en desuso por diversas circunstancias de la sociedad, por tal motivo en el presente trabajo además de hacer un analisis profundo de la misma se propone la derogación de los esponsales, en atención de que es una institución que carece de aplicabilidad en la sociedad mexicana.

CAPITULO I.

ANTECEDENTES HISTORICOS DE LOS ESPONSALES.

La palabra Esponsales proviene de la voz latina *spondeo* que quiere decir promesa, por lo que esponsales significa la promesa de un futuro matrimonio, por tal motivo se les da el nombre de esposo y esposa a los futuros cónyuges, por la promesa que hicieron de celebrar un futuro matrimonio.

Los esponsales eran conocidos y regulados históricamente por casi todos los ordenamientos jurídicos y también han sido recogidos por normas religiosas, éticas y sociales.

Fué el derecho romano quien conoció primeramente sobre la figura de los esponsales, aún antes de que las instituciones civiles adquirieran los formalismos rigurosos de la época preclásica.

En roma, en los tiempos primitivos, los esponsales se celebraban en la forma solemne de la sponsio y constituían un verdadero contrato.

En las ciudades de Lacio, hasta que sus habitantes adquirieron la ciudadanía romana estas promesa tenían plena obligatoriedad jurídica. En el derecho romano de épocas propiamente históricas los esponsales ni producen obligación jurídica de contraer matrimonio, ni tienen señalada forma alguna jurídica para su celebración.

El vínculo que nacía de los esponsales era puramente ético, no jurídico según dictamen de los romanistas más autorizados.

LOS EFECTOS DE LOS ESPONSALES EN ROMA.

- Atribuir acción al prometido contra un tercero que hubiera injuriado a la prometida.

- Atribuirle acción contra la prometida en caso de que ella tuviera después de los esponsales relación sexual con un tercero.

- Atraer el dictorio de infamia sobre quien contrajese nuevos esponsales sin haber roto previamente los anteriores y crear a favor de la prometida wue entregase su dote, los mismos privilegios que correspondían a la legítima esposa después de establecerse el estado matrimonial, y en tiempos de Constantino se estableción que el que rompiera sin motivo la promesa debía perder los regalos que hubiera hecho y restituir los que hubiera recibido.

- Los que estuvieran prometidos con una mujer que no tenía todavía doce años, durante la espera del matrimonio estaban exentos de las penas establecidas para los célibes por las leyes de Augusto.

- La lex Iulia y la lex Papia Poppaea prohibían, además del matrimonio, el noviazgo entre los que pertenecían al rango senatorial, los libertos y los que ejercían el arte burlesco.

- Los que en un mismo tiempo actuaban como novios de varias personas incurrián en la declaración de infamia.

- La prohibición de enajenación por la lex Iuliale fundo dotali se extendía también al fondo constituido en dote por la prometida.

- La prometida que había constituido la dote, estaba en situación de privilegio para la restitución.

- La relación sexual con la prometida de otro es considerado adulterio.

- El asesinato del prometido o de la prometida, o de los futuros yerno y nuera, que tenga lugar por obra de cada uno de ellos, es considerado parricidio.

- Los esponsales constituyen un impedimento para el matrimonio entre uno de los ex-prometidos y los ascendientes y descendientes del otro.

- El magistrado de la provincia tiene la facultad de tomar como mujer a la provincial sometida a su jurisdicción con la que había establecido esponsales antes de asumir su oficio.

- Si los esponsales fueron efectuados antes del nombramiento del sponsus como tutor o curador de la prometida, el matrimonio puede realizarse igualmente.

- Algunos impedimentos que fueron establecidos para el matrimonio se extendieron a los esponsales, como la prohibición para el hijo del tutor de prometerse con la pupila del padre y la prohibición de esponsales entre senadores, hijas de libertos y mujeres de teatro.

1.2.- EPOCA CLÁSICA.

Los esponsales se distinguían claramente del matrimonio en el derecho romano clásico; pero es probable que en su origen representaban el elemento consensual del matrimonio, el compromiso de tomarse por marido y mujer.

En el derecho clásico, los esponsales ya no son obligatorios, los novios pueden desligarse de ellos, por consiguiente los esponsales pueden hacerse por simple convicción y no requieren las formas solemnes de un contrato verbal.

En el derecho romano clásico, los esponsales no obligaban a celebrar el matrimonio, el vínculo que nacía era puramente ético, no jurídico. Sin embargo, dada la orientación del derecho post-

clásico, se introdujo la institución de los *arrahae sponsaliciae* (proviene del derecho semítico ley de Hammurabi, Talmud, Biblia en donde se consideraba que era el precio entregado por la compra de la prometida. Este principio habría sido sostenido por la iglesia para favorecer la fuerza vinculativa de las arras, pero esto afectaba la libre desición de los contrayentes, por las consecuencias economicas que significaba, por esta razón en el derecho moderno están prohibidas, siendo de ningun valor) que se otorgaban los novios. La parte que incumplía la promesa perdía las arras que había entregado a la otra y debía restituir las que tenía recibidas.

Además de las arras esponsalicias existían otras prácticas que fueron bastante generalizadas entre los romanos, tal era el caso del anillo esponsalicio, que constituye un residuo de la antigua compra de la mujer la cual carece de toda eficacia jurídica también existía la figura *osculo nupcial* al que Constantino reconoció el efecto de dar derecho a la novia de retener la mitad de los regalos esponsalicios si el matrimonio no se llegaba a celebrar por muerte del novio. Pero esta última práctica, fué abolida por Valentino, Valente y Graciano, se inspiraba sin duda en ideas de derecho romano.



Por lo que toca a la capacidad se tienen en cuenta los mismos requisitos e impedimentos que se dan en materia de matrimonio.

Cabe todavía que se contraigan los esponsales sin haber alcanzado la pubertad aunque en el derecho Justiniano es preciso tener cumplida la edad de siete años. Nada se opone a que la viuda haga promesa matrimonial sin que haya transcurrido el año de luto.

De acuerdo con los emperadores Graciano y Valentiniano, siguen la concepción de la iglesia, la cual castiga la disolución de los esponsales, con excepción de algunas causas, las cuales establecen que una vez que se da la aceptación por parte de la mujer o, también si es en contra de su voluntad, por parte de la familia, de las arrhae dadas por el sponsus, el compromiso matrimonial esta ya formado; pero si es anulado por parte de la mujer o de sus parientes, las arrhae tienen que ser restituidas en la medida del cuádruplo; pero si la mujer aun no ha cumplido los diez años solo se restituye en medida del simplum; en caso de que uno de los prometidos muera las arrhae se restituyen al simplum, a menos que el prometido muerto, antes de su muerte haya presentado una causa de desistimiento. Si es el prometido quien rompe con los esponsales, pierde las arrhae. En el año 472 los emperadores León y Antemio

reducen al duplum de las arrhae recibidas como importe de la pena que se le impone a la mujer o a sus parientes si deshacen el compromiso matrimonial; si era el hombre quien deshacía el compromiso matrimonial, perdía las arrhae, fueron establecidas algunas iustae causae con las cuales se permitía la anulación no culpable; en el Derecho Justiniano las cuales eran:

a) Impotencia absoluta;
b) Vida inmoral y escandalosa (turpis vel impudica conversatio).

c) Diversidad de religión o de secta;
d) Elección de la vida monástica por parte de uno de los prometidos;

e) La cualidad de praeses de la provincia en la que está domiciliada la prometida, o relaciones de parentela o de servicio con el praeses.

Se discutía mucho en el derecho Justiniano si era admitida o no una generalis iusta causa excusationis, esto era si se podía anular el compromiso matrimonial por otros motivos.

Los esponsales clásicos consisten en dos promesas de matrimonio; siendo las partes que las formulan, el futuro marido o

su paterfamilias y de la otra la esposa, o más frecuentemente el paterfamilias de ésta.

En la época clásica los sponsales fueron un fenómeno puramente social y no jurídico, por lo cual era libremente revocable y no concedían acción alguna para exigir indemnización de perjuicios; incluso en el supuesto de pactarse una cláusula penal se consideraba ésta como inmoral y podía repelerse con la *exceptio doli*. Con el tiempo esta institución adquiere relevancia jurídica, por lo que si bien no obliga a la celebración del matrimonio, produce otros importantes efectos jurídicos. Con esto se afirma el carácter irrevocable que tienen los sponsales, esto se da a partir principalmente de la época de Justiniano, además se establece como sanción de tipo matrimonial la obligación de indemnizar a aquél que sin causa justa se niegue a contraer matrimonio o que de alguna manera da motivo al otro promitente para retirar su promesa.

Aparte de todos estos efectos de carácter patrimonial, habían otros, no con menos importancia, todo esto se daba por la íntima relación que había con la institución matrimonial. Ya en la primera época del Derecho Romano, según Girard, el prometido podía ejercer la *actio injuriarum* por las ofensas dirigidas a la novia se consideraba como adulterio a la cohabitación de ésta con un tercero y dado el caso de que la mujer hubiese entregado bienes al esposo en

concepto de dote, éstos disfrutaban de los mismos privilegios de que si se hubiese celebrado ya el matrimonio. Todo esto se daba como consecuencia de la relación de cuasiafinidad que se establecía entre los futuros contrayentes por el mero hecho de los esponsales, que daban lugar a la prohibición de contraer otros posteriores y otras nupcias, ya que si lo hacían incurrian en el delito de infamia, con esto se llegaba al extremo de considerarlo un impedimento para poder contraer matrimonio entre las familias de los que se vinculaban mediante esponsales.

En el derecho republicano antiguo, existía una acción para reclamar los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de la promesa (no para exigir el cumplimiento).

Los esponsales clásicos tuvieron un carácter social más que jurídico. Cuando se entrega la dote (era un conjunto de bienes que la mujer u otra persona en atención a ella, entregaba al marido para subvenir a las necesidades y gastos que la vida matrimonial supone).

Los esponsales se disuelven por la muerte, por sobrevenir un impedimento opuesto al matrimonio, por el mutuo disenso y por la simple manifestación de voluntad de uno de los novios (repudium). De esta figura hay que distinguir la primera época, en la

que dado el carácter más bien ético o social de los esponsales, no se exigía justificación alguna para la ruptura, de lo posterior en lo cual, salvo causa justa, el rompimiento impone a su autor la obligación de indemnizar.

Se puede decir que los esponsales no eran un requisito previo para la celebración del matrimonio, si no que eran una simple costumbre que se podía llevar a cabo o no.

1.3.- DERECHO GERMANICO.

En Alemania existen rastros todavía de lo que fué el matrimonio por raptó, para ellos la figura de los esponsales era desconocida. Después de que se da el cambio de matrimonio por raptó a matrimonio contractual o matrimonio por compra ya aparece un concepto sobre lo que son los esponsales lo cual se consideraba como un contrato bilateral de derecho de obligaciones este se celebraba antes de la bendición nupcial entre los titulares de la potestad de la mujer llamada *munt* y el novio que obligaba a transmitirla mediante la *traditio puellae*, y al segundo, a tomar como mujer a la novia y a pagar la suma convenida (*meffio*). Más tarde, el

precio quedaba en beneficio de la novia y la cesión de está por su titular al novio constituía la donación.

Los esponsales constituían un acto formal que era celebrado entre los parientes de los prometidos, mediante la tradición simbólica de la novia y con el pago aparente del precio por parte del novio, con la costumbre de fijar por escrito en dicho acto las relaciones patrimoniales entre los cónyuges (fabula firmata).

Dentro de las instituciones familiares y las reales se consideraba que el matrimonio es la traditio sponsae de los esponsales(1). Era el novio quien podía constreñir al promitente a la tradición de la novia, no en base a la promesa esponsalicia, en la que la mujer no formaba parte, sino en la Munt o potestad a la que se hallaba sometida.

De aquí que en el derecho germanico a comparación del romano, los esponsales obligaban a la celebración del matrimonio y con esto daba lugar a una acción dirigida, que se resolvía en la obligación de indemnizar, cuando se incumpliese la promesa sin justa causa.

(1) Vid VON LINGENTHAL, Manuale del Diritto Civile Francese, trad. con notas del Profesor L. Barassi, Pág. 305, Milán, 1908, Vol.III

También era característica de este derecho que se consideraban a los esponsales como parte esencial del negocio de conclusión del matrimonio, produciendo con ello importantes efectos propios del derecho de familia; tales eran, entre otros el que la ruptura de la promesa de matrimonio se consideraba de una manera similar al adulterio; que el novio tenía acción de indemnización contra los terceros que se casaban con la novia, que la raptaran o que le causaran lesiones, el novio estaba obligado a contribuir al rescate de la novia, etc.

1.4.- DERECHO CANÓNICO.

De acuerdo con el derecho de los Decretales y del Concilio de Trento, los esponsales producían en el fuero interno y en el externo, la obligación de contraer matrimonio, pero el Código Canónico vigente dispone que la promesa de matrimonio, aunque sea válida y no haya causa alguna excusé de cumplirla, no da acción para pedir la celebración del matrimonio, sino únicamente para exigir la reparación de daños en el caso de que existan.

En derecho canónico los esponsales tanto aluden a la promesa mutuamente entre los novios como la promesa que en forma solemne otorgan los novios ante el sacerdote que los declara unidos.

Ni en el derecho antiguo español, ni en el derecho canónico, esta obligación ha sido coactiva, por las consecuencias que la ejecución forzada de la promesa entraña para ambos cónyuges.

1.5.- DERECHO FRANCÉS.

En el derecho antiguo Francés, por lo menos a partir del siglo XVI, se distinguía el matrimonio de los esponsales, siendo que estos últimos constituían un contrato válido que producía importantes efectos jurídicos, a pesar de que no existía la obligación de contraer matrimonio. Los efectos en este derecho eran de carácter patrimonial ya que destacaba la obligación de resarcimiento de daños-intereses en caso del incumplimiento injustificado a cargo del consorte culpable. No era admitida la estipulación de cláusula penal, pero sí podían 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 y presentes de bodas que se habían hecho.

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

La competencia sobre la existencia y validez de la promesa era atribuida a los tribunales eclesiásticos. En caso de que no se dieran los esponsales estos tribunales, sin embargo, sólo tenían atribuciones para imponer una censura eclesiástica como podía ser penitencia, plegarias, limosnas, etc.

Hay que mencionar que en el Código Civil Francés no se regula la promesa de matrimonio; por lo que la cuestión surge en la doctrina y en la Jurisprudencia sobre los efectos que se puedan producir. Algunos autores como Toullier y Merlin, opinaron que la promesa recíproca de futuro matrimonio daba origen a una obligación contractual, esta manera de pensar fué adoptada por cierto número de sentencias de Cortes de Apelación, si bien la Corte de Casación fué siempre contraria a ella, condenándola definitivamente en las sentencias del 30 de mayo y 11 de junio de 1838, en el sentido de que el solo incumplimiento de la promesa no da lugar a responsabilidad contractual ya que los esponsales no son un contrato válido; esto

puede dar lugar, tomando en cuenta los requisitos del caso, a responsabilidad delictual, ya que la promesa de matrimonio no puede por sí misma motivar a una condena de daños y perjuicios ya que atentaría indirectamente a la libertad de matrimonio.(2)

Laurent se pronuncia en contra de la naturaleza contractual de los esponsales, considerando en las equivocadas opiniones de Toullier y Merlin que tienen que ver con la confusión de considerar al matrimonio como un contrato regulado por reglas del derecho común, ya que "una promesa de matrimonio no es una promesa hecha por un deudor a un acreedor", ya que es un contrato civil, especial y solemne, que tiene las características de una institución que afecta al orden público y en donde la voluntad de los esposos se adhiere libremente a principios establecidos.

La jurisprudencia más reciente ha insistido en la tesis de la responsabilidad delictual, ya que determina que la promesa de matrimonio por ella misma no produce ningún efecto, ni tampoco impide la celebración de otro matrimonio, ni su violación justifica una acción de daños y perjuicios, todo esto en base a la responsabilidad "Que todo hecho ilícito que ha causado a otro un perjuicio, obliga a su autor a repararlo".

(2) COLIN Y CAPITANT, Curso elemental de Derecho Civil, traad. española, 2ª ed., t.I, pág. 211, Edit. Reus, Madrid 1941

1.6.- DERECHO ITALIANO.

En el derecho histórico italiano en el código Albertino en su artículo 107 y en el napolitano en el el 148, se establecía que en caso de ruptura injustificada de los esponsales se originaba en favor del esposo inocente una acción para exigir resarcimiento de los daños. En el código civil de 1865, se asienta el principio de que "la promesa recíproca de futuro matrimonio no produce la obligación legal de contraerlo ni la de cumplir lo que se hubiere pactado en previsión del incumplimiento de la misma" (art.53), y únicamente va a establecer como sanción, "la de reembolsar a la otra parte de los gastos hechos por causa del futuro matrimonio (art.54), exigiéndose como requisitos para ello los siguientes:

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

2°) Que esta promesa se consigne por escrito en documento público privado;

3°) Que la ruptura no obedezca a una justa causa; y

4°) Que la acción sea ejercida oportunamente, o sea, dentro del año a partir del conocimiento del hecho que motiva la ruptura o del fallecimiento del otro contrayente".

En el nuevo código civil de 1942, se mantiene en sustancia los mismos principios de que fué abrogado. En efecto, se dispone que la promesa de matrimonio no obliga a contraerlo y a exigir lo que fuese convenido para el caso de que haya incumplimiento (art. 79); aplicándose esta norma tanto a la 'rómesa recíproca o bilateral cuanto a la unilateral.

En el artículo 81 se reproduce la doctrina anterior en materia de resarcimiento de gastos, tanto en el supuesto de la negativa por parte del culpable o de que éste haya dado motivo al otro para romper la promesa. En el nuevo código se establece que el promitente puede demandar la restitución de las donaciones hechas por razón de la promesa del matrimonio, si éste no ha sido contraído (art.80).

En la doctrina también se hace mención de la naturaleza jurídica de la obligación de indemnizar los gastos,

pareciendo predominar la posición que se funda en la culpa contractual.

