

343

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ARAGON**



**LOS ESPONSALES, UN ABSURDO JURIDICO
DEL DERECHO VIGENTE EN MEXICO**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
JAVIER OLIVARES CASTILLO

ASESOR: LIC. ALEJANRO A. RANGEL CANSINO

México

2000.



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 el cariño incondicional que nos une.

A mis hermanos.

A Lourdes, Rachel y Angel:

Por todo lo que nos une y en la adversidad se sostiene haciéndose más fuerte.

Especialmente a :

Lic. Fabelia Virto Bravo,
Alfonsina Jimenez Matadamas,
Fidelia Jimenez Matadamas.

Gentilmente:

Lic. Alejandro A. Rangel Cansino,
Lic. Ignacio Espino Franco.

En honor a la amistad y los viejos tiempos:

Jesús Malvaez Monroy,
Doctor Miguel Rivera Pérez,
Alejandro Olvera Balcazar,
Lic. Carlos Francisco Leal Castro,
Lic. Salvador Antonio Canchola,
Lic. Marta Romero Peña,
Lic. Marina Ordoñez Bueno.

A la Universidad Nacional Autónoma de México.

INDICE

INTRODUCCION.....

CAPITULO PRIMERO.

LUGAR DE PROCEDENCIA Y DESARROLLO HISTORICO DE LOS ESPONSALES.

1.1 Origen de los esponsales.....	1
1.2 En el Derecho romano.....	2
1.3 En el Derecho canónico.....	8
1.4 En el Derecho español.....	12
1.5 En el Derecho mexicano.....	16
1.6 En la época prehispanica.....	16
1.7 En la época de la Conquista.....	17
1.8 En el México independiente.....	18
1.9 En la época contemporánea.....	20

CAPITULO SEGUNDO

EL MATRIMONIO

2.1 Etimología y concepto de la palabra matrimonio.....	23
2.2 El matrimonio en la época prehispanica.....	27
2.3 El matrimonio en la época colonial.....	31
2.4 El matrimonio en el México independiente.....	34
2.5 El matrimonio en el México contemporáneo.....	39
2.6 Elementos de existencia y validez en el matrimonio.....	41
2.7 Impedimentos para contraer matrimonio.....	46

CAPITULO TERCERO

NATURALEZA JURIDICA DE LOS ESPONSALES

3.1 Como obligación.....	49
3.2 Como hecho jurídico.....	51
3.3 Como acto jurídico.....	55
3.4 Como un precontrato.....	57
3.5 Como un contrato.....	59
3.6 Noción jurídica de los esponsales.....	62
3.7 Fundamento jurídico de los esponsales.....	63
3.8 Causas de extinción de los esponsales.....	67

CAPITULO CUARTO

LOS ESPONSALES UN ABSURDO JURIDICO DEL DERECHO VIGENTE EN MEXICO

4.1 El desuso de los esponsales.....	69
4.2 Eficacia y utilización de los esponsales.....	73
4.3 La vigencia de la ley en los esponsales.....	79
4.4 Los esponsales un absurdo jurídico.....	81
4.5 La modificación y reforma de la ley en los esponsales.....	85
4.6 La abrogación y derogación de los esponsales.....	89
CONCLUSIONES.....	94
BIBLIOGRAFIA.....	96

INTRODUCCION

Es bien sabido que la costumbre se constituye como una fuente que impulsa la creación de normas jurídicas en el transcurso de la historia del hombre; desde el consuetudinario derecho romano hasta la actualidad. En este sentido viajado a través del tiempo encontramos que la promesa de matrimonio esta cimentada en el derecho consuetudinario, levantado una gran polémica; tanto en las aulas donde se estudia su esencia como en la sociedad misma; en el ambiente jurídico sanamente se censura como un precepto legal que hoy en día no tiene razón o sentido, habiendo quienes sabedores de las características intrínsecas de los esponsales y quienes no cuestionan respecto a su legislación, escuchándose comúnmente que debieran de modificarse, he incluso desaparecer, apoyándose regularmente en supuestos que giran todos ellos a que nadie promete matrimonio por escrito, los esponsales ya no se usan, son obsoletos, están contemplados en la ley pero son inoperantes, fundándose todo ello regularmente en la siguiente expresión: " hoy en día nadie hace esponsales antes de casarse". Lo cual despierta un particular interés dado que todo lo anterior nos hace pensar que se instituyen contrarios a la razón y sana lógica del derecho, es decir son un verdadero absurdo jurídico.

Más aun cuando se advierte que el matrimonio es un acto jurídico el cual tiende a distinguirse por la exteriorización de la voluntad de las partes contratantes de manera original, pura y simple; es decir sin limitación alguna o pacto previo que anuncie su realización, considerando únicamente que al momento de estar ante la presencia del funcionario del Registro Civil para su celebración, se deban reunir los elementos y formalidades que exige la ley; notoriamente la promesa de matrimonio no es considerada o instituida como tal, lo que obviamente despierta cierta incertidumbre que nos impulsa a justificar su existencia.

Pretendiendo aclarar lo anterior se considera el origen y desarrollo histórico de los esponsales observándose que en el derecho romano tuvieron vigencia y eficacia en la sociedad, llegando a ser considerados como obligatorios antes de celebrar el matrimonio; notándose que el incumplimiento de dicha promesa de matrimonio tenía aparejado la restitución de lo recibido e incluso pagando una cantidad el prometido incumplido, asimismo regulo legalmente los efectos y acciones que producian su incumplimiento, especificando los impedimentos para su celebración y las causas de su extinción. En el derecho canónico se adopta la reglamentación del derecho romano como un acto previo al matrimonio; destacando la distinción de los esponsales de futuro, y esponsales de presente, en cuanto a los efectos que creaban sobresale singularmente el de publica honestidad. El derecho español posee características similares al derecho canónico en materia de esponsales, con las tendencias dadas por el derecho romano, dando más interés a los esponsales de presente que a los de futuro, regutando firmemente sobre la necesidad de que la promesa de matrimonio fuera por escrito y en escritura publica, así como las causas por las que podía ser rescindida. En el derecho mexicano en virtud de las costumbres poligamicas, son muy vagos los antecedentes que hay en materia de esponsales, sin embargo en la época de conquista, llamada también colonial, la fuerte influencia de la cultura española, introduce estos pactos que se caracterizaban porque eran celebrados entre el padre y el que aspiraba la mano de la doncella, respecto del México independiente encontramos dos corrientes en materia de esponsales una antes de las leyes de reforma donde destacaba la autoridad de la iglesia y otra a partir de la secularización de la Iglesia - Estado; por último en la época contemporánea la figura de los esponsales se encuentra vigente en nuestra legislación civil.

Resulta de gran importancia retomar la institución del contrato de matrimonio por ser indispensable para el tema que nos ocupa, desde su noción jurídica, elementos y

características indispensables para su realización; así como su desarrollo en la historia de nuestro país, debido a que es el acto jurídico que por excelencia impulsa la creación y vigencia de la promesa de matrimonio. La cual como se menciono con anterioridad es motivo de gran polémica debido a la versatilidad de su naturaleza jurídica.

Es en el capítulo III, donde se aprecia que los tratadistas y doctrinarios se encuentra divididos sosteniendo posturas totalmente radicales unas de otras, pero todos coinciden al decir que los esponsales no pueden obligar al matrimonio; aun a pesar que para algunos es un contrato, para otros es un precontrato y otros consideran que ni siquiera es un acto jurídico, sino una simple convención que genera un hecho ilícito. Lo cual nos lleva a conocer su fundamento jurídico y como podría extinguirse la promesa de matrimonio. Una vez que fueron estudiados los diferentes criterios que sostienen la naturaleza jurídica de los esponsales, podemos proponer el considerarles como un absurdo jurídico, acogiéndonos a la parte de la doctrina que sostiene que se encuentra lejos de ser un acto jurídico, pero como se menciono con anterioridad una figura del derecho capaz de alojar un hecho ilícito generado por su incumplimiento.

En el capítulo IV, se consideran las diferentes situaciones y suposiciones o propuestas que se sabe se han hecho a los esponsales, siendo la primera el desuso en el que actualmente se encuentran, apreciando como el fenómeno conocido como cambio social influye para ello, así como también la ignorancia y la costumbre, se muestran determinantes para su observancia; en cuanto se refiere a la eficacia y utilización de los esponsales, se considera nuevamente la composición jurídica de la promesa de matrimonio, en cuanto a los efectos que produce si se llegara realizar el matrimonio pactado o para el caso que ocurriera su incumplimiento, recurriendo para

ello al auxilio de la sociología, ciencia de la cual se aprecia como de nueva cuenta es el fenómeno conocido como cambio social un factor determinante en relación a la eficacia y utilización. Posteriormente se analiza la vigencia de la ley en los esponsales, específicamente pretendiendo determinar el porque se encuentran instituidos en nuestro derecho actual; asimismo se plantea la hipótesis que considera a los esponsales como un absurdo jurídico, considerando para ello nuevamente su naturaleza jurídica a través de la sustracción de los elementos básicos en los cuales coincide la doctrina. Lo cual nos lleva finalmente a considerar que los esponsales al igual que otras figuras del derecho pudieran ser modificado o derogados, y de ser un absurdo jurídico como es que continúan vigentes y no ocurre su derogación.

Los planteamientos anteriores arrojaran como resultado, si la promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada, es susceptible de ser utilizada o si tiene algún significado su vigencia en el derecho actual en México, además que claramente exponen en su conjunto el porque es cada día menos vista su celebración, quedando únicamente como un fantasma que vaga en las codificaciones civiles y familiares, sin significado o interés alguno, totalmente abandonado en espera de su total olvido a través de su posible supresión legal del derecho vigente.

CAPITULO PRIMERO

LUGAR DE PROCEDENCIA Y DESARROLLO HISTORICO DE LOS ESPONSALES

1.1 ORIGEN DE LOS ESPONSALES

Aunque no es posible el precisar históricamente el origen de los esponsales se sabe que fueron instituidos por los pueblos orientales de origen semítico, donde se realizaban con las características de una promesa de compra-venta de la mujer, a cambio de un precio justo; el cual era entregado por el novio a los padres o representantes de la novia.

La historia de los pueblos antiguos conserva relatos sobre los pactos matrimoniales que ocurrían en los pueblos hebreos, griegos, romanos y germanos lo cual nos lleva a comprender que a la institución de los esponsales, se le vincula su aparición en el momento histórico del matrimonio por compra; sucediendo al matrimonio por rapto; posteriormente tuvo el carácter de promesa de compra-venta en la cual figuraba el novio como futuro comprador y la novia o quienes ejercían la patria potestad sobre ella; como futuros vendedores, este contrato producía el efecto de obligar a los vendedores a transmitir la munt (potestad a la que estaba sometida la mujer), y al comprador a pagar el precio otorgando lo que constituía como una retribución con la tendencia a ser una señal de gratitud, sin embargo este contrato cambio y se fue perfeccionando hasta considerar el consentimiento de los novios como un elemento necesario para la realización de la promesa de matrimonio, modificándose completamente el uso de esta practica esponsalicia; de tal virtud se observa como en el derecho germánico quedan huellas del tiempo en que el matrimonio derivaba del rapto, originando la inexistencia de esponsales puesto que no

era posible un contrato previo a su realización.

Pero cuando aparece el matrimonio por compra nace un contrato entre quien ejercía la potestad sobre la mujer y el novio, que obligaba al primero a transmitir la munt mediante la traditio puellae (entrega de la novia), y al segundo a tomarla como esposa quedando obligado a pagar una contraprestación requiriéndose más tarde el consentimiento de la novia. Posteriormente en la edad media bajó la influencia de la iglesia se sustituyó el acuerdo entre el novio y quienes tenían potestad o imperio sobre la novia, con asentimiento de ésta, por acuerdo entre novios y con el consentimiento de los segundos.

Históricamente en los pueblos antiguos existen relatos en los cuales la celebración de estos contratos eran del todo comunes en los estratos más privilegiados o acomodados dentro de la sociedad de esa época, de lo que se desprende que en aquel entonces; eran celebrados por intereses entre las familias de los novios ya que con esto era posible que se conservara tanto el linaje como posición social, proporcionándonos como ejemplo las clases nobles y comerciantes ricos del lugar. Dando lugar a esponsales celebrados por un interés meramente pecuniario entre los consortes, los cuales con esto de alguna manera confirmaban su bienestar en la familia de la novia y el novio, asegurando así una vida futura prospera para ambos.

1.2 EN EL DERECHO ROMANO.

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 del Lacio, éstas promesas tenían plena obligatoriedad jurídica; en el derecho romano de épocas propiamente históricas; ni producen obligación jurídica de contraer matrimonio y

tampoco tienen señalado forma alguna jurídica para su celebración. El vínculo que nacía de los esponsales era puramente ético no jurídico, la institución de los esponsales se conocía mucho antes que las instituciones civiles contemplaran los formalismos rigurosos de la época preclásica. Así podemos decir que el derecho romano define a los esponsales en la siguiente forma: MENTIO ET REPROMISSIO NUPTIA RUM FUTURARUM, que significa la promesa recíproca de futuro matrimonio; de los cuales emanaba una convención denominada sponsalia - de spondeo, prometeo; dicha convención era primero representada por el paterfamilias y posteriormente por los prometidos a través de la cual se comprometían a unirse en matrimonio pero siempre con el consentimiento de los padres, el cual también era requerido para unirse en matrimonio.

Marta Morineau Iduarte y Román Iglesias González, "Las iustae nuptiae podían estar precedidas por un acuerdo entre los futuros cónyuges o sus padres mediante el que se comprometían a la celebración del matrimonio."¹

En el derecho romano clásico se extingue completamente la formalidad jurídica de la sponsio, bastando el simple acuerdo de las voluntades del futuro matrimonio, dejando desplazado los antiguos formalismos de carácter ético y moral; sin embargo en esta etapa del derecho la celebración de los esponsales generaba efectos Civiles, Penales y Procesales, originándose los siguientes:

a) Creaba el parentesco por cuasifinidad, entre los padres familiares del novio y la novia,

(1) MORINEAU IDUARTE, Marta, IGLESIAS GONZALEZ, Román, Derecho Romano, México, tercera edición, Ed. Harta, 1993, p.63

b) Acción al prometido contra un tercero que hubiera injuriado a la prometida llamándose este derecho ACTIO INJURIRUM, (acción de Injuria),

c) Asimismo si los contrayentes recibían regalos, el prometido que no cumplía la promesa de matrimonio debía restituir al cuádruplo todos los bienes que fueron recibidos,

d) Aquellos que estuvieran comprometidos en matrimonio, no podían celebrar esponsales con otras personas, puesto que de hacerlo quedaban sujetos a la pena de infamia; atrayendo el dicitio de la infamia sobre quien contrajese nuevos esponsales sin haber roto previamente los anteriores y creaba a favor de la prometida que entregaba su dote, los mismos privilegios que correspondían a la legítima esposa,

e) Se considero como parricida al contrayente que matara al otro o a sus futuros suegros, cayendo bajo la sanción de la LEX POEMPEIA DE PARRICIDIIS, (Ley Pompeya de Parricidas),

f) Atribuía acción al prometido para el caso que la prometida tuviera relación sexual con un tercero, una vez que ya se hubieran llevado acabo la celebración de los esponsales.

Genéricamente los esponsales producían efectos de obligación y se concertaban por la entrega del anillo el cual se manifestaba como un símbolo, dado por los desposados o por sus padres y ante testigos; dando derecho para que de manera eclesiástica se llevara acabo la celebración del matrimonio que previamente fue pactado.