1.7.- DERECHO ESPAÑOL.

En España, desde la época del Fuero Juzgo, se llegó a forzar la voluntad de que las partes para que se llevara a cabo el cumplimiento de la promesa, salvo existiera una excusa justificada. Esta materia era prevista por el Código en el título I, libro III, ley 3a., en la que se exigía que los esponsales se realizaran en escritura o de lante de testigos, entregándose también el anillo o sortija a la esposa, y que una vez llevado a cabo, no se podía de ninguna manera quebrantar la promesa o romperse el contrato, si la otra parte no daba su consentimiento.

En el Fuero Real, ley 10, título I, libro III se disponía: "Si alguno prometiére por palabra o por jura que se casaran con uno con otro, sean tenido de cumplir". Las partidas definen a los esponsales como "prometimiento que fazen los omes por palabra quando se quieren casar" (Partida 4a, ley 1a, tit. I). Este Código identificaba a los esponsales de presente con el verdadero matrimonio, estableciendo que los "desposorios se fazen de dos

maneras. La una de ellas se hace por palabras que muestran el tiempo que es presente. La segunda de estas dos maneras más de casamiento que de desposorios" (4.1,2). Se consideraba también que la promesa de futuro matrimonio era parte integrante del acto de conclusión del mismo; a este respecto se decía; "los casamientos empiezan por los desposorios y tienen su complemento en la unión carnal de los casados".

De acuerdo con la ruptura unilateral de la promesa las Partidas consideraban como causa justa del rompimiento las siguientes: " 1) Entrar en religión, 2) Ausentarse tres años, 3) Hacerse gafo, contrahecho o sufrir otra imperfección, 4) Unión carnal con pariente del otro, 5) Mutuo disenso, 6) Infidelidad, 7) Esponsales de presente celebrados, 8) Rapto de mujer casada, y 9) Falta de edad". Tomando en cuenta la doctrina canonica romana, se establece la libertad de forma, se consagra el impedimento de pública honestidad y las arras. En esta época se da un carácter más bien eclesiástico que civil, ya que se reconoce la jurisdicción en esta materia.

En la pragmática del 23 de marzo de 1776 (ley 9a, tit.II, lib. X de la Novisima Recopilación) existía el requisito que para que los menores pudieran celebrar esponsales se tenía que pedir autorización al consejo y además el consentimiento del padre o de la

madre, ya en la del 10 de abril de 1803 (ley 18, tít. II, lib. X de la Nov. Recop.) se ordenó la inadmisibilidad de demandas relativas a los esponsales cuando estos no hayan sido celebrados por personas hábiles para contraerlos por sí mismas. Estas últimas demandas tenían como requisito de forma que se le otorgase en escritura pública, bajo pena de nulidad.

Ya en el proyecto de Código Civil de 1851 esta institución ya era contraria, ya que en el artículo 47 se manifestaba: "Que la Ley no reconoce esponsales de futuro. Ningún tribunal civil ni eclesiástico admitirá demanda sobre ellos".

La ley de matrimonio civil de fecha 18 de junio de 1870, en su artículo 3º, suprimió esta institución, al disponer que no producían obligación alguna cualquiera que fuera la forma y solemnidades utilizadas y las cláusulas penales que se determinaran; pero de nuevo se adquirió validez parcialmente cuando el Real Decreto del 9 de febrero de 1875, derogó la ley anterior en lo relativo a los efectos eclesiásticos, aunque siguió en vigor para las personas que no profesaban la religión católica.

De acuerdo con el Código Civil de 1889 que está inspirado en el Código Italiano de 1865, establece esta materia en los artículos 43 y 44 que a la letra dicen: "art. 43: Los esponsales de

futuro no producen obligación de contraer matrimonio. Ningún tribunal admitirá demanda en que se pretenda su cumplimiento (civ., 1326; Cód. can., 1027)". "art. 44. Si la promesa se hubiera hecho en documento público o privado por un mayor de edad, o por un menor asistido de la persona cuyo consentimiento sea necesario para la celebración del matrimonio, o si se hubieran 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.

La acción para pedir el resarcimiento de gastos a que se refiere el párrafo anterior, sólo podrá ejercitarse dentro de un año, contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio (Civ., 1326; Cód. Can., 1017)".

1.8.- DERECHO LATINOAMERICANO.

En relación con las demás legislaciones latinoamericanas, existen dos grandes grupos; unas, en las que la ruptura de los esponsales produce obligación de indemnizar, y otras, que les niegan todo efecto, inspiradas en el sistema francés y en el Código Civil de Bello, que corresponde a una época más bien ya superada.

En el primer grupo se encuentran los Códigos civiles de México (art. 139-145), Perú (arts. 75-81) y Venezuela (arts. 4i-43), que siguen la orientación moderna de los Códigos de Alemania y Suiza. También se encuentran dentro de este grupo el Anteproyecto de Código Civil Boliviano (art. 139-142), obra del jurista español Angel Ossorio y Gallardo, que parece inspirarse en el código civil español. El proyecto de Código Civil Panamericano de Consentini (art. 71-75) acoge, en general, el criterio alemán y sueco; este último al conceder una cuota hereditaria a la mujer encinta sobre el patrimonio del novio muerto cuando se han llevado a cabo los esponsales. Por último, el Código Civil de Panama (arts. 86-87), recoge la posición española, con la diferencia de que sigue un criterio más amplio en lo relativo a la indemnización en caso de ruptura, ya que no solo se pueden reclamar los gastos que se hubieren hecho sino que también los perjuicios que se hayan sufrido.

Dentro del segundo grupo de legislaciones encontramos a Chile (arts. 98-101), Argentina (art. 166), Uruguay (arts. 81-82), Colombia (arts. 110-112), Nicaragua (arts. 92-93), Costa Rica (art. 49), Brasil, Ecuador (arts. 87-90), Guatemala (art. 84) y otros. En el Código Civil Chileno y en los que le siguen, se determina que los esponsales solo producen una obligación moral de conciencia y, por lo consiguiente, no producen ningún efecto civil; pero

consagran el derecho de irrepeticibilidad en el caso de que habiéndose estipulado una multa para el supuesto incumplimiento de los esponsales, ésta tenía que ser pagada.

Hay que mencionar también que en el Derecho Colombiano el Proyecto de Código Civil, se ha revisado la posición sostenida actualmente por el Código, para adherirse a la Tesis moderna propugnada por los Códigos Civiles Alemán y Suizo.(3)

1.9.- DERECHO MEXICANO.

Las siete partidas fueron las que rigieron la vida civil de los habitantes de nuestro territorio, la que reguló, los esponsales fué la partida cuarta.

Distinguían las partidas entre los esponsales de futuro, que es la promesa de matrimonio y los esponsales de presente que eran la celebración del matrimonio. En esta legislación los efectos del rompimiento de esponsales eran variados, dependiendo de las causas que lo provocaran y regidas por la influencia determinante del derecho canónico.

(3) VALENCIA ZEA, Curso de Derecho Civil Colombiano, vol 3-4, págs 46 y 47, edit Librería Americana, Bogotá, 1946

A) PROYECTO DE FLORENCIO GARCIA GOYENA.

Se menciona este proyecto de Código Español, por la influencia que ejerció en nuestra legislación del siglo pasado, tanto en el proyecto del Código Civil encargado por el Presidente Don Benito Juárez a Don Justo Sierra, como en el Código del Imperio de Maximiliano (que nunca tuvo vigencia, salvo el reconocimiento que posteriormente se le dieron a los actos civiles ocurridos bajo su vigor), como en los Código para el Distrito Federal y Territorios Federales de 1870 y 1884. El artículo 47 del Proyecto mencionado expresaba: " La ley no reconoce esponsales de futuro, ningún Tribunal Civil o Eclesiástico admitirá demanda sobre ellos":

Este proyecto excluye de su regulación a los esponsales exponiendo razones morales, religiosas y espirituales.

B) CODIGO DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS DEL SIGLO XIX.

Algunos estados de la República comenzaron la labor legislativa civil y la llevaron a cabo con alguna anticipación a la del Distrito Federal. Al respecto, cabe mencionar el Primer Código Civil Local, Oaxaca en 1828 que, continuando la tradición de los partidas, incluye a los esponsales definiéndolos así: "Esponsales son una promesa mutua y libre, que hacen dos individuos de diferente sexo de contraer matrimonio manifestado exteriormente" (art.122).

El primer Código Civil para Veracruz del 17 de diciembre de 1868, llamado Código Corona, expresa en su artículo 178: "La ley no reconoce efectos civiles en los esponsales de futuro, sino cuando éstos 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 desiste sin causa justa".

C) LEY DEL MATRIMONIO DE 1859.

Expedida el 23 de julio de 1859 por Don Benito Juárez, tuvo como finalidad separar de la esfera eclesiástica todos los actos de la vida civil de las personas, solamente menciona a la figura de los esponsales como impedimento para contraer matrimonio.

Señala el artículo 8: " Son impedimentos para celebrar el contrato civil del matrimonio los siguientes...

Fracción V.- Los esponsales legítimos, siempre que consten por escritura pública y no se disuelvan por mutuo disenso de los mismos que los contrajeron.

D) CODIGOS CIVILES DE 1870 Y 1884.

El código civil para el Distrito Feral y Territorios de la Baja California del 13 de diciembre de 1870, inspirado en el proyecto de Don Justo Sierra, no regula a los esponsales, solamente los menciona para negarles validez en el artículo 160: " la ley no reconoce esponsales de futuro ". Norma idéntica en redacción en el artículo 156 del Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California del año de 1884.

E) LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES DE 1917.

Fue expedida por Don Venustiano Carranza, derogó la parte relativa del Código Civil de 1884. Pone a los esponsales en una norma única, el artículo 14, para expresar: " La promesa de matrimonio no obliga a celebrar el contrato; pero si fuera hecha por escrito, obligará al que la hace responder a la otra parte de los daños y perjuicios que le ocasionare por la falta de cumplimiento de dicha promesa".

CAPITULO II.

"LOS ESPONSALES".

2.1.- CONCEPTO.

Existen un sin numero de definiciones sobre este concepto, pero al final de cuenta todos los autores manejan los mismos elementos al definir lo que son los esponsales, todos los consideran una promesa de futuro matrimonio, por medio, de la cual dos personas se comprometen en un futuro a celebrar un matrimonio, las definiciones de algunos autores son:

Para Juan Iglesias los esponsales son: "Como la promesa recíproca de futuro matrimonio"(1).

29

(1) JUAN IGLESIAS. Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado. 4a ed. revisado y aumentado, Ariel Barcelona, 1962, pág. 580

En la Ley I, Título 1 de la cuarta partida definen a los esponsales como "el prometimiento que fazen los omes por palabra, quando quieren casa. E tomó este nome, de una palabra que es llamada en latín spondeo, que quiere decir tanto romance, como prometer."(2).

Otra definición es "Que es la promesa recíproca de matrimonio futuro que, además de expresarse verbalmente, puede materializarse en documento público o privado".

Para Ricardo Ruiz Serramatera es: "El compromiso mutuo y formal o serio aceptado entre un hombre y una mujer dirigido a contraer un futuro matrimonio".(3).

Para el Derecho Canonico los esponsales son: "Es el contrato, en virtud del cual una persona promete a otra, que acepta el contraer matrimonio en el futuro con ella".

Los autores Ennecerus Kipp-Wolff piensan que los esponsales son: "El convenio de futuro matrimonio entre un hombre y una mujer como la relación producida por este convenio".(4)

(2) Vid. La Ley I, del Título 1, de la partida 4a.

(3) RICARDO RUIZ SERRAMALERA, Derecho Civil, Derecho de Familia, edit. Realigraf S.A., pág. 60, México, D.F.

(4) ENNECERUS KIPP-WOLFF, Tratado de Derecho Civil, tomo IV, vol 1, edit. Bosh, Barcelona 1941, pág. 24

Como se estableció en puntos anteriores la palabra *esponsales* se deriva del latín "sponsales" la cual proviene de "sponsus" que significa *esposo*, y también del verbo "Spondere" que significa *prometer*, por lo que en conclusión la palabra *esponsales* significa la *promesa de ser esposos*, pero dicha *promesa* debe ser *aceptada* por ambas partes tanto por el *hombre* como por la *mujer*, pero tal *compromiso* debe *constar* por escrito para que surta cualquier efecto, ya que para algunos va a ser el *acto anticipado* antes del *matrimonio*, ya que es el *compromiso celebrado* por los *futuros esposos* para la *consumación* de la *unión*.

La *libertad* que tienen los *futuros esposos* de *celebrar* esta *promesa* hace que esta no sea susceptible de alguna *ejecución específica*, como pasa en otros *convenios preliminares*, en los cuales la *autoridad* sustituye a la parte *incumplida* y *anuda* el *vínculo* al que se habían *obligado*, por lo que en el caso de *incumplimiento* de los *esponsales* este *pacto* quedará siempre *privado* de *eficacia*.

De acuerdo con nuestro *Código Civil* el del *Distrito Federal* se define a los *esponsales* de acuerdo con el *artículo 139* como: "Los *esponsales* son la *promesa de matrimonio* que se hace

por escrito y es aceptada", con esto se entiende que también se refiere a los llamados tradicionalmente esponsales de futuro o promesa de futuro matrimonio, como se maneja en roma y en otros lugares.

Para algunos los esponsales constituyen un contrato más bien sería lo que conocemos como una promesa de contrato ya que tiene como finalidad propia; una fisonomía jurídica también de este mismo tipo, que es un contrato principal el cual sería el Matrimonio. La utilidad de este contrato consiste en que es un medio que concede el derecho, que da la ley, para asegurar, en el futuro, la celebración de un contrato.

Esto se puede dar por que una de las partes o ambas, no estén en condiciones o no estén en la posibilidad o no quieran celebrar en un momento dado un contrato definitivo el cual sería el matrimonio en el caso de los esponsales, pero, si tienen interés en asegurar la celebración de ese contrato definitivo en día y plazo determinado.

La promesa de contrato, en todos los casos engendra exclusivamente obligaciones de hacer que consisten en celebrar el contrato prometido.

Dado el caso que los Esponsales constituyen una promesa de contrato, por tal motivo, deben tener todos los elementos de existencia y de validez, que requiere para su existencia, de acuerdo con el artículo 1794, consentimiento y objeto . El consentimiento, en la promesa de contrato consiste en un acuerdo de voluntades para llevar a cabo el contrato prometido, el objeto vendría siendo el contrato prometido porque por virtud de dicha promesa de contrato se crea la obligación de hacer consistente en celebrar, en el futuro, el contrato definitivo prometido; de tal manera es que dicha obligación tienen como objeto el contrato prometido (matrimonio). Y como elementos de validez tenemos la capacidad, la ausencia de vicios del consentimiento, la forma y un objeto, motivo y fin lícitos.

Otro elemento real de la promesa es el plazo para la celebración del contrato futuro, si llegara a faltar el plazo la promesa sería nula. Cuando expira el plazo sin que por culpa alguna de las partes haya podido celebrarse dicho contrato futuro, caducan los

derechos de las mismas partes para exigir la celebración del contrato prometido.

La promesa de contrato es un elemento formal, ya que debe constar por escrito, en consecuencia será nula la promesa de matrimonio que se haga en forma verbal, aun cuando se pruebe su existencia.

El artículo 140 del Código Civil determina la capacidad para celebrar los esponsales, dado que requiere que el hombre haya cumplido dieciséis años y la mujer catorce, pero si los prometidos son menores de edad se requiere el consentimiento de sus representantes legales, en este caso eran siempre los padres o sus representantes los que comprometían a sus hijos a celebrar en un futuro un matrimonio que era conveniente para ellos, si no se cumple con este requisito los esponsales no producen efectos jurídicos.

Para que pueda celebrarse el contrato de Esponsales, se debe manifestar el consentimiento libremente y en una forma clara, con esto se quiere decir que no debe haber violencia, error o dolo. Si llegara a existir alguno de estos vicios, el contrato quedará afectado de nulidad relativa.

2.2.- NATURALEZA JURÍDICA.

La naturaleza jurídica de los esponsales, se encuentra íntimamente ligada a la figura del matrimonio, sobre la cual existen discrepancia de opiniones, fundadas en el hecho de que ambas figuras se mueven a la vez en la esfera contractual y en el familiar.

Entre los principales criterios que se han expuesto están las siguientes teorías: a) la de obligación natural, b) la del hecho, y d) de la responsabilidad contractual.

A) Teoría de la obligación natural.- Esta se puede decir que tuvo su aceptación entre los canonistas antes de que hubiera sido publicado el *Codex Iuris Canonici*, ya que civilmente no era admitida la obligación de indemnizar. Todo esto partía de la distinción de los pactos que se producían entre obligaciones civiles y acciones y los que no la generaban sino que solo daban lugar a tan sólo una obligación natural, incluyendo a los esponsales en esta segunda categoría. Actualmente, entre los que están de acuerdo en esta posición están Gubern, que expresa que por carecer de medios

coercitivos para poder exigir lo estipulado que es la celebración del matrimonio, tienen que participar los caracteres de esta obligación, ya que la acción de menguado alcance que de ellos puede derivarse no va a ser la del cumplimiento contractual.(5)

Se considera que esta en un error la posición anterior, ya que el hecho de que los esponsales no den acción para exigir el cumplimiento de lo que haya sido pactado en este caso es la celebración del matrimonio, de alguna manera va a significar que no vayan a surgir de ellos otros efectos de carácter civil, como es la acción de indemnizar, que es tomada en cuenta en la mayoría de los Códigos Civiles, entre ellos esta el español puesto que menciona que la obligación natural no produce en materia civil el deber de resarcir, mientras tanto en los esponsales sí.