Rojina Villegas, opina al respecto, "En lo patrimonial debe señalarse que, si a los esponsales había seguido la entrega de bienes en calidad de dote al prometido, este estaba obligado a restituirlos a la novia en caso de ruptura o rescisión de los esponsales. Es decir, toda estipulación de dote estaba sujeta, en el caso, a una condición tácita: La celebración nupcias. Por ello los Glosadores, interpretando los textos de Ulpiano y Papiano en el derecho clásico, dirán IN ATIPULATIONE DOTEIS INES TACITA CONDICIO, SI MATRIMONIUM SEQUANTUR. Lo cual no es si no consecuencia de que NULLA DOS SINE MATRIMONIO (no existe dote sin matrimonio), como se lee en el digesto (Ulpiano 1, 3, Digesto de Iure Dotium 23,3). Distinto era en el caso en que los prometidos se hubiesen hecho mutuamente regalos presentes con ocasión de los esponsales (sponsalicie largitates). Estos en derecho clásico, se juzgaban definitivamente adquiridos por aplicación de los principios de las donaciones ordinarias. Finalmente, en tiempo de Constantino se otorgó a los prometidos una ACTIO IN REM, útil para exigir la repetición de los regalos o presentes en caso de ruptura de los esponsales, ampliándose de este modo la condición SI NUPTIAE SEQUANTUR":

Consecuentemente en la etapa del derecho romano postclásica, los esponsales producían efectos limitados el que rompiera sin motivo la promesa debía perder los regalos que hubiera hecho y restituir los que hubiera recibido. El uso común de los esponsales estuvo permitido en Roma y se entendía como un pacto de familia esencialmente revocable, el paterfamilias veía aumentar su autoridad, ya que el matrimonio de sus hijos acrecentaría con nietos el número de personas que estaban sometidas a su patria potestad. De esta manera y con la orientalización del derecho postclásico en la época del imperio se hizo a un lado esta tradición y apareciendo un

(2). ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Matrimonial, México, Editorial Porrúa, 1996, P. 147,148.

símbolo accesorio de los esponsales: las arras (*arrae sponsaliciae*), que consistían en una prenda otorgada en garantía de los esponsorios, precedido de la figura denominada "SPONSALICIA LARGITAS" (entrega de arras y regalos entre prometidos). Por lo que corresponde al prometido que no cumpliera con la promesa de matrimonio sin causa; este perdía las arras y debía devolver el doble de las recibidas, exceptuándose el caso en que la novia fuese menor de edad (doce años), situación en la que solo debía restituir lo recibido. De esta manera la constitución de Constantino, dio a las donaciones hechas con motivo de los esponsales el carácter de tácita condición de la celebración del matrimonio; ya que al no celebrarse este se estaba obligado a devolver los presentes recibidos; de igual manera la novia que hubiese recibido el beso esponsalicio, no restituía mas que la mitad aun en el caso de que el matrimonio no se celebrara por la muerte del prometido, quedando la otra mitad a los herederos del prometido.

Dentro de los impedimentos y respecto de la capacidad para poder contraer los esponsales; nos encontramos con que son los mismos que se requerían para contraer matrimonio:

a).- Que los cónyuges hubiesen alcanzado la edad de la pubertad (catorce años para el varón y doce para la mujer),

b).- Que gozaran de *status libertatis* y *status civitatis*, recordando que solamente los libres y ciudadanos romanos podían contraer matrimonio, por lo que la unión entre extranjeros o con extranjeros no tenía eficacia en el *Ius Civile Romano*,

c).- En cuanto al consentimiento de ambos contrayentes, era materia dejada a los usos sociales de Roma; pero de igual forma se requería el consentimiento del

paterfamilias, cuando los contrayentes fuesen Alieni iuris o el del padre efectivo cuando este no fuera el paterfamilias,

d).- El parentesco consanguíneo en línea recta, en donde Justiniano reglamentó la distancia de un grado del progenitor común,

e).- El parentesco civil entre adoptante y adoptado,

f).- El parentesco de afinidad,

g).- Asimismo contaban con un impedimento los gobernadores y las mujeres de las provincias regidas.

Magallón Ibarra “ En materia de impedimento regía el principio proclamado por Dino -autor clásico- que incluía dentro de las reglas jurídicas de la materia el siguiente aforismo: **MATRIMONIO VETITO, VETITA SUNT SPONSALIA.** (Prohibido el matrimonio, prohibidos están los esponsales).”³

Asimismo podemos mencionar las causa de extinción de los esponsales:

a).- Por muerte de uno de los novios,

b).- Por el mutuo consentimiento; así como de manera unilateral,

c).- por que pudiera darse un impedimento matrimonial,

(3). MAGAYON IBARRA, Jorge Mario, Instituciones de Derecho Civil, tomo III, México, Primera Edición, Ed Pomta, 1988, p. 92

1.3 EN EL DERECHO CANONICO.

El antiguo derecho de la Iglesia, se fundaba en las practicas del derecho romano y germánico, principalmente en lo referente a la familia; originando así que se considerara a la figura de los esponsales como un paso anterior o previo al matrimonio.

Dentro del derecho canónico se distinguieron dos tipos de compromisos matrimoniales. El del simple consentimiento de tomarse por marido y mujer (consensus de praesenti), es decir el matrimonio mismo, al cual únicamente le faltaba la consumación (copula carnalis), y la promesa de casarse (sponsalia per verbe de futuro), la cual convertía a los contrayentes en novios y no en esposos; que constituía la obligación jurídica de la realización del futuro matrimonio, aun más cuando los prometidos tenían relaciones sexuales con posterioridad a la celebración de estos (sunsequente cópula); a ambos compromisos comúnmente se les denominaba sponsalia.

Antes del Concilio de Trento, los esponsales del futuro así como el matrimonio ofrecían un carácter puramente consensual, ya que no estaban sujetos a ninguna forma especial para su realización; aunque eran acompañados por un juramento ante el párroco y en presencia de los fieles de manera publica, pero sin que existiera obligación de su celebración. Los sponsalia per verbe de futuro, creaban el compromiso de contraer el matrimonio prometido, lo cual se convertía en una verdadera obligación jurídica; sancionada por una acción judicial, llamada (actio matrimonialis); pero era extremadamente difícil su aplicación; dado que el medio de coacción era únicamente eclesiástico es decir mediante la excomunión, (existiendo aun dudas sobre esto).

Los efectos que creaban los esponsales eran:

a).- En cuanto a la acción de la *actio matrimonialis* creaba un impedimento para contraer matrimonio con algún tercero,

b).- No eran aceptadas las cláusulas penales,

c).- Se creaba un impedimento llamado HONESTIDAD PUBLICA, el que tenía origen por razón de afinidad,

d).- Con respecto a la dote, esta se perdía, así como la cantidad de las arras, según se estipulaba.

En cuanto a la disolución de los esponsales podía darse por:

a).- Por mutuo consentimiento,

b).- Por la muerte de uno de los prometidos,

c).- Por voluntad unilateral de una de las partes.

Al principio no se permitía el asentimiento de la novia, bajo la influencia de la Iglesia en la Edad Media, se convierten plenamente en esponsales con el asentimiento del novio y los titulares de la potestad de la novia, la cual posteriormente manifestaba su consentimiento lo cual producía como efectos no el de transferir la *Munt*; si no de una manera inmediata el emitir las declaraciones para así llegar a concluir el matrimonio.

Con respecto a la Iglesia; esta ha revisado en numerosas ocasiones la figura de los esponsales; la Iglesia Católica desde 1907 exige que se concluyan por escrito ante el obispo, un párroco y dos testigos y desde el Codex iuris canonici de 1917, en caso de ruptura de los esponsales, pretensiones de indemnización , pero no la acción de la celebración del matrimonio siendo rechazada de esta manera el impedimento de publica honestidad.

La Iglesia evangélica desde principios del siglo XVIII, hace notoria diferencia entre los esponsales y el matrimonio; reconociendo a los esponsales como un contrato que antecede y que obliga al matrimonio, siendo este un vínculo familiar actual (noviazgo); al igual que en el derecho católico si bien se tiene la consigna de celebrar el contrato (matrimonio); se rechaza la ejecución o celebración de este por medio de la fuerza (ejecución forzada).

También las Iglesias Disidentes, señalaron a partir de la Bula de Oro de Alexis de 1804, que los esponsales son equiparables al matrimonio; en este punto referían que no existían esponsales legítimos, si estos fueron contraídos entre púberes y con la bendición de la Iglesia, los cuales tendrían la misma fuerza del matrimonio, sin embargo subsistieron los esponsales civiles que podían celebrarse desde los siete años y ser libremente disueltos en la pubertad. Asimismo Lutero, afirmaba que los esponsales incondicionados equivalían al matrimonio y esponsales condicionados a la promesa de matrimonio, los términos que manejo, consideramos que deja impreciso lo que pretende explicar porque introduce un nuevo término al referirse a la condición. Como puede apreciarse la celebración de los esponsales tuvo tal importancia, que fue tema de regulación por el protestantismo; sin que se señalara algún requisito esencial para poder obligar a los prometidos a la realización de tal promesa (matrimonio).

El romano Pontífice Pío X, el 2 de agosto de 1907, en un decreto prescribió la forma escrita como requisito necesario para la validez de los esponsales y aun cuando los redactores del Código Canónico de 1917 quisieron abrogarlo es decir suprimirlo pero no pudieron y fue requisito necesario reconocido en el canon 1017, que claramente dice:

1.-La promesa de matrimonio, tanto unilateral como bilateral, a la que se llama esponsales, se rige por el derecho particular que haya establecido la Conferencia Episcopal; teniendo en cuenta las costumbres y las leyes civiles, si las hay.

2.-Sí una o ambas partes no saben o no pueden escribir, debe hacerse notar esto en la escritura.

3.-Para su validez, debe añadirse otro testigo que firme la escritura juntamente con el párroco u ordinario del lugar.

El Código Canónico vigente del 25 de enero de 1983, dentro del ámbito que le concierne y de su preocupación eclesial (el bien de las almas), modificó el texto anterior; considerando de igual manera a la figura de los esponsales, el cual se presenta así:

1.-La promesa de matrimonio, tanto unilateral como bilateral, a la que se le llama esponsales, se rige por el derecho particular que haya establecido la Conferencia Episcopal; teniendo en cuenta las costumbres y las leyes civiles, si las hay.

2.-La promesa de matrimonio no da origen a una acción para pedir la celebración del mismo, pero sí para el resarcimiento de daños, si en algún modo es debido.

No debemos olvidar que la influencia de la Iglesia en épocas pasadas era tan determinante, ya que a través de su dominio por medio del evangelio lograba someter aun a las autoridades del estado y consecuentemente de forma determinante a la población en general.

“ En el caso de incumplimiento la Iglesia puede exhortar a aquel que dio motivo, para que los cumpla; pero en ninguna forma puede evitar que contraiga matrimonio con otra persona. A la vez, está en aptitud de exhortar al ofendido para perdonar el agravio, y en su caso, debe hacerle conocer que tiene derecho a exigir la reparación de daños.” 4

1. 4. EN EL DERECHO ESPAÑOL

Dentro del derecho español el llamado fuero juzgo no reconocía el efecto obligatorio respecto de la promesa de matrimonio, la cual generalmente se concertaba a través de la entrega del anillo simbólico por los llamados desposados, o por sus padres y en presencia de testigos.

De esta manera el padre de la novia podía desposar a su hija, sin que esta se encontrara presente, con un candidato que a este le parecía adecuado para ella; por lo que si al hacerlo de la anterior manera y la novia no lo aceptaba el padre de esta podía desheredarla manifestando ingratitud, que mostraba con su negativa a celebrar aquel matrimonio pactado.

(4) MAGAYON IBARRA, Jorge Mario op. cit. p.96

A lo cual el Fuero Juzgo, no le permitía a la novia que celebrara matrimonio con otra persona que no fuera la pactada por sus padres, por lo que cuando un padre de familia prometía desposar a alguna de sus hijas con un hombre, este podía optar por cualquiera de ellas; dado el caso de que hubiera mas de una para desposar, salvo en los casos cuando el hombre hubiere tenido relaciones sexuales con alguna de ellas, esta debía ser la desposada.

Podemos mencionar que en el Derecho Español la edad capaz para celebrar los esponsales eran los siete años; pero en el caso de que esto se hubiere celebrado antes de esa edad, estos podían llegar a ser confirmados por los prometidos cuando estos fuesen púberes, es decir catorce años para el caso del varón y doce en el caso de la mujer.

Asimismo encontramos que el derecho Español de las partidas se fundamento principalmente en el Derecho Justiniano; por lo que los esponsales solo podían celebrarse por quienes habían cumplido los siete años y ratificarlos a los catorce y doce años; además era necesario que se llevaran a cabo por escritura publica y se permitía también que los prominentes fuesen representados por sus mandatarios.

En materia de donaciones su regulación era muy similar a la establecida en (vid supra), p. 9, 10, es decir si moría el prometido después de haber entregado las arras y además con estas otorgaba el beso, la prometida conservaba la mitad de dichas arras y conservaba la mitad de los regalos recibidos y la otra mitad era entregada a los herederos de este, pero en el supuesto caso de que la novia no hubiera recibido el beso, esta debía regresar el total de las arras que el novio le hubiere hecho; en cuanto al caso de los regalos dados por la novia, se hubiere dado o no el beso el novio debía devolver el total de dichos regalos, no importando que la novia fuera mayor o menor de

edad la prometida. Podemos apreciar como las donaciones entre novios fueron manejadas de acuerdo al interés y posibilidad de estos, quedando claro que de la entrega de las donaciones y las circunstancias y acontecimientos futuros a la celebración de los esponsales se previó inteligentemente su incumplimiento al no celebrar el matrimonio pactado, para que las familias de los novios no sufrieran un menoscabo en su patrimonio.

Si bien podemos decir que los orígenes del Derecho Español son tomados de los Códigos Romanos y Germánicos; el Derecho Español de igual manera distinguía entre los esponsales de futuro y los esponsales de presente, sobre los cuales se expresaba: "Celebrados los esponsales de futuro, y posteriormente los esponsales de presente; valían únicamente los segundos". Por lo que en 1564, Felipe II, promulgó como leyes del reino a los cánones del Concilio de Trento; con lo que se dejaron sin validez a los esponsales de presente, quedando únicamente reglamentados los esponsales de futuro.

Con el devenir del tiempo se empezó a considerar que el pacto esponsalicio debía ser solemne; considerando los constantes abusos que con frecuencia se originaban por la promesa esponsalicia, como el obligar a realizar matrimonios pactados por los padres de los prometidos; en donde invariablemente faltaba el *afectus maritalis* (afecto matrimonial), y en otras ocasiones servía para lograr el acceso carnal sin ningún ánimo de contraer matrimonio.

A este respecto Carlos IV, invadió la esfera de las atribuciones de la Iglesia prohibiendo a los Tribunales Eclesiásticos, el que se admitieran demandas que reclamasen el cumplimiento de esponsales, cuando estos no constaren en escritura pública.

Como se menciona en el párrafo anterior, los tribunales españoles no debían admitir la entrada a demanda alguna de esponsales, si estos no contaban con un documento público, que se hubiera registrado ante Notario secular, de lo anterior se aprecia que hasta esta época era necesario que para que fuesen celebrados los esponsales se necesitaba la escritura publica de compromiso.

Como se analiza, podemos mencionar que en las anteriores etapas la realización de los esponsales no producían obligación forzosa de celebrar el matrimonio; sin embargo estos si producían algunos efectos, entre los cuales podemos mencionar a aquellos que siguen la antiquísima tradición romana.

Las causas por las cuales se podría rescindir los esponsales celebrados son las siguientes:

- a).- Por raptó y violación de la prometida,
- b).- Cuando uno de los prometidos, realizaba esponsales de presente con algún tercero,
- c).- Por infidelidad de uno de los prometidos,
- d).- Por mutuo consentimiento,
- e).- Debido a que alguno de los novios entrara a una orden religiosa,
- f).- A causa de la ausencia de uno de los prometidos por un periodo de tres años y porque existiera cuasiafinidad entre los prometidos,

g).- Cuando alguna de los prometidos contrajera lepra.

1.5 EN EL DERECHO MEXICANO

Una vez que hemos estudiado y analizado la figura de los esponsales, a lo largo de la historia del derecho extranjero; el cual sin lugar a duda tuvo una gran influencia para conformar las bases jurídicas de nuestra legislación, analizaremos a continuación de manera amplia los principales elementos y antecedentes de los esponsales a través de la historia de México.

1.6 EN LA EPOCA PREHISPANICA

También llamada época precortesiana, respecto a la figura de los esponsales en esta etapa fue rudimentaria, consecuentemente se tienen muy pocos datos en relación a los esponsales; los antiguos cronistas hablan de muy diversos contratos celebrados entre los indígenas basados todos ellos en las costumbres que impulsaban a un austero derecho consuetudinario, se sabe que en los tiempos del rey Nezahualcóyotl, aumento la codificación del derecho apoyándose en la incipiente escritura expresada por signos inequívocos. (Vid Supra, cap. II, subcapítulo 2.2).

Los indígenas pudientes practicaban la poligamia de manera general, así como también entre las tribus otomíes era muy común el que se abusara de cualquier doncella lo que hacía imposible la celebración de esponsales.

Sin embargo; en las culturas del México prehispánico en cuanto a su derecho, diremos que la Azteca, fue una de las culturas que predominó sobre las demás, sin tener antecedentes con respecto a la figura de los esponsales, o en todo caso que a

estos se les conociera o denominara de alguna otra forma.

Manuel F. Chavez Asencio dice " En el matrimonio intervenían los padres quienes buscaban a la novia previa conformidad del interesado; se reunían los padres y parientes en consejo de familia para escoger a la novia. Habían mujeres "honradas" que tenían por misión pedir a la novia lo cual se hacía con mucha ceremonia, y los padres de ésta se hacían rogar; a la tercera visita respondían que dada la insistencia no ponían dificultad en que se efectuara el matrimonio. "s

1.7 EN LA EPOCA DE LA CONQUISTA

También llamada época colonial, dentro de esta época nos corresponderá estudiar el sistema jurídico hispano en materia de esponsales como consecuencia de la conquista de los españoles dentro de nuestro país.

La figura de los esponsales en la presente época alcanza gran importancia; ya que se les llegó a considerar como matrimonio sujeto a una condición suspensiva, debido a que si la prometida no llegaba a celebrar el matrimonio pactado por su padre, esto era considerado como una falta muy grave.

Podemos notar la gran influencia que el padre sostenía sobre sus hijas dentro de esta época, respecto al derecho de nuestro país. Según algunos autores como Hinojosa, los esponsales eran un contrato celebrado entre el padre o el que hacía sus veces con el que aspiraba la mano de la doncella, por virtud del cual el esposo adquiría el derecho a que se le fuera entregada la esposa (traditio in manum).

(5) CHAVEZ ASENCIO, Manuel, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, México, segunda edición, 1990 p. 54

1.8 EN EL MEXICO INDEPENDIENTE

Dentro de la etapa del México independiente y hasta las leyes de reforma, la materia del derecho civil fue competencia exclusiva de la Iglesia, por lo tanto respecto a nuestra materia de estudio fue la reglamentación de las siete partidas la que tuvo vigencia en la vida civil de los habitantes de nuestro país.

Como consecuencia de lo anterior encontramos que los efectos del rompimiento de los esponsales en nuestra legislación eran muy diversos, dependiendo de las diferentes causas que los provocaran; siendo también regidas por la influencia determinante del derecho canónico.

Así continuo vigente la legislación española, mientras tanto que en cada entidad Federativa se daba su propia legislación.

Comenzaremos nuestro análisis mencionando como primer antecedente respecto de nuestra materia de estudio (esponsales), el proyecto de Florencio García Goyena; el cual fue la base fundamental para el Código Español, ya que marco una gran influencia en nuestra legislación recordando que este rigió durante largo tiempo en nuestro país, originando que actualmente aun se perciban sus rasgos dentro de la legislación moderna.

Podemos mencionar que el proyecto de García Goyena, en su artículo 47 expresaba: "La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningún Tribunal Civil o eclesiástico admitirá demanda sobre ellos". Excluyendo de esta manera la regulación de los esponsales.

Posteriormente diferentes estados de la república empezaron la labor legislativa civil, todavía mucho antes que el Distrito Federal iniciara dicha tarea. Siendo el estado de Oaxaca el primero en legislar sobre la materia con su Código civil; basándose en la legislación de las Siete Partidas, reglamento a los esponsales definiéndolos en su artículo 122 de la siguiente manera: "Esponsales son una promesa mutua y libre, que hacen los individuos de diferente sexo de contraer matrimonio manifestado exteriormente". Mencionando que es competencia del Tribunal eclesiástico conocer de los juicios de rompimiento de los esponsales y la del juez civil en cuanto a las consecuencias del mismo.

Más adelante, encontramos que en el primer Código del estado de Veracruz, fechado el 17 de diciembre de 1968, en el cual se menciona en su artículo 178: "La ley no reconoce efectos civiles en los esponsales de futuro sino cuando estos se elevan a Escritura Pública, otorgada en debida forma. Si bien es cierto que en dicho Código si se contemplan los esponsales, también se puede apreciar que los únicos efectos que contiene dicha figura no serán otros mas que las acciones para reclamar daños y perjuicios del contrayente que desista de llevarlos a cabo sin justa causa.

Así llegamos a la Ley de matrimonio de 1859, decretada por Benito Juárez en Veracruz, el día 23 de julio de 1859; la cual separa la esfera eclesiástica de todos los actos de la vida civil de las personas, pero en la misma Ley señalo en su artículo octavo, los impedimentos para celebrar el contrato civil del matrimonio los cuales se contemplan en su fracción V. De esta manera y por lo que corresponde a los Códigos civiles para el Distrito Federal y los territorios de Baja California del 13 de diciembre de 1870, únicamente los menciona para el efecto de no darles validez en su artículo 160 el cual señala: " La Ley no reconoce esponsales de futuro".

En tanto el Código Civil de 1884, en su artículo 156, hace referencia al tema de los esponsales, caracterizándose su redacción por ser la misma de los códigos de 1870. Finalmente mencionaremos que a diferencia de los Códigos antes mencionados (1870 y 1884), que regularon la vida jurídica de nuestro país y que no reconocían a los esponsales de futuro; el Derecho mexicano a partir de la Ley de Relaciones Familiares, producto como ya sabemos de la revolución de 1910, misma que fue expedida por Venustiano Carranza el 9 de abril de 1917, deroga los anteriores artículos y admite ahora la institución de los esponsales; es decir la promesa de matrimonio, que en caso de ruptura da derecho a una indemnización y que en su artículo 14 dice: " La promesa de matrimonio no obliga a celebrar el contrato, pero si fuere hecha por escrito, obligara al que la hace a responder a la otra parte de los daños y perjuicios que le ocasionare por la falta de cumplimiento de dicha promesa".

Antonio Aguilar Gutiérrez, al respecto opina " A diferencia de lo que establecían los Códigos del 70 y del 84 que no reconocían esponsales de futuro, el Derecho mexicano a partir de la ley de relaciones familiares de 1910, admite ahora la institución de los esponsales o sea la promesa de matrimonio que, en caso de ruptura, da derecho a una indemnización. Esta aceptación no es, empero, uniforme, porque no se encuentran regulados los esponsales en las legislaciones de los Estados de México, Tamaulipas, Oaxaca, San Luis Potosí y Yucatán. ";

1.9 EN LA EPOCA CONTEMPORANEA

En la actualidad la celebración de esponsales se establece jurídicamente en el

(6). AGUILAR GUTIERREZ, Antonio, Panorama del Derecho Mexicano, Tomo II, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1966, p. 44

Código Civil del Distrito Federal en materia de Fuero común, dentro del Capítulo I del Título V del libro primero correspondiente a la primera parte de la regulación del matrimonio, dentro de los artículos del 139 al 145; de los cual podemos señalar su definición y los requisitos para realizar esponsales; así como los efectos de los mismos respecto a su incumplimiento. Aclarando que en cuanto a lo anterior haremos análisis de ellos en capítulos posteriores y que solo los mencionamos como datos de la época que ahora nos toca analizar.

Los esponsales sólo pueden ser celebrados por el hombre si ha cumplido dieciséis años o por la mujer si ha alcanzado catorce, pero tratándose de menores de edad; es necesario el consentimiento de sus representantes legales; para que dichos esponsales produzcan efectos jurídicos; sin embargo la celebración de la promesa de matrimonio no produce la obligación de realizar el matrimonio pactado.

Son muchas y muy diversas las razones que se han mencionado en torno a los esponsales, destacando entre otras el que se constituyen como un medio de engaño, seducción y en algunas ocasiones y circunstancias sirvieron para el aseguramiento de matrimonios de gran interés económico para alguna de las partes.

Actualmente la utilización de esta figura del derecho es verdaderamente muy escasa, sin embargo creemos que se debe sin lugar a duda al cambio social; ya que personas que contraen un compromiso para casarse solo lo hacen de manera verbal sin estipularse por escrito y aun estando ante la autoridad del Registro Civil, estos pueden dejar de celebrar el matrimonio sin que nada los obligue a ello.

De tal virtud, como se desprende del estudio de los antecedentes de los esponsales; suponemos que es imposible que exista forma alguna para hacer cumplir

la promesa del matrimonio; ya que la obligación forzosa del matrimonio acarrearía consecuencias graves y trascendentales que podrían dañar la vida de los futuros cónyuges.

Respecto a la reparación del daño en materia de esponsales para el caso de su incumplimiento sin causa grave, o estos se diferieren indefinidamente se condenara al responsable a pagar tanto los gastos erogados como una indemnización a título de reparación moral, si llega a originarse un daño grave sufrido en la reputación del prometido inocente por la duración del noviazgo, por la intimidad establecida entre los prometidos, por la publicidad de las relaciones, por la proximidad del matrimonio o por otras causas semejantes; la acción para exigir la preparación del daño puede ejercitarse hasta dentro de un año a partir del momento de la violación de la promesa de matrimonio; además de no celebrarse el matrimonio los prometidos deberán devolver lo que hubieran donado prescribiendo esta acción al año de su rompimiento.

Manuel Peña Bernardo de Quiros, "nuestro Código respeta al máximo la libertad de matrimonio y se limita a valorar, conforme a criterios sociales, la causa del incumplimiento de la promesa de matrimonio a fin de decidir quien tiene que soportar el detrimento causado por los gastos hechos y por las obligaciones contraídas en la confianza de que el matrimonio se celebraría y cuya utilidad a quedado frustrada por la no celebración."⁷

(7) PEÑA BERNARDO DE QUIROS, Manuel, Derecho de Familia, Madrid, tercera edición, Ed Universidad de Madrid.1989, p 30

CAPITULO II

EL MATRIMONIO

Dado que la realización de esponsales se constituye como un acto previo al matrimonio, resulta conveniente el saber y comprender del mismo desde su acepción, origen etimológico, su desarrollo a través del tiempo, que es y los elementos necesarios para su existencia, así como los impedimentos para la celebración del mismo, esto nos llevara a abundar más nuestro tema de estudio.

2.1 ETIMOLOGIA Y CONCEPTO DE LA PALABRA MATRIMONIO.

La palabra matrimonio proviene del latín:

matrimonium = matris; madre y monium cargas, de los anterior inferimos lógicamente que el significado etimológico de matrimonio es: - las cargas de la madre.

Dada la anterior definición etimológica de matrimonio creemos que la humanidad a través de la historia, ha dado pauta en primer lugar a pensar que la madre y la maternidad, siempre nos van a llevar a la parte medular del matrimonio y por lo tanto de la familia; la cual es la madre constituyéndose esta como la espina dorsal de la institución y que a la unión de una mujer con un hombre para procrear hijos se le ha llamado legalmente matrimonio.

Desde tiempos remotos las antiguas leyes como el Corpus Iuris Civilis de Roma define al matrimonio de la siguiente forma **NUPTIAE SIVE MATRIMONIUM EST ET MULIERIS CONIUNCTIO INDIVIDUAM CONSEUTUDINEM VITAE CONTINENS**, cuyo significado es: nupcias o matrimonio es la unión del varón y de la mujer, que contiene

el propósito de vivir en comunidad indisoluble.

Para Rafael de Pina " El matrimonio puede ser considerado desde el punto de vista religioso y desde el punto de vista meramente civil. Desde el punto de vista de la Iglesia Católica, es un sacramento; de acuerdo con una concepción civil el matrimonio es una realidad del mundo jurídico que en términos generales, puede definirse como un acto bilateral, solemne en virtud del cual se produce entre dos personas de distinto sexo una comunidad destinada al cumplimiento de los fines espontáneos derivados del naturaleza humana y de la situación voluntariamente aceptada por los contrayentes, la palabra matrimonio designa también la comunidad formada por el marido y la mujer."

La historia ha definido y analizado a través del tiempo en diferentes épocas la palabra matrimonio, por que consideraremos algunas de las teorías que existen al respecto.

Comenzaremos diciendo que el derecho Canónico lo considera como un sacramento; ya que según este derecho en el matrimonio existe una perfecta e íntima comunión entre los derechos divinos y los derechos humanos; aunque acepta la idea de que puede considerarse como un contrato pues este requiere indiscutiblemente la libre expresión del consentimiento.

En segundo término tenemos al Derecho Civil, que considera al matrimonio como un contrato; pero haciendo hincapié en un contrato civil, excluyendo las ideas sobrenaturales.

(1) DE PINA, Rafael, Elementos de Derecho Civil Mexicano, México, tercera edición, Ed. Porrúa, 1963, p. 316.

Por su parte la Ciencia del Derecho lo define como una institución jurídica; más algunos otros lo consideran una institución de orden público.

Una vez que conocemos algunas de las teorías que giran en torno al matrimonio diremos que puede definirse:

- a).- como un sacramento,
- b).- como un contrato civil,
- c).- como una institución de orden público,
- d).- Concluyendo que el matrimonio intrínsecamente es una institución jurídica.

En la actualidad existen tres planteamientos respecto a una definición específica de lo que es el matrimonio; de lo cual deriva las siguientes acepciones que se hacen respecto al vocablo :

- a).- El primero se refiere a la celebración de un acto jurídico solemne entre un hombre y una mujer, con el fin de crear una unidad de vida entre ellos,
- b).- El segundo se refiere al conjunto de normas jurídicas que regulan dicha unión,
- c).- El tercer planteamiento nos hace referencia a un estado general de vida que se deriva de las dos anteriores,

Lo anterior nos conduce a saber el porque nuestro Código Civil lo define como un

contrato civil, abundando a este respecto que el matrimonio es una institución o conjunto de normas que reglamentan las relaciones de los cónyuges creando un estado de vida permanente, derivado de un acto jurídico solemne.

La doctrina es la fuente que más aporta conceptos sobre la palabra matrimonio como son los siguientes:

El matrimonio es una comunidad de vida plena material y espiritual, una íntima fusión de dos vidas en una sola, basada en el instinto sexual del hombre, del estado de animalidad al de sociabilidad y por tanto espiritual, sublimándose hasta convertirse en la unión de dos almas.