Esta cuestión va a estar más rigurosamente planteada en aquellas legislaciones en que los esponsales no produzcan efecto alguno, pero no se va a conceder el derecho de repetirse en el caso de que la multa que haya sido estipulada hubiese sido pagada. La solución a esta controversia va a depender de la

(5) Vid, VALENCIA ZEA, Cursa de Derecho Civil Colombiano, vol. 3-4, pags 46 y 47, Edt. Librería Arriéscana, Bogotá, 1946

posición que vaya a tomar el Derecho Positivo frente al problema de la obligación natural, un ejemplo que tomaríamos para entender mejor este punto de vista es que en la legislación Chilena se considera a esta como una obligación civil imperfecta enumerando en el Código los supuestos en que puede darse, quedando excluida la posibilidad de configurar a los esponsales como una obligación natural a un deber moral, se puede decir que la no repetición se ampara en la existencia de una obligación de esta especie.

B) Teoría del hecho.- Existen algunos autores alemanes como Meisner, Jacobín, Hellman y Junghans que niegan la naturaleza contractual de los esponsales tomando en cuenta que estos al igual que el lazo de la amistad se funda en una relación de hecho. Mientras que Deubergue toma a los esponsales como un hecho jurídico que da origen a un nuevo estado de hecho, que da origen a su vez a una obligación entre los consortes, cuyo objeto va a radicar en la voluntad libre de las partes, sin embargo, esta corriente doctrinal que ha tenido poca acogida no da una explicación satisfactoria de la obligación de indemnizar en el caso de incumplimiento de la promesa, así como tampoco se resuelve el problema de la aplicación de las normas sobre la celebración de los esponsales.

C) Teoría de la Responsabilidad Extracontractual.-

Esta Tesis ha sido basada principalmente por la doctrina Italiana y la Francesa, hay varios autores como Cicu, Venzi, Ruggiero, Lomanaco que se oponen a la teoría contractual por considerar que el carácter contractual de los esponsales con la obligación de resarcir, va a constituir una limitación a la libertad necesaria para que se lleve a cabo el matrimonio, cuando aquellos van a tener una naturaleza extracontractual, dado que la obligación de resarcir es consecuencia del daño causado por un acto que vaya en perjuicio de un tercer.

El resarcimiento de los daños se admite como una base ya sea en la consideración de un hecho ilícito o de un enriquecimiento injusto. La ilicitud va a consistir en la injusta negativa de cumplir con la promesa y el enriquecimiento, en sustraerse el que ha roto injustificadamente el compromiso de indemnizar, cuando la otra parte ya haya realizado gastos que disminuyen su patrimonio. Pardo menciona que más que un enriquecimiento estaríamos hablando de un empobrecimiento.

La ilicitud de los esponsales va a radicar en la negativa de contraer matrimonio ya que se opone a una declaración de voluntad previamente manifestada. Por otra parte resulta obvio que el resarcimiento de daños, que es establecido por la ley, no va en contra de la libertad del consentimiento necesario para que se de

la celebración del matrimonio ya que esto no se confiere como una compensación por no llevarse a cabo sino más bien se trata de una protección a la buena fé y a la lealtad que deben regir en las relaciones jurídicas.

El profesor Gangi considera que la obligación de resarcimiento es como una obligación extracontractual nacida no de un hecho ilícito si no más bien de la ley.

D) Teoría de la responsabilidad contractual.- En esta teoría han surgido diferentes modalidades, dentro de las cuales pueden mencionarse la teoría precontractual, la del abuso de Derecho y la mixta, ya que trata de adecuar la figura de los esponsales como una institución que participa a la vez tanto de elementos de Derecho de Familia como de Derecho de Obligaciones.

Se va a analizar cada una de ellas:

1) Teoría precontractual.- Va a ver algunos autores que consideran al matrimonio como un contrato, han querido ver a los esponsales como un precontrato preparatorio aunque no conduzca necesariamente a su celebración. En contra de este criterio se ha señalado que el matrimonio por estar fuera del comercio no puede ser objeto de una obligación de hacer como surge en los esponsales.

Se considera que la idea de precontrato no puede ser aceptada toda vez que el matrimonio no es puro contrato sino también una institución a la cual se adhiere la voluntad de los esposos con toda libertad.

2) Teoría del abuso del derecho.- Esta teoría se basa fundamentalmente en el Derecho Francés toda vez que los esponsales al igual que el arrendamiento de servicios constituyen un contrato de duración indeterminada que lleva consigo la facultad de que una de las partes lo deje sin efectos por su propia voluntad, pero con la reserva de que el autor de la rescisión unilateral va a incurrir en responsabilidad si retira sin causa justa su promesa de matrimonio, con esto estara cometiendo abuso del Derecho.

3) Teoría mixta.- Aquí se considera a los esponsales como un contrato de carácter especial o de naturaleza mixta ya que tienen cabida las características del Derecho de Familia como también las del Derecho de Obligaciones. Se considera que Derecho de Obligaciones en cuanto las partes se obligan a contraer matrimonio y determinar para cada una de ellas el pago de una indemnización; y lo segundo porque de ellos se derivan ciertos efectos de naturaleza matrimonial.

Para poder entender claramente lo que son los esponsales hay que preguntarnos, ¿Para el derecho que papel juegan los esponsales?, para responder esto hay dos corrientes que los juristas toman las cuales son que los esponsales son un contrato y la otra que no son un contrato. La primera corriente acepta que es un contrato ya que existe una promesa y una aceptación por parte de los novios, para la celebración de un futuro matrimonio, mientras que los anticontractualistas niegan que sea un contrato ya que no producen la obligación de contraer matrimonio, en tanto en la promesa de contrato sí existe la obligación de llevar a cabo el contrato definitivo o sea el matrimonio a que una de las partes o ambas sea comprometido.

Los contractualistas que ven a los esponsales como un contrato, tienen varios problemas para determinar que clase de contrato se pueden llevar a cabo en los esponsales si una promesa de contrato definitivo o un contrato de derecho de familia, para este sentido nuestro Código Civil en los artículos 2243 a 2247 regula en cuanto a la promesa de contrato, el artículo 2243 establece: "Puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro", esto quiere decir que puede ser contraída la obligación por una de las partes o por ambas, de manera que el contrato preparatorio puede ser unilateral o bilateral, por medio de esto quedan obligados los promitentes a celebrar el contrato futuro

conforme a lo que establece el artículo 2246 "Para que la promesa de contratar sea válida debe contar por escrito, contener los elementos característicos del contrato definitivo y limitarse a cierto tiempo". En el artículo 2245 establece "La promesa de contrato sólo da origen a obligaciones de hacer, consistentes en celebrar el contrato respectivo de acuerdo con lo ofrecido". El juez firmará en rebeldía del promitente el contrato definitivo, quedando así sancionada de manera coactiva la fuerza obligatoria de la promesa (art. 2247).

Como pudimos darnos cuenta al establecer las características de la promesa de contrato no encontramos ninguna que tuviera relación con el contrato de esponsales toda vez que tienen por objeto la celebración de una promesa de matrimonio, sin embargo, no se tiene la obligación de contraerlo.

Sus efectos, en nuestro derecho, si se da el incumplimiento esta previsto en el artículo 143 que a la letra dice: "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 hubiera 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 Juéz, teniendo en cuenta los recursos del prometido culpable y la gravedad del perjuicio causado al inocente".

Considerando que los esponsales tienen una naturaleza especial, ya que no son obligatorios, toda vez que no puede exigirse su cumplimiento se considera que no constituyen un contrato de derecho de familia ya que se determina que hay un hecho ilícito sancionado por la Ley cuando no se llevan a cabo los esponsales o cuando alguno de los novios diera motivo para romper con ellos, con esto se quiere dar a comprender que las consecuencias jurídicas se producen no por el contrato en sí, sino por el hecho ilícito que ya mencionamos.

Aquí encontramos una discrepancia en el modo de pensar de algunos autores como por ejemplo Sara Montero Duhalt ya que para ella los esponsales sí tienen cabida dentro de lo que son los contratos de derecho de familia por las siguientes razones que ella manifiesta:

1.- Que es un contrato de acuerdo de voluntades que tiene por objeto crear o transmitir consecuencias jurídicas. Los esponsales corresponden a esta estricta definición, 2.- La obligación de contraer matrimonio, que es el objeto directo de los esponsales, no pueden ser exigidos coercitivamente, y así existe norma expresa (art. 142 C.C.), porque el acto de contraer matrimonio es obligación personalísima *intuitus personae*, y es bien sabido que este tipo de obligaciones sólo pueden ser realizadas por el obligado y no por otra persona, de acuerdo con lo que estipula el artículo 2027 del C.C.: "De las obligaciones de hacer o no hacer: Si el obligado a prestar un hecho no lo hiciere, el acreedor tiene derecho de pedir que a costa de aquél se ejecute por otro, cuando la sustitución sea posible". Y en la parte relativa al incumplimiento de las obligaciones el art. 2104 dispone en su primera parte: "El que estuviere obligado a prestar un hecho y dejare de prestarlo ... será responsable de los daños y perjuicios".

Los esponsales son realmente un contrato que genera obligación de hacer (realizar un matrimonio). Este, su contenido, su objeto directo, corresponde al derecho de familia. Por lo tanto, los esponsales son un contrato de derecho de familia. El incumplimiento de esta obligación trae aparejado el resarcimiento de daños y perjuicios (pagar los gastos que se hubieren originado por el concertado matrimonio) más una indemnización de carácter moral por la misma calidad del daño. El daño que se puede ocasionar al pretendiente frustrado puede ser una grave dimensión moral, y así lo toma en cuenta el derecho.⁽⁶⁾

Mientras que para Rafael Rajina Villegas los esponsales tienen una naturaleza especial toda vez que no pueden ser obligatorios, ya que no puede exigirse su cumplimiento, por tal motivo no pueden considerarse a los esponsales como un contrato de derecho de familia, para esto se basa que de acuerdo al artículo 143

(6) MONTERO DUHALT SARA, Derecho de Familia, Edit. Porrúa, México 1990, Pág 90

tiene que haber un hecho ilícito sancionado por la ley o que alguno de los prometedos diera un motivo que de como resultado el rompimiento de los esponsales. Esto se entiende que las consecuencias se dan no por el contrato en sí, sino por la existencia de un hecho ilícito.

" Tal promesa tiene importancia desde el punto de vista de la costumbre, pero tiene muy poca desde el punto de vista del derecho, en el sentido de que, como dice la ley (art. 79), no obliga a contraer matrimonio, ni ejecutar lo que se hubiese convenido para el caso de que no se le cumpla. esto significa de que se trata de una promesa destituida de valor jurídico (en cuanto vínculo para contraer matrimonio), y que, por consiguiente, se la puede violar impunemente, aunque se haya estipulado una cláusula penal (ésta, igualmente, no sería debida); quedan a salvom sin embargo, ciertos efectos, de carácter patrimonial, de los cuales hablaremos dentro de poco.

Existe, pues, una sensible diferencia entre la promesa de matrimonio y el caso de la promesa aceptada por otros (y, en algunos casos, aún sin la aceptación ajena); implica vínculo y, por lo tanto, es obligatoria para el promitente, en cambio, en el primer caso (promesa de matrimonio, y también de testamento); el ordenamiento jurídico asegura el más amplio ius poenitendi y declara no-obligatoria la promesa de matrimonio. Tratándose de contraer vínculo que deba durar toda la vida (sobre todo, donde, como ocurre entre nosotros, no está admitido el divorcio), es justo y oportuno que, mientras no se la haya expresado de un modo solemne, en el acto de celebración del matrimonio, la voluntad de cada uno de los que están por casarse pueda cambiar, sin consecuencia desde el punto de vista personal y familiar.

Por tanto, los esponsales no son un contrato preliminar, sino, a lo sumo, una "convención" preliminar; y, de todos modos, una convención no-vinculante"(7)

(7) VID. MESSINEO. Manual de Derecho Civil y Comercial, traduc. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1954, T. III, Págs. 40 y 41.

Ahora veremos el punto de vista Bonnecase con respecto a los esponsales, no esta de acuerdo a las conclusiones que ha llegado la Jurisprudencia Francesa, de lo cual 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. Sentencias del mismo (S., 38.1.494): sentencia Coutreau y de Lavit. El sistema de la doctrina y de la Jurisprudencia consiste en declarar absolutamente inoperante, si no es que ilícito, el contrato de esponsales, según determinadas sentencias".(8)

Bonnecase resume las conclusiones de las jurisprudencias en las siguientes tres proposiciones:

Primera: Los esponsales, que en la antigüedad constituían un contrato obligatorio, actualmente sólo pueden serlo en teoría, pero ya no es obligatorio. El Código Civil ignora los esponsales considerados en sí mismos: solamente por un error algunos autores sostuvieron la opinión contraria a principios del siglo XIX. Segundo proposición, Si los esponsales están cerivados desprovistos de efectos obligatorios, por ser incompatibles con la libertad absoluta que debe caracterizar el consentimiento tratándose del matrimonio, y con el principio de que el matrimonio, está fuera del comerci, sin ningún remedio tiene su

(8) JULIAN BONNECASE, Elementos de Derecho Civil, T. I, traduc. del Licenciado Jose María Cajica, Pueblo 1945, pág. 507.

ineficacia, sin embargo, no son considerados por el Derecho como inexistentes, porque engendran determinados efectos jurídicos, además del posei que en una época reciente les reconoció la ley de 16 de noviembre de 1912, tratándose de la investigación de paternidad natural, crear una obligación de conciencia, que la jurisprudencia transforma en obligación natural, y, además, eventualmente puede aplicarse el artículo 1382, es decir, puede incurrir en responsabilidad delictuosa el actor de la ruptura de los esponsales. Tercera, la responsabilidad del novio que desconoce su promesa está subordinada a las reglas del derecho común sobre la responsabilidad delictuosa; en consecuencia es necesario: 1°, una culpa representada por una ruptura injustificada; 2°, un perjuicio material o moral; 3°, una relación de causa a efecto entre la culpa y el perjuicio. Es natural que el novio abandonado debe demostrar la existencia de estos diversos elementos; si no lo hace, es justo, en determinadas condiciones, que se le permita conservar los regalos de boda a que hubiere recibido.⁽⁹⁾

Uno de los puntos de vista de Bonnetcase en cuanto a la jurisprudencia francesa es que se considera a los esponsales como un contrato inmoral o ilícito ya que si los esponsales no revisten un carácter obligatorio, donde su alcance esta por determinar, esto se debe a que existe la violación de una ley de orden público o de las buenas costumbres. Desde el punto de vista de la Técnica Jurídica existe un desacuerdo con la jurisprudencia ya que los esponsales se reducen a un acuerdo de voluntades, generador de un contrato, pero la jurisprudencia afirma que este contrato esta desprovisto de efectos obligatorios, pero aquí surge una pregunta ¿cómo es posible que se origine un hecho ilícito y una obligación de reparación?.

(9) Ob. Cit., Pág. 507

Los esponsales constituyen un verdadero contrato, dotado de la fuerza obligatoria inherente a todo contrato, y generador de responsabilidad contractual en el caso de ruptura injustificada por parte de los contratantes. Por nuestra parte concluimos en el mismo sentido que Tullier, es decir, en favor de la validez y de la fuerza obligatoria del contrato de esponsales, que situamos bajo la protección de las reglas relativas a la responsabilidad contractual y del régimen de las obligaciones de hacer o de no hacer. Cada uno de los novios es libre de provocar la aplicación del artículo 1142 y de preferir el pago de daños y perjuicios al cumplimiento de su obligación de hacer. Estos daños y perjuicios deben valorarse de acuerdo con los artículos 1146 a 1152 del Código Civil; principalmente, debe presumirse la culpa del autor de la ruptura, conforme al artículo 1148, el cual está obligado a probar la existencia de los motivos legítimos que justifiquen su decisión, si quiere eludir la condena pecuniaria. Por otra parte, no debe creerse que si la jurisprudencia admitiera esta solución, se produciría un trastorno absoluto en esta materia, sino por el contrario. La jurisprudencia entraría simplemente por la vía de la lógica y de la justicia, y hablando en términos precisos, de la moralidad. Acéptese o no, la jurisprudencia debe fundar en el artículo 1382 el derecho a los daños y perjuicios en materia de esponsales, que a pesar de ella, constituye la base de este contrato; por último, el pretendido delito civil que imputa al novio condenado consiste, esencialmente, en la negativa a cumplir una obligación voluntariamente por él, en virtud de un acuerdo de voluntades⁽¹⁰⁾.

Los que son partidarios de la Tesis Jurisprudencial Francesa, han dado las siguientes razones para defenderla:

1.- Que los esponsales son un periodo de prueba para los futuros conyuges, para que esto no pueda interpretarse como algo definitivo, por lo que se entiende que la novia no esta tomada ni mucho menos dejada.

(10) Ob. Cit. págs 508 y 510.

3.- Que se tiene que dar el consentimiento plenamente y en forma absoluta para la validez del matrimonio, ya que esto los esponsales tenderían a limitarlos.

Pero Mazeaud da una contestación a las razones dadas por los que estan a favor de la tesis jurisprudencial francesa:

1.- Sí es que se da el periodo de prueba siempre procedera a los esponsales, ya que las personas que se comprometen a un matrimonio se deben conocer bastante como para adoptar un compromiso.

2.- Una vez establecido que la persona esta fuera del comercio jurídico no se ópone a que esta se case, entonces por que se opondría a que se comprometa a un matrimonio.

3.- Si los esponsales une a los prometidos, habra la posibilidad a que sean incitados a no comprometerse ante el encargado del Registro Civil, pero tiene el derecho de hacerlo, ya que nadie puede obligar a los prometidos a casarse, y con esto se manifiesta que sigue siendo libre su consentimiento para poder celebrar el matrimonio.

Maceaud expresa la siguiente idea sobre los esponsales pero citando a Josserand "encuentran cierta similitud entre el pacto esponsalicio y el contrato de trabajo de duración indeterminada (De acuerdo con sus reglas en el derecho francés) ya que ambos pueden ser terminados por voluntad de una de sus partes, aun cuando muchas veces la ruptura, al igual que en los esponsales, es producto de un abuso de derecho".