Es el acto jurídico complejo que surge en tanto que la mujer y el hombre declaren su voluntad, de unirse para formar una familia legítima, declaración que debe ser precedida por el Oficial del Registro Civil, en representación de la ley, mediante la cual sean declarados como marido y mujer.

Matrimonio es la unión legal elevada por Cristo a sacramento, por la cual un hombre y una mujer establecen una comunidad de vida recíproca y perpetua, espiritual y corporal.

Se aprecia que tanto los conceptos como las definiciones de matrimonio son acertadas, por lo que podemos decir que la celebración del matrimonio no es solamente la realización del acto en un determinado momento, sino que se prolonga a través, del tiempo; por ello no son solo conceptos o definiciones a memorizar o retener sino que son conceptos sujetos a un análisis y estudio constante .

La sociología como ciencia de las relaciones entre los individuos, no aporta lo siguiente con respecto al matrimonio, la familia es un fenómeno social, universal, sin importar que las relaciones familiares sean permanentes, o temporales, que exista monogamia, poligamia, poliandria o licencia sexual; que las condiciones se compliquen por la adición de miembros no incluidos en nuestro círculo familiar. El hecho es que en todas partes, el marido, la mujer y los hijos menores constituyen una unidad aparte del resto de la comunidad.

Para nosotros el matrimonio es la forma ideal y legal de formar a la familia, a través de la unión legítima de un hombre y una mujer, con la finalidad de procrear, proteger y cuidar a la prole, así como brindarse el auxilio recíproco entre ambos.

2.2 EL MATRIMONIO EN LA EPOCA PREHISPANICA.

El régimen jurídico de los pueblos precortesianos fue rudimentaria, pues apenas se iniciaban las relaciones contractuales y no se había llegado al estado de complejidad social que hace que se desarrolle el Derecho. Por lo que se refiere a esta etapa del derecho en nuestro país, no contaban con una legislación codificada, siendo más bien un derecho consuetudinario el que regía la vida de los gobernados; no obstante ello se iniciaba la etapa de la ley escrita a través de los jeroglíficos, es decir por medio de signos inequívocos.

Los antiguos cronistas hablan de contratos existentes, entre indios a la llegada de los españoles, sin indicar con claridad la legislación que sobre el particular había, no tenían una codificación definida, y como se dijo se iniciaba de la escritura impulsada por el rey, La poligamia se constituyó como una especie de atributo entre los llamados indios y además fue una de las causas principales que obstaculizaron la

evangelización ya que los nobles, ricos y privilegiados no querían dejar de gozar de tener las mujeres que quisieran. Sin embargo la edad para contraer matrimonio era a los veinte años tanto para el varón como para la mujer, asimismo todo lo que se refiere al derecho de los Aztecas encontramos que este derecho se encontraba atado a las tradiciones de los indios.

En los tiempos de Nezahualcóyotl hubo una evolución del derecho aumentaron sus fórmulas e instituciones.

Durante esta época, la celebración del matrimonio era considerada como un sacramento, por lo que aun con esta característica únicamente bastaba que los contrayentes exteriorizaran el simple deseo de unirse en matrimonio para que se consumara el mismo. Por lo tanto sólo bastaba la voluntad pura y simple de unirse públicamente pues los ministros oficiantes en este caso eran los mismos esposos, y el sacerdote fungía solamente como testigo, función que podía ser realizada por otra persona distinta. Se sabe que la ceremonia matrimonial en las clases privilegiadas era realizada de la siguiente forma, los novios engalanados se sentaban frente a la estera o fogón, atados entre si con sus vestimentas, esperaban entonces la llegada de los principales del reino para que les dieran el parabién, desearles que tuvieran hijos y que en su sucesión resplandeciera su grandeza y memoria; luego llegaban embajadores de los demás reinos de México, y Tacuba y hacían lo mismo, despedidos todos ellos los llevaban al lecho nupcial para la consumación del matrimonio y al cabo de cuatro días regresaban a saber de ellos.

Margadant S, a este respecto dice lo siguiente, “ El matrimonio fue potencialmente poligamico (en Texcoco y Tacuba sólo tratándose de Nobles) Pero una esposa tenia la preferencia sobre las demás y tal preeminencia también

se manifestaba en la situación privilegiada que tenían sus hijos, en caso de repartición de la sucesión del padre. Hubo una costumbre de casarse con la viuda del hermano, que recuerda el *liverato* hebreo la celebración del matrimonio era un acto formal, desde luego con infiltraciones religiosas; en algunas partes hubo matrimonios por raptó o por venta. Los matrimonios podían celebrarse bajo condición resolutoria o por tiempo indefinido. Los condicionales duraban hasta el nacimiento del primer hijo, en cuyo momento a mujer podía optar por la transformación del matrimonio en una relación por tiempo indefinido; si el marido se negaba, empero, ahí terminaba el matrimonio.”²

En las familias del pueblo azteca tenemos que un padre podía vender a uno de sus hijos, mediante una autorización concedida por el Rey, la cual era otorgada sólo en casos de evidente miseria o que el padre demostrara que tenía más de cuatro hijos. La esclavitud del padre no afectaba la libertad de su familia y desde el régimen de Netzahualpizintli, emperador azteca el hijo de los esclavos ya nace libre, la liberación de los esclavos ocurría al contraer matrimonio un esclavo con su dueño o dueña según sea el caso, respecto a los hijos estos pasaban por dos consagraciones la primera donde el hijo recibía su nombre y la segunda se daba con la terminación del dominio de los padres hacia los hijos, que ocurría únicamente cuando este contrajera matrimonio, con el previo consentimiento de sus padres.

En lo que se refiere al tiempo de los Chichimecas, el rey Nopaltzin, dictó algunas leyes para proteger a la familia y la propiedad en sus más rudimentarios aspectos, de esta manera condenaba a muerte a los que cometieran adulterio. En este pueblo el derecho de familia giraba entorno a la madre, lo cual se consideraba que ocurría por la división del trabajo en la que El hombre se dedicaba a la caza y a proveer al hogar de

(2) FLORIS MARGADANT, Guillermo S., Introducción a la historia del Derecho Mexicano, México, décimo segunda , Ed. Estinge, p. 37.

comida, en tanto la mujer se dedicaba a la agricultura y cuidado del hogar.

Para el pueblo Maya el matrimonio era monogámico, pero con tal facilidad de repudio que con frecuencia se presentaba una especie de poligamia; de tal virtud dos personas que fueran descendientes del mismo tronco común no podían celebrar matrimonio entre sí; en cuanto se refiere a la mujer infiel esta era repudiada, sin embargo si el marido ofendido quería otorgar el perdón podía hacerlo.

Los Otomíes, regularon en materia familiar, dejando mucho que desear, desprendiéndose que a los varones jóvenes les eran otorgadas mujeres de la misma edad, permitiéndoles el sostener relaciones con cual cualquier doncella antes del matrimonio incluso el abusar de ellas. Si el esposo llegare a encontrar algo que le disgustare de su mujer durante el matrimonio podía dejarla y tomar cualquier otra en su lugar; privilegio que también las mujeres disfrutaban; costumbres todas ellas negativas para la integración de la familia.

El Pueblo de los Nauas, fue un pueblo del cual se sabe que vivía en estado salvaje, ya que eran una especie de nómadas que vivían en el monte y bosques sin un asiento determinado, para la creación de sus casas no comían pan ni maíz, alimentándose de hierbas y frutos silvestres, así como de la caza del venado, liebres conejos, culebras, utilizando para ello rudimentarios objetos de caza como arcos y flechas, no guerreaban entre ellos, sus ropas eran hechas con pieles y pellejos de animales muertos en la casería, andaban semidesnudos, su organización social fue patriarcal, donde el señor patriarca se encargaba de repartir el producto de la caza, sus matrimonios aunque se desarrollaban en un estado salvaje, guardaba mucha lealtad sobresaliendo que entre los Sinaloas, el matrimonio se contraía con el expreso consentimiento de los parientes y solo los jefes podían tener más de una mujer.

En relación a los que vivían en la sierra de Durango, tenían como característica el ser fieles y practicar la monogamia.

El derecho respecto a la familia en esta época fue muy vago por lo que no se tenía un concepto definido sobre el matrimonio y sus consecuencias porque a los indios les era muy normal vivir con una mujer sin importar las consecuencias que esto pudiera tener.

En los pueblos anteriores contrasta la monogamia con la poligamia, sin embargo existieron pueblos en los cuales el adulterio fue considerado como un delito grave castigado incluso con la pena de muerte aplicada por el marido ofendido a los adúlteros, en algunos casos el castigo no era la muerte sino la mutilación de algún miembro o parte del cuerpo, en Yucatán el marido podía perdonar a la adúltera o darle muerte bajo la presión de una piedra, sobre su cabeza, entre los Mexicanos se sometía a los adúlteros a un proceso y solo podían ser condenados si se confesaba el adulterio, a la mujer adúltera se le despreciaba y se le consideraba como muerta.

2.3 EL MATRIMONIO EN LA EPOCA COLONIAL.

Las autoridades civiles y religiosas de la nueva España dudaban si los indios tenían o no legítimo matrimonio, por lo que ambas autoridades se reunieron en compañía de muchas otras personas que conocían estos ritos a deliberar a este respecto, a la llegada a México de la Bula del Papa, Paulo III, en la época del Virrey don Antonio de Mendoza, concluyendo que el matrimonio si existió como tal entre los indígenas. En la época colonial el matrimonio tuvo disposiciones motivadas en el derecho canónico y en la legislación de Castilla, pero adecuadas al territorio de las indias.

A este respecto a los misioneros se encontraban ante el problema de cual de las mujeres debía de ser considerada como la legítima esposa de los indios, por lo que considerarían dos supuestos el primero que indicaba que el indio escogería de todas sus mujeres a la que le pareciera más conveniente y el segundo señalaba que se les debía obligar a tomar como esposa canónica a aquella con quien primero había iniciado relaciones por lo que finalmente la Iglesia llegó a considerar al matrimonio natural como si fuera celebrado con todas las formalidades del vínculo legítimo siempre y cuando concurrieran el mutuo consentimiento y la intención de unirse para toda la vida, dada la manifestación de estas conductas por ser de orden subjetivo resultaba en extremo difícil establecer si se reunían o no estos requisitos aunado a que los indios adolecían de un concepto definido sobre las relaciones sexuales.

Creándose en atención a este tema, otras dos opiniones, la primera que decía que existía un matrimonio natural entre los indios, y la otra de los clérigos que defendían que no existía tal cosa, en atención a estas diferencias se sometieron a la consulta de los teólogos y canonistas de España, así como ante la gran autoridad del Cardenal Cayetano, sin que se pudiera dar solución al problema.

Fue hasta la Bula de *Altitud Divini Consilii* del Papa III, la cual estableció que el indio se quedase con la primera mujer que tomara y si no recordaba quien había sido la primera, escogiera a la que quisiera.

Es una particularidad de la obra española en América la de igualar la raza autóctona que en el lugar se encontraba con la raza conquistadora, por lo que no existieron trabas para la celebración del matrimonio entre españoles e individuos de otras razas, fueran indios, negros, o castas y se llegó a autorizar por medio de cédulas de fecha de 19 de octubre de 1541 y 22 de octubre de 1556, los matrimonios entre

españoles e indias; también fue una práctica común el matrimonio entre negras o mulatas con los jefes militares dejando su posición como esclavas.

La regulación del matrimonio civil en las indias, está contenido en la pragmática sanción del 23 de marzo de 1776, que unía los diversos preceptos que la experiencia había dictado en las Indias como en España, en los siguientes aspectos:

a).- Los menores de 25 años podrían contraer matrimonio, con la previa autorización del padre o a falta de este de la madre, los abuelos, los parientes más cercanos, los tutores, en este último caso se debía contar con la autorización judicial exceptuándose en las Indias a los negros, mulatos y castas que no fueran oficiales de milicias, y los indios que tuvieran alguna dificultad para solicitarla, en este caso debían impetrarla de sus curas y doctrineros,

b).- Los españoles cuyos padres vivieran en España o en otro reino de Indias, podían solicitar directamente licencia de la autoridad, judicial,

c).- Los matrimonios celebrados sin licencia no producían efectos civiles ni con relación a los cónyuges, ni en lo tocante a los hijos,

Algunas personas además de la licencia paterna o de la persona que debiera de darla, se les exigía la licencia del Rey para la realización del matrimonio, a partir de la cédula real del 24 de julio de 1746, como es el caso de los soldados y oficiales del ejército que estuvieran de guarnición en las Indias, esto con el fin de evitar matrimonios ventajosos tanto económicamente como políticamente y principalmente para evitar vínculos familiares entre los funcionarios públicos y naturales de los lugares en que ejercían mando, que entorpecieran la correcta administración de justicia, por ello Felipe

II, el 10 de febrero de 1575, señaló:

a).- Prohibimos y defendemos que sin nuestra licencia particular como en nuestros reinos se hacen, los virreyes, presidentes, y oidores; alcaldes del crimen y fiscales de nuestras audiencias, de las Indias se puedan casar, ni casen en sus distritos.

b).- Lo mismo prohibimos sus hijos o hijas se casen durante el tiempo que sus padres nos sirven en dichos cargos, pena de que por el mismo caso queden sus plazas vacas, y desde luego los declaremos por tales, para las proveer en otras personas que fueran nuestra voluntad.

Asimismo la Iglesia mantuvo rigurosamente los impedimentos relativos al parentesco dentro del primer grado, segundo grado colateral, y el primer grado de afinidad, es por ello que las dispensas Canónicas fueron competencia únicamente de la Santa Sede y fue hasta el año de 1770, que se facultó a los obispos de las Indias, para poder dispensar el impedimento del parentesco; de lo que se desprende que el matrimonio realizado sin licencia no producía efectos Civiles entre los que lo celebraban y su prole.

2.4 EL MATRIMONIO EN EL MEXICO INDEPENDIENTE.

Este periodo de la historia de México, se encontraba matizado por la fuerte influencia que ejercían las leyes de España, que durante la época Colonial fueron vigentes.

Con las leyes de Reforma en el México independiente el matrimonio dejó de ser exclusivamente competencia de la Iglesia, para pasar a ser regulado por el derecho,

consecuentemente al triunfo de la revolución Francesa, estableciendo en la primera constitución que de ella emanaba de 1971 en su artículo 7, considero al matrimonio como un contrato civil.

En México, al igual que en muchos otros países que fueron inspirados por estas ideas liberales, en el tiempo en que Ignacio Comonfort renuncia a la Presidencia de la República, Bénito Juárez que en ese entonces era Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo sustituye dando lugar a las leyes de Reforma en las cuales se regulo intensamente en materia familiar y consecuentemente en lo relativo al matrimonio, de la manera siguiente:

1.- Ley orgánica del Registro del Estado Civil, del 27 de enero de 1857, como es de verse esta ley surge con anterioridad a la constitución de 1957, la cual en cuanto se refiere al matrimonio estableció lo siguiente:

a).- En los actos del estado civil se considero el sacerdocio, la profesión de voto religioso, el nacimiento, el matrimonio, la adopción y la muerte.

b).-Establecía que el matrimonio será registrable, entre cuarenta y ocho horas después de celebrar el Sacramento.

c).- Los curas darán parte a la autoridad civil respecto todos los matrimonios que se celebren dentro de las veinticuatro horas

d).- Regulo en lo referente a la sociedad conyugal.

2.- Posteriormente a la promulgación y vigencia de la constitución de 1857, el 23

de julio de 1859, se publica la ley de matrimonio civil, en la cual se elimina completamente la intervención de la iglesia del matrimonio indicando que este era un acto exclusivo de la autoridad civil; prevenía que el contrato sólo podía celebrarse entre un hombre y una mujer prohibiendo la bigamia y poligamia y que el matrimonio es indisoluble elemento que retoma del matrimonio canónico estableciendo que la muerte es el único medio de terminar el contrato matrimonial sin embargo expresaba que los casados podrían separarse temporalmente sin que quedaran libres para casarse con otra persona, asimismo estableció la edad mínima de 14 años para el hombre y 12 para la mujer, además que una vez que se hubieran satisfecho las formalidades para su validez era suficiente el simple acuerdo de voluntades de los contratantes.

3.- También tenemos la Ley Orgánica del Registro Civil del 28 de julio de 1859, la cual disponía que en toda la república instituyera la institución de funcionarios públicos denominados jueces del Estado Civil, regulo lo relativo al levantamiento de las actas de nacimiento matrimonio y defunción.

4.- Decretos sobre impedimentos dispensas y juicio por lo relativo al matrimonio civil, del 2 de mayo de 1861, esta legislación regulo los siguientes aspectos:

a).- La afinidad en línea recta es impedimento para la celebración del matrimonio

b).- Existe dispensa para la celebración del matrimonio entre consanguíneo, en línea recta colateral desigual.

c).-Establece el recurso de apelación en caso que no se logre dispensa de algún impedimento.

Decreto sobre matrimonios celebrados en artículo de muerte número 5674, del cinco de junio de 1867.

- Establece en su artículo primero que no es necesario en estos casos el requisito de las publicaciones que establecía el artículo 9 de la ley de del 23 de julio 1859 y que el parentesco en línea colateral desigual ni los esponsales son impedimento para contraer matrimonio.

5.- Decretos en la época del imperio.

- decreto 180, de fecha 3 de noviembre de 1864, fue decretado en tiempos de la intervención francesa, durante el imperio de Maximiliano, el cual establecía en su artículo primero, que los párrocos, vicarios y capellanes encargados de los curatos deberían remitir cada mes a las prefecturas de sus respectivas dependencias los registros de los nacimientos y matrimonios, celebrados en sus curatos debiendo manifestar la edad de los contrayentes.

6.- Para el año de 1865, Maximiliano promulgo la Ley del Registro del Estado Civil, la que en lo relativo al matrimonio previó lo siguiente:

En el registro civil se aran constar los matrimonios, se estableció la edad mínima para contraer matrimonio civil, resultando que el varón debería tener 18 y la mujer 15, pero si el hombre tenia menos de 24 y la mujer menos de 22 tendrían que contar con el consentimiento de sus padres. Se estableció además que aquellos que fueran católicos tendrían que celebrar el Matrimonio litúrgico, el cual no podría llevarse acabo si antes no se presentaba el certificado del matrimonio civil y que aquellos que no procedieran conforme lo establecido se les tendría por concubinos sin derecho al

derecho al ejercicio de la Patria Potestad, la legitimación de los hijos y demás derechos que se generaran del matrimonio.

7.- Código Civil del 6 de julio de 1866, del Imperio Mexicano, en esta legislación destacan los siguientes aspectos en lo relativo al matrimonio, se regulo en cuanto se refiere a las actas del estado civil de las personas, se considero al matrimonio de una manera especifica como la sociedad legitima de un solo hombre y de una sola mujer, que se unen en el vínculo indisoluble, para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida, considerando que para que el matrimonio surtiera sus efectos este tendria que llevarse acabo ante los funcionarios que establecia la legislación civil, con todos y cada uno de sus requisitos y formalidades esenciales, considerando la edad mínima de 18 años para el varón y 15 para la mujer, en sus artículos transitorios establece que los matrimonios litúrgicos, reconocidos como religión del Estado surtirian efectos civiles siempre y cuando no exista otro matrimonio anterior, que los contratantes tengan la edad civil prevista en la legislación para su realización.

8.- Una vez que se restaura la República Don Benito Juárez, el día 13 de diciembre de 1870, por decreto número 6855, publica el Código que deroga toda la legislación anterior, legislando sobre el matrimonio con una fuerte influencia del Código de Napoleon, estableciendo perfectamente los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio tanto para el hombre como para la mujer.

9.- Ley constitucional del 25 de septiembre de 1873, por decreto se reforma la constitución de 1857, señalando que el Estado y la Iglesia son independientes, considerando al matrimonio como un acto puramente civil.

Decreto del 14 de diciembre de 1874, numero 7329, se refiere a las leyes de

reforma y en su sección quinta se legislo estableciendo nuevamente que el matrimonio es un contrato civil, del cual únicamente conocerán los funcionarios del estado civil, disponiendo que solo será celebrado entre un hombre con una sola mujer, la bigamia y poligamia se constituye como un delito sancionado por las leyes, el matrimonio solo se disolverá por la muerte de uno de los cónyuges, existe la separación temporal, los casados son libres para recibir o no las bendiciones de los ministros de su culto sin que produzcan efectos jurídicos.

Código Civil de 1884, esta legislación contiene en su artículo 155, una definición del matrimonio inspirada en el Código de Napoleón diferenciándose del decreto 7329, del 14 de diciembre de 1874, que considero al matrimonio como un contrato civil y esta ley lo considera como una sociedad civil.

2.5 EL MATRIMONIO EN EL MEXICO CONTEMPORANEO.

Analizar el matrimonio como una institución capaz de integrar intrínsecamente, los valores éticos y morales de la familia en la actualidad es una tarea en la que deberá retomarse como punto de referencia la constitución de 1917, por ser el máximo ordenamiento legal en nuestra sociedad contemporánea; de tal virtud este ordenamiento en su artículo 130, en su penúltimo párrafo establece que los actos del estado civil de las personas son de la exclusiva competencia de las autoridades administrativas, en los términos que previstos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan.

A este respecto opina Rafael Rojina Villegas, "que en México el artículo 130 de la constitución de 1917 ha declarado que el matrimonio es un contrato civil y, por lo tanto, se regula exclusivamente por las leyes del Estado sin que tengan injerencia

alguna los preceptos del derecho canónico. Sin embargo, debe reconocerse que para la debida interpretación de las normas que regulan los impedimentos, así como para las sanciones de nulidad, es necesario tomar en cuenta el antecedente del derecho canónico. Desde nuestros Códigos Civiles de 1870 y 1884 el matrimonio ha quedado totalmente reglamentado por la ley civil, tanto por lo que se refiere a su celebración ante el Juez del Registro Civil competente, como en lo que atañe a la materia de impedimentos, a los casos de nulidad y a los efectos de la institución. También el divorcio ha sido regulado por esos ordenamientos bajo la forma de separación de cuerpos y después a partir de la Ley de Relaciones Familiares de 1917, como forma que disuelve totalmente el vínculo conyugal. “3

Asimismo existen otros artículos que regulan en materia familiar en nuestra constitución, tal es el caso del artículo cuarto constitucional que tutela especialmente a la familia considerándola ampliamente, como una entidad social y del artículo 16 constitucional que en el inicio de su redacción también protege a la familia

Venustiano Carranza expidió el nueve de abril de 1917, La Ley sobre Relaciones Familiares, la cual consecuentemente deroga las disposiciones relativas contenidas en el Código Civil de 1884 y en su artículo 13 se refiere al matrimonio como un contrato civil y que es además un vínculo disoluble, que tiene por objeto el perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida. Establece además que los casados están obligados a guardarse fidelidad y a contribuir cada uno por su parte a los objetos del matrimonio ayudándose mutuamente, así como también que el marido y la mujer deben vivir juntos.

(3) ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano ..., México, Novena edición, Ed. Porrúa, 1998, p. 209

Como es bien sabido es el Código Civil vigente en cada una de las entidades del territorio nacional, el ordenamiento jurídico que por excelencia regula al matrimonio; teniendo como base lo expresado en líneas anteriores en virtud de ser la institución básica de la sociedad a la cual debe concedérsele el mas amplio sentido ético y moral, regulado por el derecho y que bajo ninguna situación particular o específica deberá de estar sujeta a la celebración de un acto previo para su realización. Toda vez que en el devenir del tiempo en el aspecto histórico y jurídico ha quedado totalmente emancipado tanto de la Iglesia como de limitaciones absurdas para su celebración por no existir ordenamiento legal alguno constriña su realización en tanto se reúnan todos y cada uno de los requisitos que exige la ley se cumplimenten para ello.

2.6 ELEMENTOS DE EXISTENCIA Y VALIDEZ EN EL MATRIMONIO.

En la actualidad el matrimonio es considerado como un contrato por lo que para su celebración es indispensable que se reúnan los elementos de existencia y validez que marca la ley para ello.

ELEMENTOS DE EXISTENCIA.

- EL CONSENTIMIENTO
- OBJETO
- SOLEMNIDAD

El primero de ellos es considerado como un requisito indispensable para la celebración del matrimonio, toda vez que para que ocurra este en extremo necesario la manifestación de la voluntad de manera bilateral, libre y espontanea ante el Oficial del Registro Civil.

El objeto, para la realización del matrimonio consiste básicamente en los derechos y obligaciones que se crean entre los esposos, como un conjunto de relaciones jurídicas que deberán ser observadas de manera conjunta por ambos toda vez que es su voluntad el impulso que a de crearlas uniéndolos para llevar una vida en común basada en la ayuda reciproca y compromisos que han de adquirir a futuro con la llegada de la prole.

En cuanto se refiere a la solemnidad, el matrimonio es un contrato de una envergadura, tan grande que para que sea posible la celebración de este es necesario que se realice ante la presencia del Oficial del Registro Civil, puesto que de no ser así sería inexistente.

Es un acto extraordinario que contiene formalidades importantes y como ya se digo si faltan las solemnidades el matrimonio sería inexistente, por ser una formalidad que la técnica jurídica ha elevado a la categoría de un elemento de existencia; ya que en el matrimonio aun cuando el Código Civil no lo diga de una manera expresa, podemos encontrar verdaderas solemnidades como son:

- a).- Qué se otorgue el acta de matrimonio,
- b).- Que se haga constar en ella tanto la voluntad de los consortes de unirse en matrimonio, así como la declaración del Oficial del Registro Civil considerándolos unidos en nombre de la ley y la sociedad,
- c).- Que se determinen los nombres y apellidos de los contrayentes.

ELEMENTOS DE VALIDEZ.

- LA CAPACIDAD
- LA AUSENCIA DE VICIOS DE LA VOLUNTAD
- LA LICITUD EN EL OBJETO
- FORMALIDADES

En lo referente a la capacidad consideraremos primeramente la de goce, que se refiere básicamente en relación al matrimonio a la posibilidad de los sujetos de hacer posible la copula.

sin embargo abundando a este respecto RAFAEL ROJINA VILLEGAS, manifiesta que " al matrimonio, tenemos que distinguir entre la capacidad de ejercicio y la capacidad de goce para celebrar dicho acto tienen capacidad de goce los que los que han llegado a la edad núbil o sea, en nuestro derecho, dieciséis años para el hombre y catorce para la mujer. Los menores de dicha edad, carecen de capacidad de goce para celebrar el matrimonio, es decir, hay un obstáculo insuperable que la propia ley reconoce para que puedan validamente celebrar el citado acto. Sólo se exceptúa el matrimonio celebrado por menores de dicha edad, cuando haya habido hijos, o cuando sin haberlos habido, el menor hubiera llegado a los dieciocho años, y ni él ni el otro cónyuge hubieran intentado la nulidad."⁴

Asimismo también es necesario que gocen el hombre y la mujer de salud física y mental.

En cuanto al segundo aspecto de la capacidad es decir la de ejercicio, es la que

(4) ROJINA VILLEGAS, *op. cit.*, p. 254.

ejercicio; es aquella que se refiere a la aptitud de los sujetos para celebrar el acto matrimonial, por lo cual los menores de edad requieren del consentimiento de quienes ejerzan la Patria Potestad o la tutela sobre ellos, que puede ser suplido por las autoridades administrativas cuando aquellos que deban darlo lo nieguen.

LA AUSENCIA DE VICIOS DE LA VOLUNTAD.

Son considerados como vicios del consentimiento para la celebración del matrimonio:

a).- El error existirá cuando el matrimonio llegare a ser celebrado con persona distinta entre los que lo hubieran pactado, entendiéndose que se va celebrar el matrimonio con determinada persona y se contrae con otro,

b).- La violencia consiste en la fuerza o el miedo grave cuando impulsados por una fuerza superior inevitable e invencible proveniente del exterior los obliga a celebrar el acto matrimonial, consecuentemente la voluntad no es expresada de manera pura y simple.

c).- La licitud en el objeto, siendo el matrimonio la institución social por excelencia este siempre debe ser lícito, resultando nulos únicamente los pactos que vayan en contra de sus fines, pudiendo haber ilicitud en el matrimonio en los casos siguientes:

- Adulterio, que haya ocurrido entre las personas que pretendan contraer matrimonio,
- El atentado contra la vida de uno de los contrayentes para casarse con el que quede libre,

- Rapto, cuando la mujer no sea restituida a lugar seguro, donde con libertad pueda manifestar su voluntad,
- Bigamia,
- Incesto.

En los cinco casos anteriores se nulifica el matrimonio, por ilicitud en el acto mismo. En efecto, en el adulterio habido entre las personas que pretendan contraer matrimonio, existe un hecho ilícito que la ley toma en cuenta como una de las causas que después afectan de ilicitud al matrimonio mismo, aun cuando propiamente el acto en sí no adolezca de ese vicio, pero se estima que hay una especie de causa determinante del mismo, o bien, que se refleja sobre el matrimonio para herirlo de nulidad.

En cuanto a las formalidades para la celebración del matrimonio Jorge Mario Magayón Ibarra, " La forma propia de La celebración se encuentra también descrita en el Código vigente en los artículos 102 y 103. Se dispone que el día y hora señalados en presencia de los interesados, apoderados y testigos se leerá tanto la solicitud, como los documentos presentados y se interrogará a los testigos si son las mismas personas a las que se refiere la solicitud; preguntará a cada uno de los pretendientes si es su voluntad el unirse en matrimonio y si su respuesta es afirmativa, los declarará unidos en nombre de la ley y de la sociedad. Acto continuo levantará el acta relativa en la que se harán constar las circunstancias de la boda; el nombre y edad de los contrayentes; los nombres de los padres; si hubo impedimentos y fueron dispensados; la declaración de la voluntad de los pretendientes así como lo que el propio juez haga

en nombre de la ley y de la sociedad; el régimen conyugal al que se sujetan sus relaciones patrimoniales y el nombre de los testigos. "5

2.7 IMPEDIMENTOS PARA CONTRAER MATRIMONIO.

Técnicamente los impedimentos en el matrimonio son todas aquellas cuestiones o circunstancias que impiden la celebración del matrimonio, o lo prohíban de manera legal, jurídicamente existen dos tipos de impedimentos dirimentes y los impedientes.

Dirimentes, tienen como característica la invalidación del matrimonio.

Impedientes, invalidan el matrimonio pero lo hacen lícito.

"También se clasifican los impedimentos en absolutos y relativos. Absolutos son aquellos a consecuencia de los cuales a quienes afectan no pueden contraer matrimonio con nadie; relativos, aquellos que se oponen a que se celebre matrimonio con algunas personas."6

El Código Civil considera como impedimentos para la celebración del matrimonio:

I).- La falta de edad no dispensada,

II).- La falta del consentimiento,

III).- El parentesco por consanguinidad legítima natural, sin limitación de grado en la línea recta, ascendente o descendente en la línea colateral igual, el impedimento se

(5) MAGAYON IBARRA, op. cit., p. 242.