Ahora veremos cual es el punto de vista de Antonio Cicu quién declara que los esponsales no reúnen las características necesarias para ser considerado un contrato para lo cual se basa en lo siguiente:

"La exclusión de la figura del contrato en la celebración del matrimonio encuentra correspondencia en la valoración de la promesa de matrimonio. Esta no da lugar en nuestro derecho (a diferencia del derecho romano, canónico y germánico actual) a un vínculo familiar de quasi-finidad: no puede ser consiguiente, en modo alguno, ser incluido entre los negocios del derecho de familia. A la misma el artículo 53 (79) le quita toda eficacia vinculativa, y el efecto de que se trata en el artículo 54 (81) debe considerarse como teniendo su causa en una relación extracontractual. Hay también aquí quien autorizadamente defiende la concepción contractual y que hace derivar del contrato aquel efecto. lo único que se tendría de singular sería una limitación legal del resarcimiento debido por la violación del contrato. Sin embargo, la teoría no consigue explicar cómo la voluntad de las partes sea aquí impotente, no ya para crear una obligación jurídica para celebrar un matrimonio, sino para sustituir a él a una valoración cualquiera del daño consiguiente al incumplimiento; si las partes no pueden querer otra cosa que aquello que la ley quiere, es por lo menos inútil referir el efecto a su voluntad; causa eficiente es el hecho de una promesa dada en condiciones de

aquí impotente, no ya para crear una obligación jurídica para celebrar un matrimonio, sino para sustituir a él o una valoración cualquiera del daño consiguiente al incumplimiento, si las partes no pueden querer otra cosa que aquello que la ley quiere, es por lo menos inútil referir el efecto a su voluntad, causa eficiente es el hecho de una promesa dada en condiciones de crece una confianza, y de la revolución injustificada; y los elementos para la responsabilidad extracontractual concurrent; lo que por la ley se limita es la entidad del daño aquilismo culposo. Esto nos parece consecuencia necesario de una exacta interpretación del artículo 53. Se quiere justificado aduciendo la exigencia de que los esposos tengan plena libertad de decisión, libertad que sería disminuida si el cumplimiento de la promesa debiese dar lugar a una sanción grave, indudablemente es ésta la razón política de la disposición; pero técnicamente esto ¿qué otra cosa significa sino que la ley niega a la más seria y definitiva voluntad de los esposos el poder vincular al uno frente al otro, mientras aquel vínculo no puede ser constituido más que frente al oficial del estado civil?(11)

Mencionaremos ahora cual es la manera de pensar de Klipp y Wolff con respecto a los esponsales, ellos consideran que de acuerdo al derecho canonico que dice "que de la promesa de matrimonio, aunque no sea válida, y aun en el caso de haber causa justa que excuse de cumplirla, no nace acción para pedir la celebración del matrimonio prometido, y sí tan sólo para pedir la reparación de daños que haya lugar"(12), por tal motivo ellos consideran que la naturaleza jurídica de los esponsales se basa en los siguiente:

(11) ANTONIO GIGU, El Derecho de Familia, traduc. de Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires 1947, Págs 313 y 314.

(12) ENNÉCERUS KIPP-WOLFF, Tratado de Derecho Civil, T. IV, vol. I, Derecho de Familia, EDit. Bosh, Barcelona 1941, Pág. 30.

1.- Lo mismo que en el derecho anterior, los esponsales constituyen en la actualidad un contrato y, por tanto, sujeto a las disposiciones que establece el C.C. para los contratos (y para los negocios jurídicos).

Con frecuencia se niega la naturaleza contractual de los esponsales y se dice que la promesa de matrimonio- lo mismo que el contraer un vínculo de amistad - funda una relación de puro hecho (teoría del hecho). Pero queda por demostrar que el C.C. haya abandonado el punto de vista del derecho anterior, en cuanto sujetaba a los esponsales a las normas de los contratos. A este efecto, no basta aducir ni la inexigibilidad judicial del deber de contraer matrimonio, ni la posibilidad de su libre resolución porque el concepto del contrato no son esenciales ni la exigibilidad en juicio ni la vinculación de los contrayentes. La teoría del hecho no puede explicar sin artificio las pretensiones de indemnización que establecen los §§ 1.298 y siguientes. El contruir las como pretensiones derivadas de acto ilícito no resuelve el problema, pues si fuera verdad que la promesa no engendra un deber contractual de contraer matrimonio, la resolución sin causa del contrato no implicaría infracción jurídica alguna. La tesis de HELLMANN según el cual los §§ 1.298 ss. son leyes de protección en el sentido de § 823 ap. 2, lleva al resultado imposible de que, junto a los §§ 1.298 ss., se deba a la indemnización mucho más amplia de las normas que obligan a resarcir el delito, o bien dejaría sin explicar por qué no aplican esas normas".(13)

Para Kipp y Wolff consideran que los esponsales son un contrato de derecho de obligaciones y de derecho de familia, piensan que los esponsales encuadran dentro de un contrato de derecho de obligaciones porque los novios se obligan a contraer un futuro matrimonio, pero esto no da lugar a una acción judicial y tampoco se puede dar una pena convencional puesto que la

(13) Op. Cit., ENNECERUS, pág. 30.

celebración del matrimonio debe ser libre, los esponsales proveen para cada una de las partes un deber subsidiario de indemnización en caso de que no se lleve a cabo el contrato de esponsales.

También manifiestan que los esponsales aun siendo un contrato obligatorio, tienen que estar sujetos al Código Civil sobre los contratos pero sobre todo a los contratos bilaterales.

Su punto de vista en cuanto a los esponsales es que derivan de ciertos efectos de derecho personal por lo que estos son vistos como una relación familiar de naturaleza especial, esto da como resultado que los prometidos no tengan derechos recíprocos a sucederse por la ley, ni cuota de legítima y tampoco están obligados a prestarse alimentos. También mencionan que a diferencia del derecho alemán antiguo los esponsales no tienen como conclusión el matrimonio, ya que puede ser válido el matrimonio sin haber esponsales previos, y si hay vicios en los esponsales no quiere decir que en el matrimonio también existan. Consideran que los esponsales son un contrato porque su esencia está en la promesa recíproca de contraer matrimonio aunque no reúnan los efectos mismos de un contrato, los esponsales tienen dentro del derecho alemán la naturaleza de convenio lícito de efectos reducidos con esto se facilita la controversia que existe alrededor de los esponsales son respecto a la obligación de indemnizar: "Los esponsales determinan para cada

una de las partes un deber subsidiario de indemnización para el que rehusare casarse sin justa causa pero para que surja tal deber es menester que concurran ulteriores requisitos, a saber: que la promesa se hubiere hecho en documento público o privado con una mayor de edad, o por un menor asistido de la persona cuyo consentimiento sea necesario para la celebración del matrimonio que se hubieren publicado las proclamas".(14)

"En el derecho de la iglesia anterior al Codex nació de los esponsales válidos un impedimento prohibitivo temporal, según el cual ningún esposo podía celebrar lícitamente matrimonio con persona distinta de aquella con la cual había contrído esponsales, a la vez que otro impedimento dirimente perpetuo, llamado de publica honestidad, en cuya virtud ninguna de las partes podía unirse válidamente con los consanguíneos en primer grado de la otra, en tanto que no se hubiesen disuelto legalmente los esponsales. Pero en el moderno Código Canónico de 1917 han desaparecido totalmente ambos impedimentos y existe ya, por ende, completa coincidencia en este punto entre el régimen canónico y el civil.(15)

Ahora nos formularemos una pregunta que nos ayudara a comprender más claramente la naturaleza jurídica de los esponsales, ¿Qué contrato es éste que no puede generar los efectos que son la razón de su nacimiento?.

(14) Op. Cit. ENNECERUS, pág. 31.

(15) Op. Cit. ENNECERUS, pág. 34

Puede ser una "Convención jurídica de efectos limitados" esto se toma más bien como descripción de lo que son los esponsales.

"Negocio Jurídico" : Esto encuadraría más ya que todo acuerdo de voluntades pertenece jurídicamente al género de negocio jurídico pero Candián lo califica "de que se trata efectivamente de un negocio jurídico de contenido preparatorio, al cual el ordenamiento, por la naturaleza del objeto, desconoce de eficacia vinculante, haciendo derivar solo consecuencias de la hipótesis del incumplimiento injusto".(16)

"Precontrato"; Si el precontrato carece de virtualidad legal para hacer efectivo su contenido, entonces se da por entendido que esta falta de esencia propia de esa figura jurídica y sólo tiene de ella el carácter de anticipación.

"Mera situación de hecho"; aquí la idea es que todo acuerdo libre de voluntades tiene que tener un respaldo jurídico y exceder de lo es un simple estado -situación de hecho de la que se derivan obligaciones jurídicas-. 55

(16) CARLOS MA. ENTRENA KLETT, Matrimonio Separación y Divorcio, edit. Aranzadi, España 1990, 3era, edición, pág. 242.

"Negocio Social": En base a ser una convención cuya órbita de actuación está reducida al ámbito social y carece de efectos jurídicos, esto es cierto pero es inolvidable que se trata de un acuerdo de voluntades regulado legalmente, y dicha circunstancia exige una concretación de sus esencias jurídicas, pero Delgado Echeverría, da mayor importancia a este concepto afirmando que se trata de un "negocio irrelevante, indiferente para el Derecho -pero lícito, por no prohibido- regulado sólo por las reglas de la moral, la costumbre y las convenciones sociales". (17)

Por tal motivo se piensa que resulta jurídicamente desconcertante que una convención legal y social, libremente adoptada, carezca de una genuina protección jurídica, contraviniéndose los principios de libertad y de protección jurídicamente al incumplimiento de la obligación.

Por lo que se puede concluir que los esponsales son un acto jurídico, ya que van a ser la manifestación de voluntad de una o más personas, que tiene como fin producir consecuencias de derecho, que pueden consistir en la creación, modificación, transmisión o extinción de derechos subjetivos y obligaciones, y que se apoya

(17) J. DELGADO ECHEVERRÍA, en su colaboración en la obra "Matrimonio, Separación y Divorcio", dirigida por Lo Cruz Berdejo, edit. Civitas, s.a., Madrid 1982. En la Pág. 46 de la misma obra, Delgado afirma, que entre los artículo 42 y 43 del Código Civil. va a existir una contradicción de fondo difícil de salvar.

para conseguir esa finalidad en la autorización que en tal sentido le concede el ordenamiento jurídico.

Se puede considerar que los actos jurídicos constituyen una especie de categoría dentro del conjunto de los hechos jurídicos, toda vez que estos últimos son todos aquellos acontecimientos que el orden normativo toma en consideración para atribuirles efectos de derecho (es decir son los sucesos que en el mundo fáctico realizan las hipótesis contenidas en la norma jurídica).

2.3.- REQUISITOS PARA CELEBRAR LOS ESPONSALES.

Antes que nada empezaremos con la elaboración de un cuadro sinoptico donde estan expuesto todos los requisitos necesarios para poder llevar a cabo los esponsales:

1) Diferencia de sexo y unidad de personas.

2) Consentimiento

- Viciado Fuerza
- No viciado Error

3) Celebración.

4) Capacidad de la partes.

5) Forma escrita.

Los requisitos que se fijan en nuestro Código Civil para la celebración de los esponsales, relacionando el artículo 2224 con el 1794, podemos sostener que son elementos esenciales de un acto jurídico: a) La manifestación de voluntad, y b) La existencia de un objeto física y jurídicamente posible. A su vez, de acuerdo con los artículos 1795, 1798, 1812 a 1834, 225 a 2231, son elementos de validez de todo acto jurídico, los siguientes:

- 1.- Capacidad;
- 2.- Ausencia de vicios en la voluntad;
- 3.- Licitud en el objeto, fin o condición del acto, y
- 4.- Forma, cuando la ley lo requiera.

Siendo los esponsales un acto jurídico, tiene elementos esenciales y de validez. Los primeros están constituidos respectivamente por la manifestación de voluntad de los prometidos, o de sus representantes y por el objeto específico de la institución, que de acuerdo con la ley consiste en comprometerse para celebrar un futuro matrimonio.

En cuanto a los elementos de validez, en los esponsales se requiere, como para todos los demás actos jurídicos la capacidad, la ausencia de vicios en el consentimiento, la observancia de las formalidades legales y licitud en el objeto, motivo, fin y condición del acto. En cuanto a la forma, podemos decir que determina el papel que juegan los esponsales, pues alternativamente puede ser un simple elemento de validez, o bien un elemento esencial de existencia para el acto.

Podemos definir los elementos esenciales indicandi que son aquellos sin los cuales el acto jurídico no puede existir, pues faltaría al mismo un elemento de definición; en cambio, son elementos de validez aquellos que no son necesarios para la existencia del acto jurídico, pero cuya inobservancia traiga consigo la nulidad absoluta o relativa, según lo disponga la ley.

El reconocimiento de una categoría de actos inexistentes, distintos de los actos nulos se traduce en diversas consecuencias, de significación teórica y también de significación práctica, las cuales son a saber:

a) La intervención de la justicia, necesaria para fijar la suerte del acto simplemente nulo, es innecesaria, para fijar al del acto inexistente, respecto del cual la justicia, cuando interviene es con fines de comprobación y no de minoración, pues carecería de sentido cualquier decisión que consistiera en invalidar un acto inexistente. Una sentencia podría hacer mención de un acto así al fijar su propia motivación, pero no al decidir la cuestión sometida a decisión.

b) Mientras en materia de nulidad solamente pueden invocarla las personas a las cuales al respectivo fin, perseguido por la ley, exige que el derecho al intentar la acción les sea concedido, en materia de inexistencia cualquier persona puede prevalecerse de ella, ya por vía de acción, ya por vía de excepción, pues de otro modo el acto inexistente vendría a tener existencia y podría ser opuesto a terceros.

c) Las nulidades, en muchos casos, están sometidas a la prescripción, que respecto a la violencia, por ejemplo,

y aún de la falta de edad, interpone u organiza plazos de duración especialísima y muy breve, en tanto que el derecho de prevalecer de la inexistencia de un acto es, por naturaleza, imprescriptible.

d) Los actos inexistentes no son susceptibles de confirmación ni de ratificación, aún cuando nada impide, por ejemplo, que en materia de consentimiento, éste sea correctamente exp'reado en un nuevo acto a cuya existencia concurren, todas las condiciones necesaria, en tanto que los actos nulos pueden muchas veces ser confirmados y en algunos casos, como en el de los esponsales llevado a cabo por alguien que no haya llegado a la edad requerida por la ley y como el ya citado, de violencia, la convalidación -- puede producirse automáticamente, por el simple transcurso de un breve plazo.

e) Mientras el acto inexistente está privado de efectos, por ser precisamente una negación de acto, el acto nulo puede producir efectos provisoriamente, y más aún: es posible que también le sean reconocidos, tan limitadamente como se quiere, ciertos efectos destinados a perdurar, y eso es lo que ocurre, desde luego en los esponsales.

EL CONSENTIMIENTO COMO ELEMENTO ESENCIAL EN LOS ESPONSALES.

En los esponsales existen dos manifestaciones de voluntad, la de la mujer, la del hombre y en algunos casos son los padres o representantes de los novios quienes expresan su voluntad, de llevar a cabo los esponsales.

Las voluntades de los novios deben formar consentimiento, es decir, manifestarse en el sentido de estar de acuerdo en la celebración de los esponsales, mediante un documento.

No sólo la falta de acuerdo entre los pretendientes, sino también la omisión de la declaratoría que debe hacer el ordinario o los testigos, será causa de inexistencia, esto quiere decir que si en el documento donde se celebraron los esponsales se comprueba la falta de ese elemento esencial, debera decidirse que no hubo esponsales. Se puede justificar plenamente por otros medios de prueba, que sena de valor indiscutible, la falta de consentimiento de los futuros conyuges o de la del ordinario del lugar, para que se reconozca su inexistencia.

Los casos, pues, en que consideramos que no hay consentimiento son, además de los casos de incapacidad natural, de ordinario transitorio (embriaguez, hipnosis, intoxicación, enfermedad mental temporal), previstos por el art. 120, un caso de incapacidad de hecho, derivado de la ignorancia de lo que es la figura de los esposales.⁽¹⁸⁾

La manifestación de la voluntad de los futuros conyuges forman el consentimiento por existir el mismo contenido y finalidad en cada una de sus manifestaciones.

Un problema distinto del consentimiento es también lo relacionado a la capacidad de los futuros conyuges tanto para cumplir con las funciones de un futuro matrimonio por haber llegado a la edad necesaria para comprometerse para un futuro matrimonio, cuanto para poder celebrar el acto jurídico. Asimismo, es ajeno al estudio del consentimiento como elemento de existencia, lo relativo a la autorización que deberán conceder los padres, el tutor o el juez en su caso, cuando ambos novios o uno de ellos no tenga la edad para celebrar los esposales.

(18) JEMOLO, El Matrimonio, págs 119 y 120.

OBJETO POSIBLE COMO ELEMENTO ESENCIAL DE LOS ESPONSALES.

Todo acto jurídico requiere un objeto que sea física y jurídicamente posible. La imposibilidad en cualquiera de sus dos formas (física y jurídica) originan la inexistencia del acto. En los sponsales como en cualquier otro acto jurídico, deben distinguirse lo que son el objeto directo y el objeto indirecto. El objeto directo vendría siendo los actos jurídicos en general consiste en la creación, transmisión, modificación y extinción de derechos o de obligaciones.

Mientras que el objeto indirecto sólo existe en aquellos actos jurídicos en los cuales los derechos o las obligaciones van a tener relación con los bienes, pues van a ser los bienes los que van a constituir el objeto indirecto de las facultades o de los deberes que se van a originar, modificar, transmitir o extinguir por el acto jurídico.

En cada acto jurídico deberá definirse su objeto directo, pues de una manera abstracta, se puede decir que el objeto en general consiste en la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos o de obligaciones; pero haciendo mención ya en concreto de cada acto, será necesario precisar, de acuerdo con su definición, cuál es su objeto específico. Tomando en cuenta el objeto

de los esponsales con el de los actos jurídicos en general, se puede decir que desde el punto de vista estrictamente legal, se puede decir que también existe un objeto directo en el acto de los esponsales, que consiste en la creación de derechos y obligaciones entre los futuros esposos, es decir entre mujer y hombre, de tal manera que los fines específicos imponen a los futuros esposos respectivamente la obligación de un futuro matrimonio.

INEXISTENCIA DE LOS ESPONSALES POR OBJETO JURIDÍCAMENTE POSIBLE.

Como se ha mencionado que para la existencia de cualquier acto jurídico es necesario que su objeto sea físico y jurídicamente posible. Considerando que uno de los objetos específicos de los esponsales consiste en la creación de derechos y obligaciones entre un hombre y una mujer, sería evidente que la identidad sexual de los novios, originaría un obstáculo insuperable de carácter legal, tal como se define en el artículo 1828, al mencionar que es imposible el hecho que no puede existir porque sería incompatible con una norma jurídica que debería regirlo forzosamente y que constituye un obstáculo que no puede ser superado para su realización.

RECONOCIMIENTO QUE DEBE HACER LA NORMA A LA MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD CONTENIDA EN EL ACTO JURIDÍCO.

Cabe mencionar que hay un tercer elemento esencial en los actos jurídicos, que consiste en el reconocimiento que debe hacer la norma a la manifestación de voluntad, ya que en el supuesto de que el derecho no amparase tal declaración, no existiría propiamente el acto jurídico. Con esto se quiere decir que los esponsales existen como elemento esencial del reconocimiento que debe hacer la norma a la manifestación de voluntad de los novios, con dicha manifestación está perfectamente determinada en cuanto a su contenido, al concretarse el ordinario va a interrogar a los pretendientes si es voluntad celebrar los esponsales, se puede decir que la ley otorgará plena validez a la declaración que los novios hagan en el sentido indicado.

CAPACIDAD DE LOS NOVIOS.

La capacidad de ejercicio es un elemento de validez dentro de los actos jurídicos, toda vez que la capacidad de goce es esencial. Con esto se quiere dar a entender que para que un acto jurídico se considere válido se necesita que tenga capacidad de ejercicio el autor mismo.

Ya que si carece de esta capacidad el acto estará afectado de nulidad relativa. Tomando en consideración que la capacidad de goce, es una solución distinta, pues si falta la aptitud misma para ser titular de los derechos y obligaciones que en dicho acto se establecen, habrá una imposibilidad jurídica para que exista el objeto mismo del acto, con esto se quiere decir que cuando un sujeto no cuenta con capacidad de goce para que celebre actos jurídicos, va a existir un obstáculo insuperable para que pueda entrar en su patrimonio o en su status el derecho o la obligación que se pretenda crear con dicho acto jurídico, por lo que en conclusión, el objeto del acto será jurídicamente imposible.

Una vez entendido lo anterior, vamos a tratar de aplicarlo a lo que es el tema de esta Tesis que son los esponsales, vamos a distinguir entre los que es la capacidad de ejercicio y la capacidad de goce para poder llevar a cabo la celebración de dicho acto. Van a tener capacidad los que han llegado a la edad núbil que en nuestro sistema jurídico es de dieciséis años para el hombre y de

catorce para la mujer. Los menores de dicha edad, van a carecer de capacidad de goce para poder celebrar los esponsales, pero en este acto cuando son menores de edad son los padres o sus representantes quienes van a poder llevar a cabo a los esponsales pero una vez cumplido dieciséis años el hombre y catorce la mujer deberán ratificar este acto.

La capacidad de ejercicio en los esponsales supone la capacidad de goce con lo que se quiere decir, que ya se tiene la edad núbil.

Si hace falta la capacidad de ejercicio, por que son menores de edad, pero ya se cuenta con la capacidad de goce por haber cumplido la edad núbil, los esponsales estaran afectados de nulidad si el representante legal o sus padres no dan su autorización para celebrar los esponsales.

AUSENCIA DE VICIOS EN EL CONSENTIMIENTO.

De acuerdo con el artículo 1795 fracción II, determina que: "El contrato puede ser anulado II: Por vicios del consentimiento": Los artículos 1812 a 1823 regulan el error, el dolo y la violencia como

vicios del consentimiento y, de acuerdo con lo que llevamos explicado, tales disposiciones son aplicables, en lo relativo a los esponsales, tomando en consideración en lo dispuesto por el artículo 1859 que hace extensivas las reglas sobre contratos a todos los demás actos jurídicos, siempre y cuando no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos.

2.4.- EFECTOS DE LOS ESPONSALES.

Los efectos dentro del derecho civil con respecto a los esponsales en primer lugar veremos los:

a) Personales.- Nuestro actual texto, al igual al que los anteceden, niega eficacia a los esponsales para que se fuese al promitente renuente a contraer matrimonio. Los términos no pueden ser más explícitos: "Los esponsales no producen obligación de contraer matrimonio, ni en ellos puede estipularse pena alguna por no cumplir la promesa" (art. 142). Pero como es sabido toda promesa obliga a cumplir lo ofrecido y la ley, de manera abstracta, debe de proteger y amparar al defraudado. Pero el peligro que este tipo de promesas traen consigo por llevarse a cabo, normalmente, a edades en las que normalmente suele predominar la ligereza y la pasión, así

como también por llevar a cabo su cumplimiento forzoso en una institución que es el matrimonio, vital y permanente, también se mencionaría que en forma totalitaria, tomando términos de la política, existe un complejo de relación impar con cualquier otro vínculo jurídico, hasta se puede decir que quisas, la ciudadanía y la paternidad, ha hecho desde hace siglos, que el legislador actue más prudentemente, que ha venido poniendo trabas y moderando los efectos del compromiso estudiado hasta que se elimine el efecto principal procurado con la promesa: la celebración del matrimonio. Hasta tal punto es así, que el legislador no sólo impide en todo caso el triunfo de la "actiō matrimoniali", sino que ordena al juez la repulsión "a limine" de la demanda ("Los esponsales no producen obligación de contraer matrimonio, ni en ellos puede estipularse pena alguna por no cumplir la promesa, art. 142).

No se trata de que se de cumplimiento a una "obligación nula", ipso iure ya que en contrario a lo dispuesto en la ley, sino, como afirma Puig Brutau, que la ley la ha hecho incoercible jurídicamente ; como ya se explico anteriormente , la palabra es la palabra y lo que se promete se tiene que cumplir esto es una obligación valida, pero el legislador toma en cuenta el peligro que traería consigo, por lo que hacen que la prive de medios para hacerla efectiva. Por el contrario Pérez Gonzales Castán, en los comentarios que hacen con respecto a Kipp y Wolff afirman que " el

acto de negarse a celebrar matrimonio no puede considerarse como un acto ilícito, puesto que la ley autoriza". Se podría considerar que a diferencia de la opinión de estos escritores, que el cumplimiento de cualquier obligación que es contraída libremente es siempre un acto antijurídico, aunque este o no autorizado por la norma. ¿Quién puede negar que todo lo que este autorizado por la ley sea justo?, ¿Quién puede negar que en una institución tan legal como la prescripción tenga un fondo antijurídico?. "la explicación la encontramos en la fuerza compensatoria que el interés social puede ofrecer a un hecho antijurídico de inferior valor; en el fondo es un problema similar al que plantea la justificación a la pena de muerte, según se ofrece por algunos moralistas: hecho antijurídico, matar; de otro lado, garantía de subsistencia para la Sociedad"(19).

b) Materiales.- De acuerdo con el Código Civil español determina que el incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá obligación de resarcir a la otra parte los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido, pero hay que puntualizar más claramente esta forma en que son contemplados los esponsales dentro del derecho civil español:

1) Incumplimiento.- Este término implica la voluntad, no es imposible y va a existir la imposibilidad siempre que el matrimonio no pudiere llevarse a cabo porque existe un impedimento dirimente que no permitiría su celebración. Los esponsales concertados en tal circunstancia serían nulos, porque se forzaría a que se cumpliera una obligación que es contraria a la ley.

2) Falta de causa.- El precepto que ha sido transcrito exige la ausencia de una causa que obstaculise la celebración del matrimonio para que pueda ser remitida la obligación de indemnizar. Ya se han señalado diferentes causas que se entienden por causa justa según los canonistas la lista es enorme se tendría que terminar con un etc., ya que la vida es más fructífera en posibilidades que la imaginación más creativa. Por causa justa debe entenderse que es toda alteración en las condiciones personales de uno de los promitentes que, debe de haber existido antes que los esponsales y sido conocido del otro, habría impedido su celebración; se puede decir que se trata de un "concepto normativo o de valor".

3) Que los esponsales hubiesen sido contraídos por un mayor de edad o por un menor emancipado.- Es un proyecto que fué enviado al parlamento por el Gobierno en el cual se exigía que surgiera la obligación de indemnizar solamente a los esponsales que habían sido contraídos por mayores de edad; ya en su redacción

definitiva se incluyo a los menores emancipados. En el artículo 44 anterior a la ley del 7 de julio de 1981 mencionaba que " el menor asistido de la persona cuyo consentimiento sea necesario para la celebración del matrimonio". Aunque sea innecesario que se mencione la de "menor emancipado" es necesaria ya que con esto se eliminan dudas que surjan entre los interesados, la doctrina y los tribunales.

¿Que pasaría si un menor no emancipado, haya otorgado esponsales, alcanza la mayoría de edad o la emancipación manteniendo la promesa de un futuro matrimonio y posteriormente no la cumple sin haber causa justa?. Se podría decir que se mantiene en dicha situación ya que hay una revalidación de la promesa hecha por una persona capaz así como todas las obligaciones (limitadas solamente a indemnizar) ya que se tiene plena virtualidad de que de igual forma hubiera sido contraída teniendo dieciocho años cumplidos. Hay que tener en cuenta que la ley no restringe que los menores de edad no emancipados puedan hacerse recíprocamente promesa de futuro matrimonio (pero tal promesa no es nula) si no que solamente se le quita a dicha promesa la única eficacia legal; que es la obligación de indemnizar si se ha incumplido sin causa.

_ 4) Limites de la obligación de indemnizar; La ley determina si la obligación se apega al resarcimiento de los "gastos ocasionados y las obligaciones contraídas por razón de matrimonio". Se entiende

que en el Código Civil se limita la compensación a los gastos que el promitente defraudado (personalmente o por sus padres) efectuó directamente y que se lleven a cabo para la preparación y celebración del matrimonio como puede ser gasto del ajuar, recepción, la compra o renta de una casa o departamento, el viaje de luna de miel, et. pero no a los que "indirectamente" se ocasionen por la boda. Los bienes que se hayan adquirido quedaran en poder del defraudado, aún cuando no hayan sido objeto del resarcimiento; el juez tiene que analizar perfectamente la causa, porque tiene que determinar lo que entrara dentro del resarcimiento ya que en caso contrario esto llevaría a un enriquecimiento indebido. Tiene que hacer de su conocimiento el nivel social y de vida de los prometidos y además tiene que hacer una aplicación equitativa de los conceptos normativos aplicables al caso, ya que se tiene que tomar en cuenta que solamente sera un reembolso de gastos de acuerdo con la ley y no una plena indemnización.

De acuerdo con la doctrina suiza y el código alemán estiman compensables que aquellas pérdidas que pueda sufrir la víctima de la negativa al matrimonio que llevan consigo la próxima boda tales como el abandono del empleo, toda vez que el futuro cónyuge exige a su pareja que se dedique exclusivamente al hogar, ya que existe la promesa de que debe dedicarse al cien por ciento a este, la venta de bienes muebles o inmuebles con motivo del traslado

del lugar de residencia, la liquidación de una empresa, etc., dados los restrictivos términos en los que se manifiesta el artículo 143 de nuestro Código Civil no aparece que dichos daños sean indemnizables al amparo de este precepto, pero no cabe la menor duda que son auténticos daños nacidos de un acto antijurídico (la negativa infundada al matrimonio) y los mismos , en principio, deben ser indemnizados de acuerdo con el artículo 1902; sin embargo, los términos del artículo 143 son tan específicamente limitados que no tendría cabida otro tipo de indemnización más que para: "El que sin causa grave, a juicio del Juez, rehusare a cumplir su compromiso de matrimonio o difiera indefinidamente su cumplimiento, pagará los gastos que la otra parte hubiera hecho con motivo del matrimonio proyectado...", con lo que se puede decir que se tienen por excluidas las "perdidas sufridas". La solución que se da es cruel y literalista, pero no se puede decir que sea de otra manera toda vez que los estrictos terminos en que se pronuncia el artículo 143.

Para que se tenga una mejor precisión sobre este punto creo conveniente tomar en cuenta hacer una clasificación de los efectos de los esponsales de la siguiente manera:

a) Relativos al derecho de Obligaciones.- En esta institución se acentúa modernamente la naturaleza contractualista, ya

que aquí se justifica la obligación de resarcir en el supuesto caso que exista la ruptura injustificada de la promesa; en esta posición van a existir diferentes modalidades que han sido tomadas por diversas legislaciones, tal es el caso del Código Civil Español, Italiano y Venezolano, que se van a limitar a la reparación de los gastos ocasionados con motivo de la promesa y a las obligaciones contraídas por razón de esta; mientras que en el Código Civil Panameño y el Canónico específicamente en el canon 1017-39, se hace extensiva la indemnización de los perjuicios que se hayan sufrido por tal motivo, mientras tanto en el Código Civil Aleman, Mexicano y Peruano solo se va a reconocer la obligación de reparación de daños morales.

b) Relativos al Derecho de Familia.- En este caso la legislación contemporánea así como el Derecho Canónico no van a conceder acción para que se exija el cumplimiento de la promesa de matrimonio, habiendo algunas excepciones.

En nuestros días la promesa de matrimonio no crea parentesco alguno por afinidad, ni tampoco se obliga a cumplir con cuota alimenticia, ni tampoco hace surgir el impedimento de Pública honestidad, sin embargo existen algunas legislaciones que le atribuyen efectos de carácter familiar. Un claro ejemplo sobre a lo que nos

referimos esta expuesto en el Código Civil Aleman que va a extender a los prometidos las facilidades que se establecen para los contratos sucesorios y de renuncia a la herencia entre los cónyuges. También en la legislación Suiza se consideran como legítimos a los hijos de las personas que hayan celebrado los esponsales.

c) Relativos al Derecho Penal.- En Alemania, mediante la promesa de matrimonio se va a crear hasta cierto punto una relación familiar entre los consortes que se va a reflejar en importantes efectos de indole penal; tal es el caso en lo concerniente a la Exención de pena por complicidad y a la excusa que asiste el prometente para que se abstenga de testimoniar civil o penalmente en contra de otro.

El Código Civil Chileno en su artículo 101 va a recoger de manera explicita de que se admite la prueba del contrato de esponsales como circunstancia agravante del crimen de seducción.

2.5.- CADUCIDAD DE LA ACCIÓN.

Antes de entrar a ver este punto debemos de entender que es caducidad para saber que efectos tiene dentro de los sponsales que es la figura que estamos analizando, caducidad implica la acción o el efecto de caducar , perder su fuerza una ley o un derecho. Doctrinalmente se va a entender como una sanción por la falta de ejercicio oportuno de un derecho. El legislador va a subordinar la adquisición de un derecho a una manifestación de voluntad en cierto plazo o bien permite una opción. Si esta manifestación no se produce en ese tiempo , se pierde el derecho o la acción.

La caducidad tiene su origen en Roma en materia de herencia y aún se ve una cierta equivalencia en este contexto.

De acuerdo con el artículo 144 determina que " 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". Los términos legales son muy claros, pero aún así se pueden generar de ellos cuestiones; ya que si se fija

la fecha para la celebración del matrimonio y este no se llevo a cabo, desde esa fecha arranca el plazo de la caducidad; de igual manera ocurre si se estableció un término y éste haya sido alcanzado sin que la promesa se haya llevado a cabo. También el artículo 145 menciona "Si el matrimonio no se celebra, tienen derecho los prometidos a exigir la devolución de lo que se hubieran donado con motivo de su concertado matrimonio. Este derecho durará un año, contado desde el rompimiento de los esponsales". Si la ruptura surge por haber dado una de las partes un motivo justificado a la rescisión del compromiso, el plazo empezará a contarse desde que fuera conocida la causa.

**ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA**

CAPITULO III.

"LA INEFICACIA DE LOS ESPONSALES".

3.1.- CONCEPTO DE EFICACIA.

La eficacia va a ser un concepto que se acerca, incluso algunas veces llega a ser, según algunos autores y doctrinas, a identificarse con otros términos de la teoría general de la ciencia jurídica: como son vigencia, efectividad, positividad, etc.

La definición que da Kelsen sobre la eficacia (El hecho de que la conducta real de los hombres corresponda al orden jurídico) tiene que ser explicada analizándose en el contexto de las siguientes teorías: distinción entre ser y deber ser, deber ser jurídico, ciencias reales y normativas, ciencia jurídica y disciplinas afines (sociología y psicología del derecho) validez jurídica, ética jurídica, teoría del control social. Esto se hace con el fin de ubicar la eficacia dentro del conjunto de las teorías desplegadas en los campos de la teoría general de la ciencia jurídica, sociología, psicología y filosofía del derecho.

La finalidad de la Teoría general que propone Kelsen es la de "garantizar un conocimiento dirigido solamente hacia el derecho" así como también "eliminar de este conocimiento todo lo que no pertenece al objeto exactamente señalado como Derecho"(1).

Este principio es conocido como el de la "pureza metodica", ya que es el punto de partida de la construcción kelsiana, la cual opera la purificación que proponer lograr en dos direcciones diferentes; la primera dirección pretende separar al Derecho de la realidad, ya que "la sociedad es un objeto completamente diferente de la naturaleza" y la diferencia que se da entre una y otra evita disolver la ciencia jurídica dentro de la ciencia natural. El primer paso que da el metodo kelsiano es la distinción entre derecho y Naturaleza, así como también el de ciencia jurídica y ciencia natural. El mundo de la Naturaleza, que se despliega en el ser, aparece como distinto del mundo del Derecho, que se halla inmerso en el deber ser. La diferencia que se puede detectar entre esto es acudiendo al diferente principio unificador de uno y otro mundo : ley natural y norma de conducta. Las leyes van a ser establecidas por la ciencia de la naturaleza, ya que van a intentar explicar en forma causal los sucesos naturales.