(6) DE PINA, op. cit., p. 329.

extiende a los hermanos y medios hermanos. En la colateral desigual, el impedimento se extiende solamente a los tíos y sobrinos siempre que estén en el tercer grado y no hayan obtenido dispensa.

IV).- El Parentesco de afinidad en línea recta, sin limitación alguna,

V).- El adulterio entre las personas que pretendan contraer matrimonio, cuando haya sido judicialmente comprobado,

VI).- El atentado contra la vida de alguno de los casados para contraer matrimonio con el que quede libre,

VII).- La fuerza o miedo graves,

VIII).- La embriaguez habitual la morfinomanía y el uso indebido de las demás drogas enervantes,

IX).- La impotencia incurable, la sífilis, la locura y las enfermedades crónicas o incurables que sean además contagiosas o hereditarias,

X).- El idiotismo y la imbecilidad,

XI).- El matrimonio subsistente con personas distintas de aquellas con quien se pretenda contraer,

De los mencionados impedimentos solo tienen dispensa la falta de edad y el parentesco de consanguinidad en línea colateral desigual.

“Tampoco pueden contraer matrimonio: el adoptante con el adoptado o sus descendientes, mientras dure el lazo resultante de la adopción; la mujer hasta pasados trescientos días después de la disolución del anterior, a menos a menos que dentro de ese plazo diera a luz un hijo, en los casos de nulidad o de divorcio puede contarse este tiempo desde que se interrumpió la cohabitación, y el tutor con la persona que ha estado o está bajo su guarda, salvo que obtenga dispensa, que no se concederá por el Presidente Municipal respectivo hasta que sido aprobadas las cuentas de la tutela. Prohibición esta última que comprende también al curador y a los descendientes de éste y del tutor.”⁷

“En estos casos si el matrimonio se celebrase, el juez nombrará un tutor interino que reciba los bienes y los administre mientras se obtiene la dispensa.”⁸

(7) DE PINA, *op. cit.*, p. 330.

(8) DE PINA, *ibidem*.

CAPITULO III

NATURALEZA JURIDICA DE LOS ESPONSALES.

La doctrina ha polemizado mucho y durante largo tiempo, acerca de la naturaleza jurídica de los esponsales; con el devenir del tiempo encontramos que a lo largo de la historia plantean la posibilidad de realizar un matrimonio futuro y prometido o la reparación del daño para el caso de incumplimiento; en la actualidad solo existe como una figura del derecho sin aplicación o eficacia alguna vid infra, Cap. IV. Resultando que dicha figura ha entrado en desuso dentro del derecho civil.

Para lo cual estudiaremos diversas teorías propuestas por algunos juristas respecto de dicha naturaleza jurídica de los esponsales; lo que nos permitirá analizar si es una obligación y si puede o no ser un contrato; porque se considera como un hecho jurídico complejo, acto jurídico y precontrato, sin pasar por alto su noción jurídica, su fundamento y causas de extinción.

3.1 COMO OBLIGACION.

Dentro del presente capítulo, en primer termino hablaremos de la figura jurídica de los esponsales, como una obligación, ya que estudiamos la naturaleza jurídica de la misma.

De esta manera mencionaremos al Profesor Borja Soriano, el cual manifiesta una obligación es: “ es la Relación Jurídica establecida entre dos personas, por la cual una de ellas (llamada deudor), queda sujeta para otra (llamada acreedor), a una prestación o a una abstención de carácter patrimonial, que el acreedor puede exigir del

deudor.”,

Por otra parte la doctrina alemana ha planteado el problema relativo a la obligatoriedad de los esponsales, pues considera que se viola uno de los elementos esenciales del contrato, que es que se celebre libremente; esto es que las partes no debieran estar obligadas a celebrar un contrato definitivo en un tiempo futuro, por la celebración de un precontrato . Si bien es cierto que desde el punto de vista teórico, la obligatoriedad del contrato preparatorio desconoce la libre elección de celebrar el contrato definitivo; por lo que tanto la doctrina francesa como la italiana han acertado, por razones lógicas la validez de los contratos preparatorios. En cuanto a nuestro derecho civil ha aceptado, respecto del código la obligatoriedad del contrato preparatorio por razones meramente practicas; considerando que dichas razones son impuestas por la satisfacciones de las necesidades apremiantes e inaplazable , el trato cotidiano, las actividades y la vida tan agitada en la que el ser humano vive; nos impone el carácter de las necesidades, en cuanto a la realización de los contratos; en consecuencia lógica, si la vida misma impone cierto carácter de necesidad en la celebración de los contratos, de manera que ya no podamos actuar libremente, y por esta razón debemos concluir que debe aceptarse la celebración de los contratos preparatorios, que nos predeterminan a celebrar un contrato definitivo en un tiempo futuro, sin pasar por alto que este tiempo debe ser determinado, pues tampoco podemos obligarnos indefinidamente, ya que esto pondría en riesgo nuestra libertad jurídica.

De lo anterior, podemos pensar a primera vista que la figura de los esponsales, podría entrar dentro del sistema general de los contratos preparatorios, y por lo tanto

(1) DE PINA VARA , Rafael, Diccionario ..., México, Décimo séptima edición, Ed. Porrúa, 1991 , p. 384.

obligar a la celebración del contrato definitivo; en este caso el matrimonio; pero pese a todo en este sentido, la ley, la doctrina y la jurisprudencia han considerado que los esponsales, no pueden producir la obligación de contraer el matrimonio prometido, ni mucho menos producir acciones jurídicas encaminadas a exigir coactivamente (con la intervención de los tribunales), que se celebre el matrimonio; ya que a todas luces y en todos sentidos, el matrimonio debe ser esencialmente libre en su celebración; careciendo así de fuerza obligatoria la promesa de matrimonio (esponsales).

“Mejor podría contemplarse en el injustificado incumplimiento de la promesa de matrimonio un hecho ilícito extracontractual. Se podría decir que quien comete la imprudencia , la tontería o la perversidad de vincularse con promesa de matrimonio, de hacer que nazca en la promesa con quien ha cruzado la promesa la confianza de que llegaran al matrimonio, de mantener esa confianza hasta que haga ellas los gastos con miras al futuro matrimonio, y de retirarse luego sin una justa causa, tiene un comportamiento culposo e irroga un daño; de ahí la obligación del resarcimiento.”²

3.2. COMO HECHO JURIDICO.

Los hechos o actos conjuntamente integran las normas jurídicas que dan vida al derecho, porque se constituyen como la base para la creación, modificación y extinción de lo derechos.

Se considera que todo derecho nace del hecho; porque hecho es todo evento o acontecimiento de la vida que puede producir el origen, modificación, o la extinción de una relación de derecho; pudiendo ser negativo o positivo; existen hechos jurídicos que

(2) ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho CMI Mexicano ..., México, Novena edición, Ed. Porrúa, 1998, p.193.

son independientes de la voluntad humana como pueden ser acontecimientos naturales o accidentales, y otros dependientes de ella como un contrato o un testamento. En el primer caso estamos en presencia de hechos jurídicos en el segundo de actos jurídicos.

Al respecto opina Rafael de Pina que “ Hay que aclarar sobre este punto, que las acciones humanas que no dependen de una voluntad como se reconoce por la doctrina más autorizada, entran en la categoría de los hechos llamados naturales, pues no se puede establecer, como se comprende fácilmente, diferencia ninguna entre el acto de un loco y el derivado de la fuerza bruta.”³

Podemos considerar a los esponsales como un hecho jurídico partiendo del principio de que producen consecuencias de derecho, solo si no son respetados, pero también es cierto que para su existencia dependen de la voluntad humana; la sana lógica del derecho nos lleva a decir que estos para su realización dependen estrictamente de la voluntad de las partes y no de una causa proveniente de la naturaleza o accidentalmente vid infra, Cap. III, tema 3.3.

Debiendo considerar entonces lo que expone Manuel Peña Bernardo de Quiros, con respecto a la Naturaleza Jurídica de los esponsales, dice, “que se tratan solo de un mero elemento que forma parte de un hecho jurídico complejo, por lo cual señala: La promesa es solo uno de los elementos integrantes de un hecho jurídico complejo, que tiene como único efecto jurídico la imputación del detrimento causado por ciertos gastos y obligaciones. Los ingredientes de este hecho jurídico son los siguientes:

(3) DE PINA , op. cit., p. 264.

a) La promesa cierta (4) de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado. (5). Ya hemos repetido que esta promesa no es un negocio jurídico, si no un compromiso meramente social, ajeno al campo de los negocios jurídicos; pero no está exenta de consecuencias jurídicas y, por tanto, son exigibles las condiciones que el Derecho presupone para que las declaraciones de voluntad sean imputables (conciencia, voluntad).

b) La realización por la otra parte (6) de gastos o la contracción de obligaciones en consideración al matrimonio prometido; es decir, confiando en la efectividad de la promesa: gastos de equipo, adquisición de vivienda, etc.

c) El incumplimiento (voluntario) de esta promesa. (7). En tal caso no hay incumplimiento de una obligación por que el mismo ordenamiento establece que la obligación no existe, ni siquiera puede hablarse de obligación moral de contraer matrimonio. El que por su voluntad no contrae matrimonio no comete acto ilícito, cualquiera que sea la causa (9), si no que lícitamente ejercita su libertad que, después de la promesa persiste entera.

d) No existir causa para el incumplimiento. La Ley no habla de justa causa para no descalificar como injustas a los demás supuestos de incumplimiento. Cualquier motivo para no contraer matrimonio, es jurídicamente respetable, y la ley únicamente exige una especial motivación para evitar la imputación del detrimento causado por los gastos y obligaciones referidos.

¿Cuándo hay causa para el incumplimiento? Tiene que tratarse de un acontecimiento sobrevenido (en su existencia en el conocimiento del promitente), que por su identidad sea, suficiente para justificar socialmente, el compromiso tiene un

valor social incumplimiento: mala conducta de la otra parte, enfermedad importante de uno y otro, etc.”⁴

Después de todo podemos concebir a los esponsales como un hecho jurídico complejo, toda vez que estos son capaces de producir una relación de derecho; es evidente que considerar al hecho jurídico en sentido amplio y no hacer ninguna distinción entre hecho jurídico y acto jurídico haciendo referencia a ellos como una expresión que comprende en esta los actos y en ningún momento pretende indicar acontecimientos independientes de la voluntad humana.

No se debe limitar la libertad del hombre para casarse o no casarse, porque se trata de cuestiones que están fuera de la autonomía de la ley; sin embargo si existe una vez que celebren esponsales la posibilidad de reparar el daño ocasionado como consecuencia de su incumplimiento, porque crea modifica o extinguen derechos y obligaciones.

Asimismo, la doctrina francesa expresa el matrimonio es un acto jurídico que esta fuera de todo comercio, debido a que el consentimiento solo se da de acuerdo a lo tratado en vid. supra, Cap. II, resultando que no es posible que se pueda obligar a su celebración, y efectivamente únicamente queda la reparación del daño cuando la negativa encierra un hecho doloso o culposo y que además ocasione un perjuicio para alguno de los prometidos; entonces no basta para logra la indemnización el simple incumplimiento sino que es indispensable el acreditar el dolo o la culpa; pero si la responsabilidad fuera contractual seria el incumplido el que tuviera que acreditar las causas de su conducta; de lo anterior podemos decir que la figura de los esponsales

(4) PEÑA BERNARDO DE QUIROS, apud, Manuel, Derecho de Familia, Madrid, 3ra edición, Ed. Universidad de Madrid, 1989, p. 28-30

se constituye como un estado de hecho pero capaz de generar consecuencias de derecho.

Concebir a los esponsales como un hecho atiende básicamente a que estos presuponen la existencia de una garantía jurídica; que no tiene ninguna consecuencia hasta que es violada; debido a que el matrimonio es un acto libre y puro que no puede ser condicionada su celebración.

3.3 COMO ACTO JURIDICO.

Para Camelutti el acto jurídico es una especie del hecho jurídico porque presupone la existencia de un cambio en las relaciones jurídicas persistentes, debido a que ocurre una alteración de las relaciones jurídicas.

De la misma manera, por acto jurídico debemos entender toda manifestación de la voluntad susceptible de producir efectos jurídicos, siempre y cuando se realice de acuerdo con los procedimientos legales previstos para cada caso.

Dentro de este punto tocaremos la teoría del acto jurídico bilateral de los esponsales; según se analiza a diferentes autores y doctrinas; ya sea la alemana, argentina, española, italiana y por supuesto la mexicana .

Las teorías españolas de Puig Brutau, Bonet, Díez Picazo y Ponce de León; señalan que los esponsales además de ser un negocio social y privado (para nuestra legislación acto social), también constituyen un negocio jurídico (en nuestra legislación acto jurídico), en la medida en que sus efectos trasciendan; podemos decir al respecto que no importa que las parejas se comprometan sin pensar en las consecuencias

jurídicas del acto; ya que de igual manera en ocasiones algunos negocios jurídicos se pueden concertar de esta manera y no obstante a esto las consecuencias de los mismos son distintas de la obligación asumida, pues lo mismo ocurre en los precontratos.

Bonet dice que los esponsales son un acto jurídico bilateral, por que exigen el acuerdo de voluntades e incluso pueden ser contrato accesorio y preparatorio del matrimonio, aunque no conduzcan necesariamente a el por que la legislación límite los efectos de la violación de la promesa a la esfera patrimonial (resarcir daños).

Ponce de León, los cataloga entre los actos jurídicos familiares; pues si bien no producen la obligación de contraer matrimonio tienen cierta eficacia jurídica; por lo que no pueden ser un simple vínculo social .

En Italia, esta posición es sustentada por Tedesciti, quien opina que el fundamento de la obligación de resarcir, es negociar, aunque no contractual; ya que dentro de su legislación se reduce la noción del contrato al campo solamente patrimonial.

Por otra parte, analizaremos la legislación mexicana; la cual plantea que la naturaleza de los esponsales es innegablemente contractual; sin embargo dentro del derecho civil mexicano, no producen la obligación de contraer matrimonio, ni en ellos puede estipularse pena alguna por incumplimiento de la promesa; pero al que decidiese o diera motivo para su rompimiento, está obligado a indemnizar por lo perjuicios ocasionados, pudiéndose ejercitar la acción dentro del año subsecuente al rompimiento; los prometidos de esta manera tienen derecho a exigir la devolución de todo lo que hubieren donado para efecto del futuro matrimonio.

3.4 COMO UN PRECONTRATO.

Dentro de este apartado, estudiaremos algunas teorías que consideran a la figura de los esponsales como un precontrato; para poder así de manera más amplia entender su naturaleza jurídica.

Clemente de Diego; nos manifiesta que al celebrar los esponsales, estamos celebrando un contrato accesorio, pues depende de la realización de un contrato principal, el cual como ya sabemos se trata de la celebración del matrimonio prometido; sin que necesariamente conduzcan obligatoriamente a la realización del mismo para las partes.

Gubern Salisachs; refiere que se tratan los esponsales de un precontrato natural, único en su tipo por carecer de medios coercitivos para exigir lo estipulado que es el matrimonio.

Messineo; considera este autor a los esponsales como una simple convención preliminar y no como un contrato preliminar, dado que no obliga al promitente a la celebración del matrimonio; a diferencia de las promesas en materia patrimonial, las cuales son obligatorias y se puede exigir coactivamente el cumplimiento de las mismas. en materia de los esponsales no se dan estos elementos por lo tanto la celebración de estos no produce consecuencias desde el punto de vista personal y familiar.

Con respecto a los autores Canónistas, la teoría de precontrato natural, también tuvo gran aceptación entre ellos. Consideramos que las anteriores teorías, se fundamentan principalmente en razón de que dicha promesa de matrimonio, dista mucho de tener consigo la fuerza coercible para exigir la celebración de lo pactado,

por lo cual señalan que estos tienden a configurarse, solamente como una obligación natural , o como un simple hecho , cuyos efectos surgen de la ley, en el momento mismo que ocurre su incumplimiento así como también los consideran como una convención preliminar.

Asimismo, de las anteriores posturas, podemos analizar que; dicha promesa de matrimonio tiene importancia desde el punto de vista de la costumbre, pero sin embargo tiene muy poca legalmente, dentro del marco del derecho; en el sentido de que no obliga a contraer matrimonio, ni a ejecutar lo que se hubiese convenido para el caso de que se incumpla. Por lo que decimos que se trata de una promesa destituida de todo valor jurídico y que por lo consiguiente se le puede violar indiscriminadamente ; aun con el hecho de que se haya estipulado alguna cláusula penal .

Existiendo así, una sensible diferencia entre la promesa de matrimonio y el caso de la promesa en los precontratos del tipo patrimonial, implicando para la segunda un vínculo y por tanto es obligatoria para el promitente; sin embargo en el primer caso el marco legal, asegura a los interesados el derecho de no cumplir y declara la no obligatoriedad de la promesa del matrimonio; ya que la voluntad de cada uno de los pretendientes puede cambiar.

“ Otras posiciones no ven en la promesa de matrimonio ni un verdadero contrato ni un simple hecho, pero se aproxima a la tesis contractual afirmando que se trata de un acto bilateral. Presentan diversos matices, y en escala descendente — esto es, a medida que más se alejan de la noción de contrato pueden enunciarse la del precontrato o antecontrato. ”⁵

⁵ BELLUSIO AUGUSTO, Cesar, Derecho de Familia, Buenos Aires, Ed. De Palma, 1979, p. 200.

3.5 COMO UN CONTRATO.

Algunos doctrinarios afirman que la figura jurídica de los esponsales se trata de un contrato, por lo que señalan, que si a estos se les llegará a excluir el carácter contractual, no se contaría con elementos para poder justificar la pretensión del resarcimiento de gastos, por que el simple hecho de no celebrar el matrimonio, no llega a integrar por sí mismo un acto ilícito y no puede, por lo tanto servir como principio de justificación de la culpa extracontractual.

Dentro de los autores que califican de contrato a los esponsales, mencionamos a los siguientes:

MERLIN Y TOULLIER: Estos autores consideran a los esponsales como un verdadero contrato, por el simple hecho de tratarse de convenciones aceptadas por el derecho antiguo y el actual, por lo que para ellos el fundamento son las razones históricas y jurídicas de los esponsales. No debemos pasar desapercibido que el épocas pasadas del derecho extranjero, se regulo en cierta medida (ya sea en algunos mas intensamente y en algunos menos), aún en México al inicio de la colonización; los esponsales tuvieron una gran fuerza en su aplicación, sin embargo no existió nunca la coacción para su cumplimiento. vid supra, Cap. I, sub cap. 1.7.

PEREZ , GONZALEZ Y CASTAN: Con respecto a estos autores mencionaremos que consideran a los esponsales como una figura jurídica con efectos limitados, sosteniendo que su esencia se sitúa en la promesa reciproca de celebrar el matrimonio.

De lo anterior podríamos concretar que resulta evidente que en la promesa esponsalicia existe una mutua manifestación de la voluntad exteriorizada al momento de aceptar la celebración del futuro matrimonio la cual se encamina a la concertación en una fecha determinada del matrimonio, a lo cual se le podría calificar de contrato; a pesar de lo anterior, en épocas pasadas y en la actual no es exigible dicho acuerdo, por que para el efecto de la celebración del matrimonio opera la máxima del principio de la libre elección matrimonial, en atención a lo cual la promesa solo produce efectos subsidiarios consistentes en el pago de daños y perjuicios, ocasionados por el incumplimiento de una de las partes.

VON THOR: Este manifiesta que la promesa esponsalicia de matrimonio se trata de un contrato de familia en razón a la manifestación reciproca del pacto que constituye la celebración del futuro matrimonio.

Podemos definir que los autores anteriores en términos generales, argumentan que la naturaleza jurídica de los esponsales para considerárseles como contrato, la constituye el consentimiento y la exteriorización de la voluntad; así como la mutua aceptación del compromiso matrimonial.

Además referimos a este respecto el derecho anglosajón; el cual considera a los esponsales como un contrato, que trae consigo la obligación de realizar el matrimonio estipulado y en caso de incumplimiento, de reparar los perjuicios que se llegaran a ocasionar al prometido inocente.

A continuación señalaremos los principales elementos extraídos de las posiciones ideológicas de cada uno de los autores antes analizados; del por que se considera a los esponsales como un contrato.

1).- LA PROMESA RECIPROCA DE CONTRAER MATRIMONIO: Nos resulta obvio que para la existencia de los esponsales se requiere de la exteriorización mutua de la voluntad de los promitentes, encaminada a la aceptación de un compromiso futuro. que se traduciría en la celebración del matrimonio.

2) .- LA FINALIDAD DE LOS ESPONSALES, TRADUCIDA EN LA CELEBRACION DEL MATRIMONIO: Ese compromiso futuro que han pactado los esponsales, su objetivo directo se traducirá en la celebración del matrimonio prometido.

3) .- LA OBLIGACION NO FORZOSA DE LA REALIZACION DEL MATRIMONIO: Como característica básica de las opiniones de los doctrinarios que lo consideran como un contrato, así como también de las opiniones opuestas, encontramos que aun cuando exista de por medio la promesa del futuro matrimonio, la misma no constituye un elemento coactivo para la celebración del mismo. Ya que como lo mencionan los propios autores, debe respetarse el principio de la libre expresión y elección para contraerlo. Ello en atención a las posibles consecuencias que la obligación forzosa acarrearía para los esposos; las cuales en muchas ocasiones no solo concluyen en un irreparable divorcio; si no que los efectos atropellan en algunos casos derechos de terceras personas, como pueden ser los hijos o las propias familias de los mismos.

4).- EL PAGO DE DAÑOS Y PERJUICIOS A FAVOR DEL CONYUGE INOCENTE: Sin embargo el que no exista coacción encaminada a la celebración del matrimonio para alguna de las partes no significa que la parte causante del rompimiento de la promesa de matrimonio, tan fácil y sencillamente desconozca su compromiso, sino que quedara sujeto al pago de los daños y perjuicios que ocasione su negativa de cumplir con la palabra empeñada al prometido inocente.

3.6 NOCION JURIDICA DE LOS ESPONSALES.

En la actualidad, bajo las condiciones y necesidades que se nos presentan dentro del acontecer diario de nuestra vida; y que de acuerdo a dichas condiciones y necesidades actuamos de distintas formas y estilos; según nuestras creencias, costumbres, ideología, educación, y religión; siendo este el por que de nuestras actitudes, las cuales por lógica natural tendrán que ser variantes dentro de cada época y tiempo; nos encontramos que el concepto tradicional de los esponsales para la sociedad se presenta de una manera bastante imprecisa.

Respecto al origen etimológico del término esponsales, diremos, éste se deriva de la palabra Latina Sponsalia, la cual a su vez tiene su origen en la palabra Spondere que significa: "LA PROMESA RECIPROCA DE CONTRAER MATRIMONIO".

De esta manera, la posición que guardan en nuestros días, respecto al concepto de los esponsales no dista mucho de la esencia que da de los mismos su raíz etimológica ; salvo una parte en la que nosotros encontramos alguna diferencia, y es que algunos autores le definen en un sentido amplio, como es el caso de JOSSERAND, quien concibe a los esponsales como aquella promesa reciproca de matrimonio.

Por otro lado otros autores puntualizan en el concepto algún requisito de los esponsales; dentro de esta posición nos encontramos con HECTOR LAFAILLE; quien refiere que la promesa de matrimonio , por cuya virtud el hombre y la mujer se obligan a contraerlo se le llama esponsales. Es muy claro que hace notar la bilateralidad de la promesa, además señala la necesidad de que esta se contraiga entre un varón y una mujer.

Por otra parte tenemos al Derecho Canónico, el cual consagra a la promesa de matrimonio en el Canon 1017 (vid supra, cap. I), en dicho concepto de esponsales, consideramos que se encuentra separado del concepto del derecho civil, ya que el Canon lo considera una promesa de matrimonio tanto unilateral, como bilateral; de manera que dista del criterio civil que sólo parece reconocer la promesa de matrimonio bilateral.

Por lo que corresponde al Código Civil en vigor en el Distrito Federal en su artículo 139, nos señala la definición de esponsales de la siguiente manera; " LA PROMESA DE MATRIMONIO QUE SE HACE POR ESCRITO, Y ES ACEPTADA , CONSTITUYE LOS ESPONSALES". Además dentro del anterior concepto se contemplan los aspectos de que para que los esponsales sean técnicamente validos, es preciso que la promesa y aceptación sea hecha por escrito a fin de probarse en caso necesario; ya que la simple promesa hecha de manera verbal, para el derecho no tiene valor o significado jurídico.

3.7 FUNDAMENTO JURIDICO DE LOS ESPONSALES.

Cuando los prometidos han acordado y decidido unirse en matrimonio, lo mas lógico y común es que comparezcan ante el juez del Registro Civil para casarse, por lo que este acuerdo previo a la celebración del matrimonio, si es verbal; lo que casi siempre es así; sin llegar a producir ningún efecto jurídico no obstante ello, si este se realiza por escrito y fue mutuamente aceptado por los prominentes, representan los esponsales.

Por lo que corresponde al Derecho Civil en nuestro país, la palabra esponsales se refiere a los esponsales de futuro o en su defecto al compromiso dado por escrito

y aceptado por los interesados, de contraer entre sí el matrimonio pactado.

El artículo 139 del Código Civil vigente en el Distrito Federal, constituye el fundamento básico y principal de nuestro tema de estudio el cual es claro y preciso al manifestar que la promesa del futuro matrimonio se debe realizar por escrito; además de que esta promesa debe ser mutuamente aceptada por los prometidos. De lo cual decimos que cuando los novios celebran esponsales en forma verbal, no van a producir ningún efecto, sino que por el contrario deben llevarse a cabo en forma escrita como lo refiere el citado artículo.

Corresponde ahora analizar el artículo 142, del mismo ordenamiento; el cual consideramos que es lo más importante de la figura esponsalicia que establece "LOS ESPONSALES NO PRODUCEN OBLIGACION DE CONTRAER MATRIMONIO, NI EN ELLOS PUEDE ESTIPULARSE PENA ALGUNA POR NO CUMPLIR LA PROMESA". Decimos que es un aspecto fundamental de la figura de los esponsales; ya que estos eran un medio del que se valían en épocas anteriores las familias, como la nobleza para unir desde pequeños a sus hijos y con ellos asegurar el esplendor de sus futuras generaciones; lo cual coartaba la verdadera libertad con la que debe contar todo ser humano al elegir a su pareja, aunado a ello la exagerada coerción que la Iglesia ejercía sobre sus fieles, llevo a la total decadencia a los esponsales y como consecuencia en la actualidad han perdido la eficacia y utilización que en otros tiempos existió, vid infra, Cap. IV.

En este sentido Planiol y Ripert señalan que en la actualidad * Esta consumada el ocaso de los esponsales como institución jurídica, toda promesa de matrimonio es

nula. Las partes deben llegar al oficial del estado civil con plena independencia a fin de que el consentimiento que otorguen en esos momentos sea realmente libre; la ley no reconoce ningún otro consentimiento. "6

Como puede apreciarse el referido precepto sigue la vieja tradición esponsalicia, respecto a que la promesa de contraer futuras nupcias no obliga a contraer el matrimonio pactado, ya que este acto jurídico necesita del consentimiento expreso de los contrayentes en el momento mismo de ser interrogados por la autoridad correspondiente acerca de si es su voluntad unirse en matrimonio con su prometido, garantizando con ello la plena libertad de contraer matrimonio de las personas.

Ahora bien el que los esponsales no produzcan obligación, a cargo de ninguno de los prometidos para celebrar el matrimonio; no significa que la promesa legalmente celebrada carezca totalmente de efectos, por lo tanto sólo quiere decir que no puede constreñirse forzosamente a cumplir con la palabra empeñada, por aquella persona que después de otorgar esponsales se niega a celebrar el matrimonio pactado.

Los futuros cónyuges que celebraron esponsales, tienen siempre la posibilidad de retractarse de los mismo, hasta el momento de la celebración del matrimonio, por las consecuencias que la ejecución forzada de la promesa entraña para ambos cónyuges. De esta manera, generalizando en la presente investigación de los esponsales, tenemos, que una vez que los novios, han celebrado los mismos, señalan fecha para la celebración del matrimonio y por ambas partes se empiezan a realizar erogaciones económicas, así como hacerse público el compromiso y a unos cuantos días o en el mismo momento de celebrarse el matrimonio, una de las partes se niega a casarse

6) PLANIOL, Marcel, RIPERT, Georges, Derecho Civil, México, tercera edición, Ed. Harla, 1997, p. 127

días o en el mismo momento de celebrarse el matrimonio, una de las partes se niega a casarse, ¿que sucederá con la parte inocente ante la negativa del prometido?, ya que es de todos sabido que la promesa de matrimonio no produce la obligación coactiva de que este se realice, el Código Civil, a este respecto en su artículo 143 establece:

EL QUE SIN CAUSA GRAVE, A JUICIO DEL JUEZ, REHUSARE CUMPLIR CON SU COMPROMISO DE MATRIMONIO O DIFIERA INDEFINIDAMENTE SU CUMPLIMIENTO, PAGARA LOS GASTOS QUE LA OTRA PARTE HUBIERE HECHO CON MOTIVO DEL MATRIMONIO PROYECTADO.

EN LA MISMA RESPONSABILIDAD INCURRIRA EI PROMETIDO QUE DIERE MOTIVO GRAVE PARA EI ROMPIMIENTO DE LOS ESPONSALES.

TAMBIEN PAGARA EL PROMETIDO QUE SIN CAUSA GRAVE FALTE A SU COMPROMISO UNA INDEMNIZACION A TITULO DE REPARACION MORAL, CUANDO POR LA DURACION DEL NOVIAZGO, LA INTIMIDAD ESTABLECIDA ENTRE LOS PROMETIDOS, LA PUBLICIDAD DE LAS RELACIONES , LA PROXIMIDAD DEL MATRIMONIO U OTRAS CAUSAS SEMEJANTES, EI ROMPIMIENTO DE LOS ESPONSALES CAUSE UN GRAVE DAÑO A LA REPUTACION DEL PROMETIDO INOCENTE.

LA INDEMNIZACION SERA PRUDENTEMENTE FIJADA EN CADA CASO POR EL JUEZ, TENIENDO EN CUENTA LOS RECURSOS DEL PROMETIDO CULPABLE Y LA GRAVEDAD DEL PERJUICIO CAUSADO AL INOCENTE *.

Como puede apreciarse en el mencionado precepto, el rompimiento de los esponsales será sujeto a determinadas características, las cuales no permitirán dejar

en estado indefenso a ambas partes, consecuentemente su rompimiento originara una responsabilidad civil a cargo del causante.

3.8 CAUSAS DE EXTINCION DE LOS ESPONSALES.

En relación a las causas de extinción de los esponsales tenemos que pueden ser las siguientes:

Evidentemente con la celebración del matrimonio pactado los esponsales no tienen razón de seguir existiendo, puesto que el acto jurídico para el cual fueron creados se ha consumado.