(1) HANS KELSEN, Teoría Pura, traduc. Eduardo García Maynes, UNAM, Mexico, 1988, pág. 25.

1) En forma causal. Las leyes naturales son la expresión exacta de las relaciones causa-efecto.

2) Sucesos naturales.- Van a ser sucesos que son perceptibles sensorialmente, que se dan en el espacio-tiempo.

3) Mediante la categoría gnoseológica trascendental del ser.

La primera purificación va a traer consigo todo rechazo hacia el naturalismo jurídico. El principal unificador del mundo del Derecho no va a ser la ley natural ya que el Derecho no es realidad.

Más sin embargo el Derecho esta relacionado con la naturaleza a lo que Kelsen expresa "El Derecho - o lo que en un principio suele tomarse como tal- parece estar en el dominio de la naturaleza, tener una existencia del todo natural, por lo menos en parte de su ser(2)"

Cuando se analiza cualquier fenomeno jurídico se toma en cuenta los siguientes elementos:

a) un suceso exterior, perceptible sensorialmente en el espacio-tiempo;

(2) KELSEN, *ibidem*, págs. 26 y 27.

b) un sentido que se une a este suceso , dándole una significación específica (jurídica).

Cuando se va a separar lo que es ser y deber ser, ley natural y norma de la conducta, hay que distinguir lo que son ciencia de la realidad y ciencia del Derecho; esta va a quedar separadamente de la sociología y la psicología del Derecho, ya que estas van a estudiar con el método causa-efecto que van a ser sucesos que serán sensorialmente perceptibles en el espacio-tiempo, que vistos ya desde el punto de vista de las normas jurídicas, van a presentarse como hechos jurídicos(3).

La segunda purificación va a estar operando en el mundo del deber ser, donde se van a encontrar otras normas, además del Derecho. "importa aquí, ante todo, desligar al derecho de aquel contacto en que desde antiguo fué puesto con la moral"; con esto se va a rechazar toda tendencia que sólo permita la normatividad moral además y que se empeñe en reducir a ella toda otra normatividad; con este orden de ideas se va a admitir naturalmente la necesidad de que la norma sea moralmente buena: "En manera alguna se niega por esto la exigencia de que el derecho debe ser moral, es decir, bueno. Compréndense bien esta exigencia...

(3) KELSEN, Op. Cit., *passim*.

"Solamente se rechaza la concepción de que el Derecho sea, como tal, parte integrante de la moral; de que todo Derecho por tanto, sea en cuanto Derecho, en algún sentido, y en algún grado moral(4)". En ambos dominios que van a existir entre el deber ser, Derecho y moral, van a presentar principios unificadores diferentes, aquél de imputación, éste el deber ser axiológico que esta fundado en los valores. El principio de imputación va a pertenecer a la categoría gnoseológico-trascendental del Derecho, que va a ser una categoría puramente formal que va a ser aplicable a cualquier contenido; con este orden de ideas tan jurídico va a ser una norma justa como injusta, ya que ambas van a tener el elemento común que las identifica como jurídicas: que va a ser la coercibilidad.

Con esto podemos decir que el objeto propio de la ciencia del Derecho va a ser un deber ser cuya sola significación va a ser el sentido específico en que la condición y la consecuencia se correspondan en la proposición jurídica, cada vez que la consecuencia va a ser un acto coactivo que va a ser aplicado por el Estado.

El Derecho es "un aparato coercitivo al que no corresponde, en sí y de por sí, ningún valor político o ético, un aparato coactivo cuyo valor depende más bien trascendente al Derecho, en tanto medio(5)".

(4) KELSEN, *ibidem*, pág. 38.

(5) KELSEN, *ibidem*, pág. 60.

Esta va a ser la manera como la ciencia jurídica va a delimitar su objeto, todo esto como consecuencia de haber separado el Derecho con respecto a la realidad y a la ética.

El concepto de eficacia tiene que separarse con respecto a la noción de verdad, ya que para el realismo gnoseológico, esta separación se va a dar como algo natural, ya que la verdad va a aparecer como una relación de concordancia entre pensamiento y objeto pensado, y por lo tanto se le llama verdadero a un pensamiento que se va a adecuar a la realidad y no va a alterar lo real ya que va a reproducir los hechos sin que los modifique pero hasta cierto punto.

Pero al contrario la eficacia va a ser la concordancia entre lo "real" y la norma: "La relación es precisamente inversa; la verdad del concepto depende del objeto; la rectitud de la norma-idea ejemplar, no depende de la conducta, sino a la inversa, la rectitud de esta de su conformarse a aquélla... Es el error central de la teoría egológica" (6).

(6) Cfr. CASAUBON, JUAN A., comentario a de los causas del Derecho del Derecho, Ensayo metafísico de Alfredo Froguero en rev., La ley, t. 56, pág. 1042.

Se va a llamar eficaz a un orden normativo obedecido por la realidad. Verdad y eficacia son conceptos de relación, pero con un sentido opuesto, puesto que la verdad se refiere al conocimiento, en tanto que la eficacia es relativa a la acción. El conocimiento y la acción van a ser dos movimientos divergentes del espíritu humano.

Pero esta idea ha sido mostrada por la descripción fenomenológica del conocimiento de Hessen: "En la acción no determina el objeto al sujeto, sino el sujeto al objeto. Lo que cambia no es el sujeto, sino el objeto. Aquel ya no se conduce receptivamente sino espontánea y activamente, mientras que este se conduce pasivamente. El conocimiento y la acción presentan, pues, una escritura completamente opuesta(7)".

Vamos a ver:

1) un análisis etimológico sumario, confirma la ideas que han sido expuestas, ya que eficacia deriva del latín (verbo *efficio*, is, feci, factum, ficere: hacer, efectuar, causar, ocasionar), va a ostentar un originario significado operativo.

2) La norma jurídica puede ser caracterizada como un esquema para la acción:

(7) KELSEN, *Teoría*, pág. 28.

"La existencia de estas uniformidades hace posible un proceso de abstracción por el cual, sobre la infinita variación de los comportamientos empíricos, se construyen pautas típicas que, sin coincidir necesariamente con ningún comportamiento aceptable, representan un esquema alrededor del cual se dan esas infinitas variaciones, representan un esquema alrededor del cual se dan esas infimas variaciones...

Y esto, nos señala la existencia de otra clase de patrones que también pueden coincidir con los anteriores -tipo de comportamiento más frecuente-, pero que se diferencian netamente de éstos por su función y naturaleza... A menudo estos patrones típico tienen existencia explícita como reglas, máximas y codificadas, como parte integrante del Derecho Positivo(8).

Santo Tomas de Aquino va a enseñar que "la ley es una cierta regla y medida de los actos, que induce a el hombre a actuar, o le retrae de ello"(9), y ubica a la ley dentro del orden práctico contrapuesto al orden especulativo".(10)

Facilita la comprensión del concepto de eficacia, distinguirlo del de eficiencia tal como es propuesto por la Sociedad Francesa de Filosofía, que llama eficaz " a la causa que produce su efecto sin perder ni ganar nada de sí misma; eficiente, a la causa que produce su efecto transformándose en el parcial o totalmente" (Sociedad Francesa de Filosofía, Vocabulario, vocablo Eficiente; ver asimismo los vocablos Causa y Eficaz).

(8) GERMANI, La Sociología, edit. Bosh, Barcelona, 1970, págs. 56 y 57.

(9) Cfr. TOMAS DE AQUINO, sum. T. I-II, Q.90, Art. 1

(10) *Ibidem*, Q.94, art. 2.

En ese sentido, el orden jurídico es eficaz y no eficiente , ya que aparece como causa que produce permanentemente su efecto propio (motivación de una conducta en determinado sentido).

Va a corresponder a la Sociología Jurídica y también a la Sociología del Conocimiento mostrar la probable vinculación entre la idea de eficacia y el principio de causalidad que es empleado hoy por las ciencias naturales. Este principio ha recorrido históricamente dos etapas, en la primera causa fue concebida como eficaz (que va a ser la permanente productar de sus efectos), y en la segunda, etapa actual de la ciencia de la Naturaleza , como eficiente (sucesión de dos fenómenos, transformándose el primero en el segundo). La concepción científica actual de la noción de la causa, sostiene, en efecto, "que la noción de causa, en las ciencias, es de uso tanto más raro cuanto más desarrolladas están, y que tiende a ser reemplazada por leyes que enuncian la permanencia o la equivalencia de ciertas magnitudes".(11)

Ahora que si la primitiva idea que se tiene de retribución presidió la comprensión del principio de causalidad, que diera a

(11) Cfr. Sociedad Francesa de Filosofía, Vocabulario, vocablo eficiente: ver asimismo los vocablos causa y eficaz.

conocer Kelsen, esto debido a que la Naturaleza apareció primero al hombre como proyección de la Sociedad sobre el Cosmos, si esto es realmente cierto, se va a comprender que la vinculación histórica y la sociológica son constables entre la idea de retribución y la causalidad eficaz.

Se piensa que probablemente en la primera etapa del pensamiento, el vínculo que se da entre causa-efecto fué concebido a la manera de relación orden jurídico-conducta humana.

Esta concepción no va a ser extraña, toda vez que el carácter animista del modo de pensar primitivo, esto en virtud del cual se interpreta a la Naturaleza como conjunto animado de fuerzas personales.

La eficacia va a designar el hecho de que las normas del orden jurídico sean obedecidas, y su sentido va a derivar de considerar al derecho como una técnica destinada a provocar cierto comportamiento. En la mayoría de los casos, vigencia y eficacia son tomados como sinónimos.

La eficacia es enfocada por la Teoría General de la Ciencia Jurídica de las siguientes formas:

1) Existe una relación entre validez y eficacia. " Cuando... se habla de una validez de la norma, no debe con eso expresarse, por de pronto, más que la existencia específica de la norma, el modo singular en que se da, a diferencia del ser de la realidad natural que tiene su curso en el espacio y en el tiempo(12)".

Para esta teoría la validez va a depender de la forma o modo en que fué producida, mientras que la eficacia va a depender de la correspondencia entre la conducta real y la norma. La validez no va a ser igual que la eficacia.

2) Relación entre eficacia y destinatario del orden jurídico. La eficacia del orden jurídico se va a apoyar en el hecho de que va a motivar o a provocar en determinado sentido a sus destinatarios, esto se da mediante la amenaza de un mal o acto coactivo para el caso de una conducta contraria a la deseada. esto va a permitir ver al Derecho como una Técnica Social, además de establecer que "en atención a ella (la eficacia) se restringe el contenido de las normas jurídicas ... a la conducta humana" pues "sólo el hombre, dotado de

razón y voluntad, puede ser motivado por la representación de una norma a una conducta conforma a la norma" esto a permitido que el animismo primitivo existan ciertos órdenes jurídicos que dirigiesen mandatos a una realidad no-humana"(13).

3) El desuso de la ley, la ley inconstitucional, la sentencia contra legem, se explican dentro de lo que es la Teoría General, acudiendo a un mecanismo que va a conferir validez a actos o normas antinormativas. De esta manera se va a resolver la mayor amplitud posible entre el conflicto que existe de entre vigencia o eficacia o validez.

La sociología y la psicología jurídica van a enfocar al Derecho no como una norma ni tampoco como una conducta normada, sino más bien como un hecho "Para este modo de consideración el Derecho sólo entra en cuenta como hecho del ser, como factum en la conciencia de los hombres que establecen, cumplen o infringen el Derecho(14)". Estas disciplinas que son afines a la ciencia del Derecho , van a dirigir su atención a fenomenos reales, tratando de explicarlos mediante la relación causa efecto.

(13) Ibidem, KELSEN, Teoría Pura, págs. 56-57.

(14) KELSEN, págs 36.

Para la Sociología y la Psicología del Derecho los aspectos que van a interesar fundamentalmente para el estudio de la eficacia de un orden jurídico son los siguientes:

1) El control social. Los matices que va a contener el vocablo control van a señalar la diferencia de interpretación que puede darse a la eficacia en cuanto a la intensidad de su acción. Ya que los matices de la palabra control pueden significar y de hecho han significado en una primera etapa, influencia, aspiración y en una segunda etapa, en cambio, motivación, acción más directa sobre la conducta.

2) Los motivos de la obediencia. El medio específico del que se vale el Derecho para hacerse obedecer, va a ser la coacción: la amenaza de fuerza va a motivar a la conducta ordenada en la norma y la aparta de la contradictoria. Empero el control Jurídico que va a ser una de las clases de control social. "Esta relación de correspondencia en que se encuentra la conducta efectiva de los hombres en el orden jurídico , según veremos luego, no ha de ser necesariamente atribuida a su eficacia, sino que puede serlo en particular a aquellas ideologías cuya función es provocar o exigir su correspondencia(15)".

(15) *Ibidem*, KELSEN, *Teoría Pura*, págs. 59-60.

3) La Sociología. cuando establece el concepto de normas enseña una manera particularmente clara acerca de la diferencia que se va a presentar con respecto a pautas de otro tipo, que no son normativas.

Tomando en cuenta la Jusfilosofía, que a ella va a pertenecer el problema axiológico del Derecho. Y con este orden de ideas, la eficacia de un orden jurídico va a estar vinculada a su relación con las valoraciones que son vigentes en la comunidad a la cual esta dirigida la normatividad. Se va a necesitar un mínimo de concordancia o de no repugnancia, de las normas respecto a las valoraciones del medio social, ya que, de otro modo, el modo jurídico que intentar establecerse, caería por no tener el sustento de la vigencia o eficacia. En relación a esto Verdross dice que "Otra cuestión es si un ordenamiento jurídico puede ser, a la larga, regularmente eficaz, si no llena de determinados requisitos reales (jusnaturales). Pero esta cuestión no puede ser tratada aquí(16)".

Esto es lo que la Jusfilosofía nos puede enseñar en cuanto a la relación que existe entre eficacia y valores o valoraciones, ya que esa vinculación se puede concebir en dos formas

(16) Cfr. VERDROSS. Contribución al establecimiento del concepto de Derecho, pág. 31.

diferentes, según el concepto que se tenga sobre el paino axiológico: influencia de los valores per se, o influencia no de los valores en sí, sino de las valoraciones que son vigentes en el medio social.

3.2. LOS ESPONSALES Y SU INEFICACIA.

Porqué se considera que los esponsales ya no son eficases, porque ya no producen el efecto deseado, que sería comprometerse para la realización de un futuro matrimonio, ya que desde su aparición en nuestro Derecho que fué en el año 1917 en la Ley de Relaciones Familiares ha sido totalmente inoperante por los juristas y además de que nadie quiere celebrar esponsales o peor aún que hay gente que desconoce la existencia de esta figura dentro de nuestro Derecho.

3.2.1.- CAUSAS DE LA INEFICACIA DE LOS ESPONSALES.

Los esponsales van a constituir una figura jurídica huldiza, ya que su organización va a depender de las costumbres de cada

tiempo y lugar y evolucionar circunstancialmente, se van a a adaptar a las peculiaridades aceptadas. La ley, siempre a remolque de los usos, ha girado tras ellos en éstos como las demás materias, cuando dichos hábitos no han ido contra los conceptos morales aceptados en cada época.

Hoy, bajo nuestras sueltas libertades, tan contrastantes en cuanto a la conducta de la mujer con la de tiempos pasados, incluso con la de nuestros días, el concepto tan tradicional que conocemos de los esponsales aparece bastante cercano al anacronismo.

Hoy los jóvenes de ambos sexos salen, trabajan, estudian, bailan incluso viajan, sin necesidad de ser acompañados por adultos, de toda fiscalización inmediata; el hecho de que los padres se angustien por las posibles consecuencias no obsta en muchos casos para que así obren; mediante estas acciones se van conociendo a los jóvenes y la mutua atracción, solamente amigable hasta el momento, va elevando la sintonía, paulativamente, hasta que alcance la fase en que las parejas bien encaminadas deciden contraer matrimonio en una fecha inmediata o en un futuro más o menos lejano, dependiendo de las circunstancias que les cerquen.

Pero con la situación que se está viviendo en nuestros días ya es imposible que los jóvenes piensen en comprometerse para la realización de un matrimonio futuro, ya que para ellos es más cómodo llevar una relación donde no haya responsabilidades, ya que un matrimonio implica antes que todo hacer un sin número de gastos para poder llevar a cabo la celebración del futuro matrimonio empesando desde el anillo de compromiso, invitaciones, iglesia, recepción, viaje de bodas, comprar o rentar una casa o un departamento, amueblarlo, y todavía pagar su mantenimiento, además del compromiso formar una familia, atender sus necesidades en algunos casos la mujer tiene que trabajar para ayudar a la manutención del nuevo hogar, esto trae consigo relegar el cuidado de los hijos a otras personas esto implica hacer más gastos, con esto la pareja va a llegar a una monotonía de hacer lo mismo todos los días además en los días de "descanso" tener que hacer otras actividades, todo este tren de trabajo lleva a que algunas veces el matrimonio termine en divorcio, por tal motivo los jóvenes deciden no comprometerse para un futuro matrimonio, y los que lo hacen son gente que lo realizan más por influencia o tradición familiar que por otra cosa y además de que también cuentan con una estabilidad económica que les permite solventar estos gastos pero hay casos en que este no es impedimento para comprometerse para llevar a cabo un matrimonio y lo realizan pero van a tener muchas carencias, por lo que muchos jóvenes prefieren mejor tener una relación que no

traiga consigo compromisos de ninguna especie por lo que la figura del compromiso para un futuro matrimonio no la tienen contemplada dentro de sus planes a futuro, por tales motivos los esponsales dejan de figurar dentro de nuestro derecho y más se piensa vivir en unión libre pensando que pueden separarse cuando así lo decidan sin tener que recurrir a abogados para llevar a cabo la separación.

Además no ha existido ningún solo caso de demanda por incumplimiento de los esponsales, con lo cual se quiere dar a conocer que es muy raro o mejor dicho nunca se han celebrado esponsales en nuestro país. Pero sin que nos demos cuenta todo mundo lleva a cabo los esponsales por que desde el momento en que los futuros conyuges acuden al registro civil a llenar la solicitud para que se lleve a cabo el matrimonio desde ese mismo momento se esta llevando a cabo los esponsales por lo que si se conoce la figura de los esponsales pero no con todas las formalidades que implica y con las penas que implica su incumplimiento.

3.2.2.- EFECTOS DE LA INEFICACIA DE LOS ESPONSALES.

Como es sabido , "la promesa de matrimonio no va a producir la obligación de contraerlo", pero como nadie se compromete a celebrar esponsales, no se puede hablar de efectos de algo que no existe o que no se lleva a cabo, por tal motivo se considera ineficaz a los esponsales ya que no constan en documento público o privado o hayan sido publicadas las proclamas.

Por tal motivo se considera que esta figura se encuentra en desuso y que debería derogarse de nuestro Código civil, además de que se le niega eficacia para forzar al promitente para celebrar el futuro matrimonio.

3.3. DERECHO OBJETIVO Y SUBJETIVO.

La actividad humana va a determinar las normas jurídicas dando a las relaciones que tienen los hombres entre sí un caracter particular, va a transformar las relaciones de hecho en relaciones de derecho. El hombre en su actividad va a regular su conducta por las normas jurídicas, Las relaciones que va a mantener con su semejantes no van a estar determinadas por las soluciones que le

parecen preferibles en cada hipótesis determinada: sino por el interés de procurar limitar los intereses en prevención.

Las relaciones mutuas de los hombres, que están limitadas por las normas jurídicas, se van a componer de derechos y obligaciones que no van a corresponder los unos a los otros. Limitando los intereses que no chocan con la norma jurídica, van a poner los límites en los cuales un interés dado, puede convertirse en derecho y los límites correspondientes en cuanto a otro interés que nace al mismo que la obligación. La relación que se da entre el derecho y la obligación es una relación jurídica.

Así el derecho va a comprender al mismo tiempo normas y relaciones. Las normas jurídicas y las relaciones jurídicas son dos figuras distintas del Derecho: OBJETIVO Y SUBJETIVO.

Las relaciones jurídicas se llaman derechos en el sentido subjetivo porque el derecho y la obligación son atributos del sujeto. Sin sujeto no puede existir. Derechos y obligaciones deben necesariamente ejercerse sobre algún sujeto y es lo que se conoce como derecho Subjetivo. Al contrario las normas jurídicas no necesitan la presencia del sujeto van a tener un carácter general y

abstracto y no se van a adaptar a un sujeto determinado esto va a significar el derecho en el sentido objetivo.

Se va a tratar de analizar los caracteres distintivos de las normas y las relaciones jurídicas comenzando por el estudio del derecho objetivo que por su carácter más general se presta más fácilmente a análisis.

Falta mencionar que sin embargo que no fué el derecho objetivo el que precedió al subjetivo, sino que éste fue el que apareció primero. El desarrollo histórico va a apreciarse siempre en efecto de lo particular a lo general, también en el origen, el derecho subjetivo nació primero y después van a venir las normas generales y la reglamentación. Aquí va a surgir una discrepancia ya que de acuerdo con García Máynez, el problema radica en que está mal planteado: ya que no se va a tratar de una precedencia de temporalidad o psicológica, sino más bien de una precedencia lógica. Y que desde ese punto de vista, ambos conceptos se implican mutuamente: ya que no hay derecho objetivo que no conceda facultades, ni derecho subjetivo que no sea concedido por una norma(17).

(17) N. M. KORKOUNOV, Cours de théorie générale du droit, traduit du russe par J. Tchernoff, 2^e éd., Paris. M. Giard & E. Brière, 1914, livre II, Chap. I. § 22, pág. 186.

Antes de que hiciera su aparición la norma única se creía en que existía una pluralidad de derechos. Los antiguos no aplicaban a los casos particulares la norma general que se conoce pues para cada caso creaban un nuevo derecho y solamente por una generalización sucesiva y lenta de resoluciones particulares, nacían con el tiempo las reglas generales.

Estas reglas van a representar un grado de generalización todavía imperfecta; con reglas que van aparecer como separadas reglas causales.

Aun cuando una de las normas jurídicas generales una vez que son aceptadas dependen necesariamente los derechos subjetivos. La definición de cada derecho subjetivo distinto va a constituir un verdadero silogismo. La norma jurídica va a desempeñar el papel de premisa mayor; los intereses diversos regulados por las normas, la menor y la definición de derecho y obligación que resulta van a formar la conclusión.

Se ha definido al derecho objetivo como un conjunto de normas imperativo-atributivas o como "la norma bilateral que regula la conducta".

Este carácter imperativo-atributivo, o de bilateralidad de las normas que constituyen el derecho objetivo, es uno de los que las distinguen de las normas morales y de las de trato social o convencionalismos sociales.

La característica que ya hemos mencionado va a consistir no solo en la imposición obligaciones sino también en la de conceder facultades. Frente al sujeto obligado, vamos a encontrar a otro sujeto facultado para exigir a aquél el cumplimiento de su obligación. Y a la facultad de exigir el cumplimiento de una obligación, se le va a denominar derecho subjetivo.

De tal manera que el derecho subjetivo va a ser la facultad o autorización concedida a una persona por una norma jurídica (derecho objetivo) y relaciones (lado subjetivo).

La división del derecho en objetivo y subjetivo no va a ser radical, ya que no implica "una escisión en el reino de lo jurídico". Esto va a significar una forma de ver, desde dos puntos distintos, a una misma estructura normativa. Por tal motivo Aftalión y García

Olano hacen menión sobre el derecho "desde dos puntos de vista objetivo y subjetivo(18)", mientras tanto otros autores se van a referir con relación al derecho en el sentido subjetivo y en el sentido objetivo, o desde el punto de vista objetivo y subjetivo en el derecho.

Analizando bien uno y otro concepto van a ser correlativos; toda vez que no se puede concebir una norma jurídica (derecho objetivo) que no conceda facultades (derecho subjetivo) ni una facultad jurídica que no sea concedida por una norma de la misma índole. El derecho subjetivo va a significar un permiso otorgado por la norma ya que se va a tener la posibilidad de hacer o de omitir algo lícitamente, y el derecho objetivo va a ser esta norma que lo permite.

Ya con el simple hecho de que ambos conceptos sean correlativos no significa que puedan confundirse. Va a existir entre ellos una relación semejante a la que existe entre la superficie cóncava y la convexa de un cono hueco: ya que la convexa va a determinar a la cóncava, pero no se va a confundir con ésta. De tal manera se podría ejemplificar que el derecho objetivo y el subjetivo son dos caras de una misma moneda que sería el derecho general: una no puede existir sin la otra, pero no se identifican.

(18) ENRIQUE R. AFTALION Y FERNANDO GARCIA OLANO, Introducción al Derecho, Sociología Jurídica, Filosofía del Derecho, Ciencia del Derecho, 4a edic. Buenos Aires, 1939, cap. VII, pág.270.

El término de derecho objetivo, se va a aplicar para designar una norma, un conjunto de normas o todo un sistema jurídico; pero siempre se va a estar refiriendo al concepto de norma. Los caractere propios de la norma jurídica van a ser: bilateralidad, generalidad, imperatividad y coercibilidad, tratare de explicar cada uno de ellos.

1) *Bilateralidad.*- La norma jurídica va a ser bilateral toda vez que va a estar compuesta por dos partes, donde una va a establecer una facultad, y la otra una obligación. Dicha facultad y obligación van a corresponder a distintos sujetos. De tal modo que de esta característica se va a distinguir esencialmente a la norma jurídica de la norma moral. Ya que la primera va a establecer obligaciones de un sujeto para con otro y la segunda establece deberes del sujeto para consigo mismo.

El contenido de la facultad jurídica va a ser el mismo que el de la obligación: el objeto de ambas va a ser el mismo.

2) *Generalidad.*- La norma jurídica va a ser general, aun cuando excepcionalmente no se pueda hablar de una norma jurídica individual. Ya que esto no puede ser de otra manera. YA que no se puede crear una norma juídica para casos concretos que se presentan en la

realidad, ya que tendría que haber un número infinito de normas. Todo acontecimiento de la vida social tienen su individualidad propia que lo va a caracterizar de los demás, y por tal motivo no puede ser regulado jurídicamente por lo que tienen de propio o peculiar. De tal modo que la norma jurídica va a tener que proceder por abstracciones y categorías, de hechos y de relaciones, que tienen algo en común y que con uniformidad se van a repetir en el tiempo.

Dado que la norma jurídica, en ocasiones, va a regir para casos futuros, va a ser necesario de que prescinda de los elementos accidentales que puedan traer consigo dichos casos.

3) Imperatividad.- Ya que la norma jurídica va a otorgar por un lado, facultades e impone por otro, obligaciones, esta imposición no se puede crear sin el carácter imperativo de la misma norma. Ya que de acuerdo con Del Vecchio con una simple afirmación o enunciado no va a tener el carácter jurídico, así como tampoco lo tienen los consejos, ni las simples exhortaciones. La norma jurídica va a ser un mandato que se debe de imponer inexorablemente; ya que establece exigencias, y no nada más recomendaciones.

4) *Coercibilidad.-* Esta va a consistir en la posibilidad de constreñir al obligado para que cumpla con su obligación, si no lo hace voluntariamente, con esto no se quiere decir que la norma jurídica siempre deba ser impuesta por la fuerza, ya que si existe cumplimiento espontáneo de la obligación, la coacción va resultar innecesaria.

La coercibilidad va a ser considerada como una sanción propia del Derecho y el remordimiento va a ser considerado una sanción de la moral.

Varias son las teorías que existen para explicar la naturaleza del derecho subjetivo, pero solamente haremos mención de las más importantes.

TEORIA DE LA VOLUNTAD.

A Bernhard Windscheid se le va a considerar como el fundador de esta teoría, pero existen antecedentes de esta en la filosofía de Wilhelm Friedrich Hegel, Romagnosu, Rosmini y Puchta. Para Windscheid el derecho subjetivo va a ser una potestad o

señorío de la voluntad impartida por el orden jurídico, esta definición va a comprender dos clases de derechos subjetivos:

1.- El derecho va a tener un determinado comportamiento, hecho u omisión, de las personas que se van a encontrar frente al titular o con determinada persona. Tomando como base este hecho concreto, el derecho objetivo va a emitir un precepto imponiendo un determinado comportamiento y pone este concepto a disposición de aquel en cuyo favor lo ha establecido. Por tal motivo la voluntad del titular va a ser desisiva para la actuación del mencionado precepto. Windscheid dice que el orden jurídico se ha despojado de este en favor del titular.

2.- La voluntad del titular va a ser decisiva para el nacimiento de derechos de la primera especie, o también para la extinción o modificación de los derechos que ya han sido creados. Se le va a tribuir al titular una voluntad decisiva para la existencia de preceptos del orden jurídico.

Una crítica a esta teoría va a ser que es insuficiente para definir al derecho, ya que si la voluntad fuera el fin del derecho, que se

obtuviera del derecho si estuviera en manos de personas sin voluntad, Rudolf von Ihering se pregunta si la personalidad y la capacidad jurídica son idénticas a la capacidad de querer, las legislaciones del mundo no reconocerían al incapaz, a los niños ningún derecho, ya que se les considera que no tienen capacidad, pero en estas legislaciones se les van a tomar en cuenta sus derechos. También considera que el fin último del derecho está en la voluntad, todas las convenciones que no tienen nada de inmoral, ilícito tienen que tener fuerza jurídica obligatoria.

Los derechos no van a existir para realizar la idea de voluntad jurídica abstracta, al contrario van a garantizar los intereses de la vida, para ayudar a sus necesidades o para realizar sus fines. Esto va a ser su misión, su fin.

Se tiene que partir de la voluntad imperante en el derecho subjetivo de que va a ser solamente la voluntad del ordenamiento jurídico y no la voluntad del titular y también cuando el orden jurídico va a inferir en la voluntad de una persona el contenido de su precepto, solo el precepto va ordenar y no la persona. Por este precepto que emana a favor del titular, el orden jurídico va a ser decisiva la voluntad del titular del mismo. Ya que la voluntad va a

significar norma para el comportamiento de aquellos con los que se encuentra de frente, porque va a disponer de un mandamiento jurídico que a su vez es norma para su comportamiento.

García Maynes establece esta variante "modifica esencialmente la tesis primitiva, privándola de su verdadero sentido. Pues la voluntad del orden jurídico es algo enteramente diverso de lo que los individuos, o sea, del querer del sentido psicológico".

TEORIA DEL INTERES.

El principio del Derecho va a estar constituido por dos elementos: uno substancial en el que va a residir el fin práctico del Derecho y otro formal que se va a relacionar como medio con este fin. El fin va a ser considerado como el fruto y el medio como una envoltura protectora. El primer elemento va a crear un estado de hecho de utilidad o de goce que cualquiera va a poder mover o derribar. Esta situación deja de ser inestable o precaria cuando la ley va a protegerla. Por lo cual el goce o la perspectiva de goce se asegura y se convierte en derecho. Por lo que se va a considerar que los derechos son intereses jurídicamente protegidos.

TEORIA MIXTA O ECLÉCTICA.

Entre los representantes de esta teoría se encuentra a George Jellinek y a Roberto de Ruggiero.

TESIS DE GEORGE JELLINEK.

Este autor va a referirse a las dos opiniones que se van a contraponer en la controversia sobre la naturaleza de los derechos subjetivos: la que va a buscar la esencia del derecho de voluntad y la que va a buscar en el mundo de los bienes, contrapuesto a la voluntad.

La primera doctrina se va a unir a la vieja teoría que existía sobre el derecho natural que concebía al derecho subjetivo como una libertad. Esta va a recibir un gran impulso dentro del campo

de la filosofía especialmente con Hegel, que concibe al derecho como una voluntad: el derecho objetivo como voluntad general y el derecho subjetivo como manifestación de la potestad de querer del individuo, tomando en cuenta esta doctrina Hegel , formulo una definición del derecho subjetivo que lo va a designar como una facultad, autoridad o potestad de querer, que es conferida por el ordenamiento jurídico.

El fin del Derecho va a consistir en la tutela de los bienes y de los intereses. Pero para que un bien pueda dar lugar a un interés, no basta con la simple apreciación individual , sino que va a ser necesario que el bien sea considerado como tal por una apreciación media que va a resultar del mismo ordenamiento jurídico , todo esto como una síntesis de las opiniones individuales acerca de la utilidad de las cosas.

Jellinek establece que todo derecho objetivo que tienda a tutelar el interés general sin que reconozca alguna potestad de querer individual, tutela necesariamente una suma de intereses particulares individuales, sin que llegue a crear derechos subjetivos. Sólo cuando la voluntad individual sea reconocida como decisiva para la existencia del interés, éste se va a transformar en un derecho público subjetivo. Por lo que en consecuencia, la voluntad e interés o bien se van a encontrar comprendidos necesariamente en el concepto

de Derecho. La potestad del querer va a ser el elemento formal; el bien o el interés, va a ser el elemento substancial, la instancia como el elemento formal del derecho, se va a referir de manera expresa solamente al derecho privado.

El derecho público subjetivo del individuo, va a tener por contenido la capacidad jurídica y va a resultar de una ampliación de la libertad natural, pero desde el punto de vista formal, este derecho consiste en pretensiones jurídicas que se derivan de las calificaciones concretas de la personalidad. En conclusión el derecho público subjetivo se va a fundar en forma exclusiva sobre las normas jurídicas que conceden una potestad y no sobre las que la permiten.

TESIS DE DE RUGGIERO.

También se va a referir en primer lugar a la doctrina que ve al derecho subjetivo como "un poder de la voluntad", un "señorío del querer". Pero esta teoría ha sido muy criticada ya que se menciona que la voluntad no va a ser el único elemento del concepto de Derecho. Esta teoría va a ser unilateral ya que el interés no

constituye la sustancia del derecho , sino más bien solo su afinidad, pero no todos los intereses que son garantizados por la ley van a constituir derechos subjetivos, pero va a haber algunos que aun protegidos por la ley no se elevan a la dignidad de derecho subjetivo.

Para De Ruggiero le parece más perfecta la doctrina que toma como criterio tanto el concepto de la potestad del querer como el del interés, por eso van a definir al derecho subjetivo como el poder de la voluntad del hombre de actuar para la satisfacción de los propios intereses de conformidad con la norma jurídica. Esta definición va a estar compuesta por dos elementos: uno formal y otro material. El formal va a estar constituido por el poder dado al querer, y el material va a estar constituido por el fin, en cuanto éste representa una utilidad y es garantizado por el derecho objetivo.

De Ruggiero va a determinar que donde haya derecho subjetivo, hay una garantía del derecho objetivo dada por la acción en juicio. Donde no exista garantía, no va a existir derecho subjetivo, podrá existir un interés, pero esto no quiere decir que todo interés no garantizado por una acción no sea reconocido por el derecho objetivo, sino que, no estando protegido por una acción, no es elevado a derecho subjetivo. Los intereses puros o simples van a ser

aquellos que están privados de tutela, mientras que los intereses legítimos van a tener la protección con recurso a los órganos de la justicia administrativa, no con la acción judicial.

TEORIA NORMATIVA

Esta teoría va a estar representada por Hans Kelsen, fundador de la llamada "Escuela de Viena".

Kelsen dice que el derecho subjetivo "es necesariamente un derecho a la conducta ajena, o sea a la conducta a que otro está jurídicamente obligado. El derecho subjetivo de una persona presupone el deber jurídico de otra(19)".

Solo se va a poder hablar de un derecho subjetivo a la propia conducta, cuando exista un deber correspondiente de otro sujeto. La afirmación de que exista el derecho de conducirse en determinada forma sólo va a encerrar una significación negativa: la de que no se esta obligado a conducirse de otra manera, la de se es libre respecto a una determinada conducta.

(19) HANS KELSEN, Teoría General del Derecho y del Estado, ed. cit 1ª parte, VI, a), pág. 87

Pero para que se pueda ser libremente jurídicamente en relación con determinada conducta, va a ser necesario que otro u otros individuos tengan la obligación de un comportamiento correlativo "No soy jurídicamente libre de hacer lo que quiero si los demás no están jurídicamente obligados a no impedirme lo que haga(20)". De tal manera que el contenido de un Derecho subjetivo va a ser el cumplimiento del deber de otro sujeto. Se dice que una persona ejercita o hace uso de su derecho, esto significa que observa la conducta que corresponde al comportamiento a que otra persona está obligada.

En un sentido más técnico y estricto Kelsen afirma que el derecho subjetivo de una persona no está implicado por la obligación de otra. El hecho de que la norma obligue a alguien a conducirse en determinada forma frente a otro, no implica que este último tenga el derecho de exigir al primero el cumplimiento de su obligación.

Kelsen va a ser una crítica al dualismo de derecho subjetivo y derecho objetivo, y de que el primero haya antecedido en forma histórica y lógica al segundo tal y como es sostenido por Dernburg y Blackstone.

(20) *Ibidem*, pág. 88

Los derechos subjetivos van a ser posibles lógicamente y psicológicamente cuando se presupone la validez de una norma general reguladora de la conducta humana, y esta norma no va a ser el resultado de una abstracción que sea basada en un conjunto de percepciones singulares de dichos derechos, ya que no son perceptibles mediante la sensibilidad. Los derechos subjetivos, en consecuencia, no pueden existir antes que el derecho objetivo. Si un derecho no ha sido garantizado por el orden jurídico, no puede ser un derecho subjetivo. Solo lo será cuando dicho orden así lo garantice "Ello significa que el derecho objetivo y los subjetivos existan concomitantemente(21)"

Son incorrectas las teorías que definen al derecho subjetivo como un interés jurídicamente protegido o como voluntad reconocida por la ley.

Kelsen va a concluir que un derecho subjetivo es, por lo tanto la norma jurídica en relación con aquel individuo que debe expresar su voluntad para el efecto de que la sanción sea ejecutada(22). El titular de este derecho va a ser el individuo a quien el orden jurídico va a conceder la posibilidad de presentar una demanda, o el individuo que va a representar a este actor.

(21) *ibidem* KELSEN, pág. 93.

(22) *ibidem* KELSEN, pág. 99

"No se concibe un derecho subjetivo sin la correspondiente obligación, pero sí puede existir un deber jurídico sin que exista correlativamente un derecho subjetivo (en el sentido estricto de la palabra)"(23), cuando no se concede a ninguna persona el derecho de exigir el cumplimiento de ese deber consistente en abstenerse del acto violatorio(24).

3.4.- DERECHO POSITIVO Y VIGENTE.

De acuerdo con García Maynes explica que "llamamos orden jurídico vigente al conjunto de normas imperativo-atributivas que en una cierta época y un país determinado la autoridad política declara obligatorias(25)".

Se van a señalar como elementos de esta definición, los siguientes:

1º El orden jurídico vigente va a ser un conjunto de normas jurídicas ("imperativo-atributivas").

(23) *Ibidem* KELSEN, pag. 97.

(24) V también HANS KELSEN, La teoría Pura del Derecho, ed cit IV, n°24, b), págs 78 y 79

(25) GARCÍA MAYNES, Introducción al estudio del Derecho, 1ª parte, cap. IV, n° 22, pág. 37. V. también MORNEAU OSCAR, El estudio del Derecho, edit Porrúa-UNAM, México 1977, pág.65

2° Estas normas son dictadas por la autoridad política ("declaraciones obligatorias"), y

3° Van a regir en una época y en un país determinados.

De esta manera el derecho vigente va a ser el que en un tiempo y en un lugar determinados tuvieron validez formal que fué otorgada por el órgano correspondiente del Estado, cuando éste lleno los requisitos exigidos por una norma jurídica superior para dictarlo.

El derecho objetivo como el subjetivo pueden ser vigentes o no vigentes.

El derecho objetivo va a estar constituido por normas jurídicas que va a dictar el órgano legislador del estado, va a tener su vigencia cuando sea válido por haberse apegado a las formalidades exigidas por una legislación fundamental fundamental para su validez , sin que estas hayan sido abrogadas por normas jurídicas posteriores.

Una vez que el derecho objetivo es vigente en esas condiciones, también lo van a ser los derechos subjetivos que de él derivan.

Cuando un derecho objetivo ya ha sido derogado o abrogado y pasa a formar parte de un derecho que estuvo vigente pero ya no lo está, ya no se puede considerar propiamente como vigente, toda vez que su validez ya ha sido extinguida por una ley posterior, pero si se le quiere atribuir el carácter de vigente podría ser considerado como un derecho vigente histórico.

Si el derecho objetivo deja de ser vigente, los derechos subjetivos que nacen de él también lo dejarán de ser.

Para que el derecho vigente exista como tal, va a ser necesario que, en primer lugar, que sus normas hayan sido dictadas por un órgano legislativo Estado, pero tiene que llenarse previamente unos requisitos establecidos por una legislación superior, y en segundo lugar se va a necesita que dichas leyes no hayan sido derogadas o abrogadas por otras normas posteriores. Este concepto que se tiene del derecho vigente es más propio del sistema jurídico moderno.

El orden jurídico vigente va abarcar no solamente a los preceptos o normas que el poder público dicta a través de los

órganos correspondientes, sino también a las normas consuetudinarias y a las jurisprudencias obligatorias. Pero estas sólo van a formar parte de este orden cuando la ley estatal las acepte o reconozca como fuentes supletorias para que llenen un vacío que existe en la legislación, esto se da para que el órgano jurisdiccional pueda decidir un caso concreto que no este previsto en la ley.

Las locuciones derecho vigente y derecho positivo suelen ser empleadas como sinónimos pero no es así, ya que el derecho positivo va a ser aquel que va a tener una aplicación práctica, que se va a cumplir judicial o extrajudicialmente, va a ser observado en una sociedad y en una época determinada; va a ser el derecho viviente, eficaz. Y además tal afirmación me parece que es un poco incongruente, ya que todo derecho vigente es positivo, y tampoco no todo derecho positivo va a ser vigente.

Las fuentes del derecho positivo van a ser múltiples, ya que todas las fuentes que se consideren como productoras de normas jurídicas pueden dar origen al derecho positivo, entre las cuales encontramos; a la costumbres, la ley estatal, la jurisprudencia judicial, la razón y según Del Vecchio, la naturaleza intrínseca del hombre.

El derecho positivo va a ser un hecho que se va a basar en la observancia de cualquier norma vigente o no. La costumbre que no es aceptada por la autoridad política va a ser un derecho positivo más sin embargo no va a contar con validez formal. Y en caso contrario las disposiciones que son creadas por el legislador van a tener vigencia, pero no siempre van a ser acatadas. El hecho de que una ley no sea obedecida, no le va a quitar su vigencia, pero desde el punto de vista formal, "el precepto que no se cumple sigue en vigor mientras otra ley no lo derogue". Este principio ha sido tomado por la ley mexicana por tal motivo es necesario distinguir el derecho positivo del vigente.

La separación que se da entre derecho positivo y derecho vigente no puede tomarse en cuenta en todo sistema jurídico, ya que si un ordenamiento que no fuera obedecido o aplicado no se estaría hablando de vigencia, "por definición, la existencia del poder político. Derecho vigente es el políticamente reconocido, es decir, el que el Estado crea o aplica por medio de sus órganos. No es posible admitir - en lo que toca al sistema jurídico- el divorcio entre positividad y validez formal. La vigencia de cada ordenamiento tiene una serie de

supuestos sociológicos. Y el primero y fundamental es la existencia del Estado(26)

En conclusión si se puede hacer una distinción entre derecho positivo y derecho vigente, ya que el derecho positivo va a ser aquel que en efecto se aplica, el eficaz, el que es observado, el cumplido, el acatado sin que importe la fuente de la que provenga, mientras que el derecho vigente va ser el que es formalmente válido, el que es promulgado por el estado, en tiempo y lugar determinados y su validez no va a basarse en su efectivo cumplimiento o realización.

Por lo que en conclusión podríamos decir que sería adecuado la derogación de los esponsales del Código civil, toda vez que esta figura a pesar ser una norma vigente se ha convertido en Derecho Positivo, en atención a su no aplicabilidad por miembros de la sociedad mexicana.

(26) Op. Cit. GARCÍA MAYNES, pág. 40.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- La definición que existe sobre los esponsales es muy clara, es la promesa por escrito para la realización de un futuro matrimonio.

SEGUNDA.- El elemento esencial de los esponsales radica en que dicha promesa se haga por escrito, no aclarando la norma si debe ser en documento público, o ante dos testigos.

TERCERA.- La sanción que se va a contemplar dentro de los esponsales de acuerdo con el artículo 142 del Código Civil es que en los esponsales no se puede estipular pena alguna por su incumplimiento, pero de acuerdo con el artículo 143, va a establecer que a juicio del Juez el que rehusare a celebrar el compromiso sin

causa grave, va a tener que pagar los gastos que la otra persona haya hecho por motivo de la realización del próximo matrimonio, y también tendrá que pagar lo mismo el esponsal que incumpliera con el compromiso existiendo causa grave para su rompimiento, y también se verán obligados a la reparación del daño moral, por la duración del noviazgo y la intimidad que hayan tenido los prometidos, la publicidad de las relaciones y por la proximidad del matrimonio, pero después de una larga investigación en el Palacio de Justicia Superior, me pude dar cuenta que no hay ninguna resolución emitida por el pago de daños en el incumplimiento de esponsales, bueno nada más encuentre una, eso no puede ser posible, pero con esto nos podemos dar cuenta que nunca son utilizados los esponsales.

CUARTA.- Los requisitos para la celebración de los esponsales va a ser muy semejante a los requeridos para la celebración del matrimonio, primeramente tiene que existir manifestación de voluntad de los contrayentes, tienen que tener capacidad, tiene que existir ausencia de vicios en el consentimiento, además de que tiene que ser lícito el objeto, para su celebración el hombre tiene que haber cumplido dieciséis años y la mujer catorce, por tal motivo creo que los esponsales dejarán de tener eficacia toda vez que tienen gran similitud con el matrimonio, de tal manera muchas

parejas prefieren directamente celebrar el matrimonio, que comprometerse para su celebración.

QUINTA.- De acuerdo con los efectos de los esponsales, la promesa de futuro matrimonio no produce la obligación de cumplirla.

SEXTA.- Las acciones de reparación del daño por ruptura de los esponsales podran ejercitarse en un termino de un año, contado a partir de la negación de la celebración del futuro matrimonio.

El problema que se presenta en este caso es cómo fijar la indemnización por el daño moral ocasionado, y no tanto el material ya que este puede ser facilmente cuantificado.

SEPTIMA.- Los esponsales dejan de tener eficacia, ya que por el mismo hecho de que no son utilizados, como figura jurídica.

OCTAVA.- A los esponsales se les va a considerar como parte del derecho objetivo, ya que van a traer consigo un conjunto de normas o disposiciones creadas por ciertas instancias que son reconocidas por el Estado.

NOVENA.- También los esponsales van a formar parte del Derecho subjetivo, toda vez que va a representar una ventaja normativa para una persona o clase de personas, ya que aquí la ventaja que se estaría manejando es cuando el esponsal defraudado va a tener el derecho de interponer la acción ante el juez para que este determina el pago de la reparación del daño moral, así como también de todos los gastos que se hayan efectuado para la realización del futuro matrimonio. Ya que el derecho subjetivo va a realizar una función social específica.

DECIMA.- Los esponsales van a formar parte del derecho positivo, ya que la expresión de derecho positivo va a significar derecho existente, con lo que se quiere decir que los esponsales existen. El derecho positivo se opone al derecho que ha dejado de ser eficaz y que pierde validez, de tal manera que los esponsales al no ser llevados a cabo han dejado de ser eficaces, pero siguen estando en el entorno del derecho positivo ya que están presentes o siguen existiendo y están regulados por el Código Civil, que no sean utilizados por los sujetos es otra cosa.

DECIMA PRIMERA.- Los esponsales deben ser derogados por el Código Civil, por haberse convertido en derecho positivo y carente de aplicabilidad.

BIBLIOGRAFIA.

Arias José, Manual de Derecho Romano, Editorial, Bosh, Buenos Aires, 1941.

Arias Ramos J., Derecho Romano II, 11a edición, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1972.

Argüello Luis Rodolfo, Manual de Derecho Privado, 3a edición, Editorial Astrea, Buenos Aires 1990.

Abeledo Perrot, Diccionario Jurídico, Tomo II, Editorial Buenos Aires 1986.

Baqueiro Rojas Edgard, Derecho Civil, 2a edición, Editorial Harla, México 1992.

Bonnecase Julien, Elementos de Derecho Civil, Traducción Cajica José M., Editorial Cardenas Editor y Distribuidor, Tijuana Baja California, 1985.

Bonfante Pedro, Instituciones de Derecho Romano, Traducción Luis Bacci y Andres Larrosa, 5a edición Reus, España 1980.

Branca Giuseppe, Instituciones de Derecho Privado, Traducción Pablo Macedo, 6a edición, Editorial Porrúa, México 1978.

Catedraticos del Derecho Canónico de Universidades Españolas, Derecho Canónico, 2a edición, Editorial Eunsa Pamplona, España 1977.

Chavez Asencio Manuel, Familia en el Derecho, Derecho de Familia Relaciones Jurídico Familiares, 2a. edición. Editorial Porrúa, México 1992.

Diez Picaso Luis María, La Derogación de las Leyes, 4a edición, Editorial Civitas S.A, España 1990.

Dorantes Tamayo Luis, ¿ Qué es el Derecho? Introducción Filosófica a su estudio, Editorial Hispano-Americana, México 1977.

Ennecerus Kipp-Wolff, Tratado de Derecho Civil, tomo IV, volumen I, Derecho de Familia, Editorial Bosh, Barcelona 1941.

Entrena Klett Carlos, Mstrimonio, Separación y Divorcio, 3a edición, Editorial Aranzadi, España 1990.

Flores Barroeta Benjamin, Lecciones de Primer Curso de Derecho Civil, Editorial Saber S.A, México 1992.

Floris Margadant Guillermo, El Derecho Romano Privado, 4a edición, Editorial Esfinge, México 1992.

Folgado Avelino, Evolución Histórica del Concepto de Derecho Subjetivo, 2a edición, Editorial Pax Juris, Madrid 1960.

García Goyena Florencio, Concordancias, otivos y Comentarios del Código Civil Español, 2a edición, editorial Zaragoza 1974.

García Maynes Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, 40a edición, editorial Porrúa, México 1989.

Guitron Fuentevilla Julian, Derecho de Familia, Editorial Universidad Nacional Autónoma de Chihuahua, México 1988.

Ibarrola Antonio De, Derecho de Familia, 2a edición, Editorial Porrúa, México 1993.

Jemolo Arturo Carlo, El Matrimonio, traducción Santiago Serrato Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América 1954.

Kelsen Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, traducción Eduardo García Maynes, Editorial UNAM, México 1988.

Lagomersino Carlos, Enciclopedia de Derecho de Familia, tomo II, Editorial Universal, Buenos Aires 1992.

Lumia Giuseppe, Principios de Teoría e Ideología del Derecho, traducción Alfonso Ruiz Miguel, Editorial Debate, Madrid 1973.

Madrazo Jorge, Diccionario Jurídico Mexicano, 4a edición, Editorial Porrúa-UNAM, México 1995.

Magallon Ibarra Jorge Mario, Instituciones de Derecho Civil 3, Derecho de Familia, 3a edición, editorial Porrúa, México 1988.

Montero Duhalt Sara, Derecho de Familia, 4a edición, Editorial Porrúa, México 1992.

Morineau Iduarte Marta, Iglesias Gonzales Roman, Derecho Romano, 3a edición, Editorial Harla, México 1993.

Morineau Oscar, El Estudio del Derecho, Editorial Porrúa-UNAM, México 1997.

Olivecrona Karl, Lenguaje Jurídico y Realidad, Editorial Centro Editor Mexicano, Buenos Aires 1968.

Pacheco Escobedo Alberto, La Familia en el Derecho, 1a edición, Editorial Panorama S.S, México 1984.

Peña Bernaldo de Quiros Manuel, Derecho de Familia, Editorial Aglsa, Madrid 1989.

Pérez Duarte y Noroña Alicia Elena, Panorama del Derecho Mexicano, Derecho de Familia, Serie Jurídica, Editorial Mc Graw Hill, México 1996.

Pina Rafael, Derecho Civil Mexicano, 3a edición, Editorial Porrúa, México 1992.

Recasens Siches, Tratado General de Filosofía del Derecho, Editorial porrúa, México 1977.

Rojas R. Abelardo, El Derecho Subjetivo y el deber Jurídico, 3a edición, Editorial UNAM, Facultad de Derecho, México D.F 1954.

Rojina Villegas Rafael, Derecho Civil Mexicano, Tomo II, Derecho de Familia, 4a edición, Editorial Porrúa, México 1985.

Ruis Serramelera Ricardo, Derecho Civil, Derecho de Familia, Editorial Realigraf, S.A., España 1976.

Schultz Fritz, Derecho Romano Clásico, Traducción José Santacruz Telgero, Editorial Bosh, España 1973.

LEGISLACION.

Ley de Relaciones Familiares, Editorial Economica, México 1917.

Código del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, México 1870.

Código del Distrito Federal y Territorio de la Baja California, México 1884.

Código Civil del Distrito Federal, Editorial Porrúa, México 1998.