El mutuo consentimiento cuando fuera el caso que las partes que celebraron esponsales; por así convenir a sus intereses decidieran dar por terminado este pacto antes de llegar a la realización del matrimonio. En este supuesto consideramos que las partes son el impulso que crea los esponsales y son ellas las que los terminan de común acuerdo.

Las enfermedad grave e irreversible de uno de los pretendientes que pueda impedir el matrimonio.

En el supuesto de que una de las personas que pactaron esponsales, hubiese contraído matrimonio, con otra diferente.

Evidentemente la muerte de uno de los esponsales da por terminado los esponsales, así como la voluntad unilateral exteriorizada manifestada de uno de los pretendientes a el otro de no llegar a la celebración del matrimonio.

CAPITULO IV

LOS ESPONSALES UN ABSURDO JURIDICO DEL DERECHO VIGENTE EN MEXICO.

Antes de profundizar en nuestro estudio nos permitimos transcribir lo que prevé el artículo 10 del Código Civil, en vigor en el Distrito Federal; el cual dispone que contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o practica en contrario, por lo tanto la costumbre no puede abrogar a la ley. Esto con el fin de establecer que este trabajo de ningún modo pretende sostener que el desuso, la costumbre o cualquier otra practica, pueden derogar la figura jurídica de los esponsales, porque seria antijurídico es decir contrario al derecho, por existir un procedimiento establecido en nuestra constitución para ello.

Es importante mencionar ya que se ha tratado la figura jurídica de los esponsales en lo que se refiere a su origen, desarrollo histórico y características; la importancia de dirigir nuestras pesquisas específicamente hacia el tema principal de estudio; de tal virtud se han reunido los elementos suficientes que servirán como base y punto de partida para abundar y profundizar acerca de si existen motivos suficientes para la vigencia de los esponsales o si estos se constituyen como algo opuesto a la razón y sana lógica del derecho.

A este respecto el tratamiento que se ha propuesto es el abordar la practica esponsalicia, concretamente en cuanto a su existencia en el derecho vigente y algunas de las diferentes figuras jurídicas que comúnmente en las aulas y en el ambiente jurídico se escucha se les debiera aplicar; así como el porque se cuestiona su existencia, considerando primeramente el desuso de la practica esponsalicia.

4.1 EL DESUSO DE LOS ESPONSALES

La palabra desuso además de ser utilizada comúnmente en la gramática Española, es acogida como un termino jurídico; de lo cual resulta que por desuso debe entenderse:

- Lo que no se aplica
- Que no se observa
- Aquello que es inhabitual

Básicamente se han plasmado los significados más elementales de la palabra desuso, sin embargo desde el punto de vista jurídico se considera al desuso como un fenómeno del derecho que se caracteriza por la falta de aplicación de una norma jurídica, la cual debería utilizarse por encontrarse dentro del derecho vigente.

En ese sentido estamos en la posibilidad de referimos al fenómeno del desuetudo o desuso en la celebración de la practica esponsalicia, y el porque resulta rara su realización aun al tener vigencia; es decir en nuestro tiempo se observa que no se celebran esponsales previos al contrato de matrimonio, creemos que es la fuerte influencia del cambio social la que origina modificaciones trascendentales en el comportamiento y formas de interacción de los individuos. Consecuentemente si retomamos la aplicación de los esponsales en el derecho romano podemos apreciar que efectivamente en esta etapa su celebración era del todo común, asimismo con el devenir del tiempo estas practicas esponsalicias continuaron vigentes, sin embargo su uso fue decayendo al grado que actualmente su utilización es menos frecuente; insistimos que este fenómeno jurídico ocurre debido a que el ser humano al estar en constante cambio y adaptación se va alejando paulatinamente de las viejas practicas

sociales, aunque estas posean un carácter jurídico y no convencional es aquí donde se aprecian diversos factores como son la educación, el trabajo, la economía, la religión, la familia, la moral, en términos generales todo aquello que ocurre dentro del marco social y que de alguna manera puede influir en la toma de decisiones.

En relación a lo anterior los procesos sociales de aculturación (asimilación), y transculturación, son determinantes para definir el comportamiento de las personas, considerando el primer concepto como el proceso mediante el cual un pueblo se adapta a la cultura que le es transmitida por otro y el segundo es un proceso de difusión e infiltración de la cultura de un pueblo conquistador entre los países conquistados; ambos procesos en nuestro país han estado presentes el segundo de ellos puede considerarse como un antecedente histórico pero el primero de ellos debido a los medios de comunicación como la radio la televisión y otros; se encuentra presente de manera cotidiana y regular, aunado a que la sociedad al encontrarse en constante cambio, tiende a rechazar los usos y los aspectos convencionales, es decir repele totalmente los hábitos anteriores. Por otro lado al avanzar el nivel cognoscitivo y desarrollo intelectual de las personas en nuestra constante interacción se fortalece el pensamiento llegando a considerarse aquello que en un tiempo fue del todo lógico como algo contrario a la razón.

A este respecto LEANDRO AZUARA, dice que "Otro factor que favorece indudablemente la asimilación es la aptitud, los deseos y los intereses de la persona, si el que se ha adherido simpatiza con los modos de vida, con las pautas de conducta, con los patrones culturales de un grupo distinto al suyo de origen, indudablemente que encontrará una mayor facilidad para asimilarse a la cultura del nuevo grupo social. El interés que tenga, que manifieste el individuo o los individuos de asimilarse a la nueva cultura del grupo al que pertenece y que es distinto del suyo propio; otro factor que

influye de manera muy importante para facilitar la asimilación o para dificultarla es la actitud que asume la otra parte, esto es de la persona o de las personas que forman el otro grupo y que adoptan en relación con el extraño si es de ayuda y simpatía, de afecto, de tolerancia, entonces facilita el proceso de asimilación; si por el contrario, la actitud es de retraimiento, de hostilidad, de frialdad, la asimilación se dificultara. Pero si además la actitud de la otra parte no sólo es de hostilidad, sino también de persecución con el extraño entonces no sólo se dificulta sino que se le impide en virtud de que el perseguido va a sentir una mayor adhesión por la cultura de origen.”;

Sabemos que en un tiempo los padres prometían a sus presentes y futuros hijos en matrimonio, lo que llegaba a perfeccionarse más adelante con la promesa de matrimonio por escrito y la aceptación de la misma; sin embargo en nuestro tiempo presente existe un total desconocimiento en relación a la celebración de estos pactos y más aun que se encuentran regulados por el derecho. Esto nos lleva a profundizar sobre la ignorancia como otro factor importante y generador del desuso de los esponsales. De tal virtud ignorancia implica falta de saber por descuido o por falta de estudio; sin embargo nuestro derecho considera que el desconocimiento de la ley no exime a nadie de su cumplimiento, toda vez que se supone su conocimiento por todos los gobernados dada la característica de publicidad que posee, de ahí la máxima jurídica que dice que el desconocimiento de la ley no exime a nadie de su cumplimiento, principio que prevalece en el orden jurídico de lo contrario sería imposible su aplicación; en relación a los esponsales debemos de tener presente que en nuestro derecho se constituyen como un acto jurídico que se caracteriza por el acuerdo de voluntades por escrito y por consecuencia lógica y jurídica su realización no es requisito indispensable para celebrar matrimonio; entonces la ignorancia de esta

(1) AZUJARA PEREZ , Leandro. Sociología, México, octava edición Ed. Porrúa, 1986, p. 141. .

practica jurídica habitualmente crea el desuso de la misma sin originar algún perjuicio su incumplimiento respecto a la realización o no del matrimonio pactado.

Asimismo existe otro elemento que supone el desuso de los esponsales; la costumbre que al constituirse como fuente del derecho en un principio influyo notoriamente para que los esponsales incursionaran en el mundo del derecho, elevándolos a la categoría de norma jurídica; siendo la costumbre una conducta repetida aunque realizada por diferentes individuos y en desigualdad de circunstancias, llamada también derecho consuetudinario.

Eduardo García Maynez, dice al respecto "La costumbre es un uso implantado en una colectividad y considerado por ésta como jurídicamente obligatorio; es el derecho nacido consuetudinariamente, el *jus muribus constitutum*."²

Nuevamente Maynez dice "De acuerdo con la llamada teoría "romano -canonica ", la costumbre tiene dos elementos, subjetivo uno, objetivo el otro. El primero consiste en la idea de que el uso en cuestión es jurídicamente obligatorio y debe por lo tanto aplicarse; el segundo en la práctica suficientemente prolongada, de un determinado proceder. La convicción de la obligatoriedad de la costumbre implica la de que el poder público pueda aplicarla, inclusive de manera coactiva, como ocurre con los preceptos formulados por el legislador. Los dos elementos del derecho consuetudinario quedan expresados en la ya citada formula *inveterata consuetudo et opinio jurisseu necessitatis*."³

(2) GARCIA MAYNEZ, Eduardo, Introducción al Estudio del Derecho, México, trigésimo cuarta edición, Ed. Porrúa, 1982, p. 61.

(3) MAYNEZ, op. cit. P. 62.

Donde los hechos tienen determinada fuerza normativa; porque cuando un hábito social se prolonga termina por influir en el pensamiento y constituirse como algo obligatorio y común en una colectividad. De la misma forma, nada impide que se desarrolle una costumbre que se oponga a su aplicación y observancia plasmada en el derecho vigente, rebasando así la actividad del legislador, impulsada por diversos factores contenidos en el cambio social frenando así su uso de manera habitual.

Efectivamente lo anterior nos conduce a considerar que el desuso en los esponsales, se da específicamente porque se contrapone al pensamiento social que se observa en la actualidad y que no es posible la práctica de figuras jurídicas que de alguna manera limitan la voluntad de elección del individuo. Además es probable que el carácter libre, puro y simple que reviste al contrato de matrimonio, que definitivamente debe de existir entre los prometidos, impida la aplicación de los esponsales que al pretender delimitar un acto jurídico de una envergadura tan grande dejan de ser observables.

4.2 EFICACIA Y UTILIZACIÓN DE LOS ESPONSALES

Abordaremos este tema desde dos puntos de vista jurídico y sociológico; sabemos que los esponsales no tienen la característica de la obligatoriedad, independientemente de como se hayan realizado, resulta claro que la moral y la conciencia es lo que les da el impulso y que de ninguna manera el novio jamás podrá ser condenado a presentarse a manifestar su voluntad de celebrar matrimonio; en virtud de que no existe ningún tribunal que admita su petición, de lo anterior podemos inferir que los esponsales carecen de eficacia jurídica, insistimos que es debido a que no producen la obligatoriedad de contraer matrimonio, sin dejar a un lado la posibilidad de reparación de los daños que hubiese ocasionado la ausencia del matrimonio, sin

causa justa.

En los esponsales los prometidos no están vinculados contractualmente porque no quedan obligados a realizar el matrimonio que les dio origen y de alguna manera carecen de consistencia jurídica. Aunado a que los esponsales de futuro constituyen una limitación a la libertad individual que no obedece a ningún fin jurídico ni social digno de tutela, sin embargo no descartamos que de ellos nazca una relación extracontractual al momento de su incumplimiento como se dijo sin justa causa.

En este mismo sentido es necesario definir los conceptos de eficacia y utilización en los esponsales, con el fin de saber para que podría servir hoy su celebración.

Por eficacia se entiende que es aquello que reúne las condiciones precisas que resulta adecuado o conveniente por ser oportuno favorable y pertinente. En sentido amplio eficacia o eficaz es aquello que sirve.

Asimismo decimos que útil es lo que proporciona un beneficio y sirve para algo, por satisfacer una necesidad; siendo común que los individuos dispongan o se sirvan de lo que es útil toda vez que la naturaleza humana impulsa su voluntad a realizar aquellas conductas que traigan aparejado consigo un beneficio.

En relación al término útil Moisés Gómez Granillo, considera que "por su origen latino, utilidad significa, con amplio criterio todo aquello que puede usarse para algún fin."⁴

(4) GÓMEZ GRANILLO, Moisés, Teoría Económica, México, octava edición, Ed. Estinge, 1991, p. 27.

Con los razonamientos anteriores tenemos la base para definir la eficacia y la utilización de los esponsales; los cuales con anterioridad se observó que en un tiempo fueron totalmente eficientes vid supra, Cap. I, desde su aparición en el derecho romano y aun en el derecho contemporáneo; sin embargo desde el punto de vista sociológico estos vienen a constituirse como una situación prematrimonial, y que casi viene a ser un matrimonio a prueba, en el cual se permiten las relaciones carnales, (matrimonio de hecho).

Es la sociología la ciencia que nos servirá de apoyo para definir la eficacia y utilización de los esponsales para lo cual consideraremos de nueva cuenta el fenómeno conocido como cambio social como un elemento definitivo para que hoy en día se una figura jurídica que poco tiene de eficacia y utilidad.

Hemos insistido tanto en el cambio social y la fuerte influencia que tiene en la actual situación de los esponsales en la sociedad que resulta conveniente abundar al respecto a fin de establecer su eficacia y utilidad ahora desde el punto de vista meramente sociológico. Hablamos de cambio social si nos referimos a las modificaciones o alteraciones de las estructuras sociales ya sea de manera total o parcial pudiendo ocurrir en diferentes partes como podría ser en el ámbito económico, familiar religioso, jurídico, y político, los factores que impulsan la estructura social se dan en relación al progreso intelectual de las personas; las sociedades al aumentar su población simultáneamente aumentan su complejidad estructural, y esto último trae como consecuencia un aumento en la complejidad funcional, las personas pueden asumir diversas actitudes ante el cambio social y básicamente se observan tres la conservadora, la progresista y la radical.

La actitud conservadora se muestra contraria ante el cambio social, tanto en el sentido de adoptar una novedad como, para retomar algo que ya no es eficiente y útil ya que existe el temor de que los cambios no traigan verdaderos beneficios sino por el contrario auténticos perjuicios.

La actitud progresista llamada reformista acepta el cambio social moderado dentro de las instituciones sociales siempre y cuando no rompa rotundamente el pasado mostrando simpatía por todo aquello que pueda significar adelanto o mejora, rechazando los cambios bruscos que de alguna forma trastornen el orden social.

La actitud radical es aquella que pretende que el orden social debe de modificarse incluso por medio de procedimientos violentos demostrando sentimientos de malestar y de injusticia , se caracteriza por un irrefrenable deseo de innovación, es capaz de derrumbar todo el orden social y sobre sus cimientos edificar uno nuevo.

Los factores que determina y definen el cambio social, son siempre los elementos activos que originan la transformación o modificación de la estructura social como son:

Externos de la naturaleza.- todo aquello que provenga de la naturaleza como puede ser un terremoto o inundación, fenómenos capaces de producir cambios como migraciones masivas y destrucción total o parcial de las comunidades y de sus estructuras,

Cambios en la población.- este factor es muy importante debido a que el aumento de la población y su composición produce fenómenos de cambio de valores dentro de la estructura social,

Influjos culturales.- aquí consideramos la religión la ciencia la política el derecho, en términos generales todo aquello que se desarrolla en la sociedad constituyéndose como su cultura; la adaptación de una nueva religión produce cambios singulares porque esta va a sustentar nuevos valores morales y éticos, pudiendo incluso rebasar las practicas jurídicas como por ejemplo los esponsales y aun el matrimonio civil.

En relación a lo anterior Leandro Azuara, dice que "Cabria pensar en los cambios sociales que a producido la televisión: a producido en cierta medida, una semejanza entre las conductas, comportamientos, modos de vida de la cultura campesina y de la cultura urbana, ha contribuido a la creación de una personalidad automatizada altamente manipulada a través del medio de difusión que nos ocupa, ha permitido el desarrollo de un gran número de procesos imitativos que están al servicio de aquellos que manipulan al medio de difusión de que se trata, en lo que toca a las relaciones interfamiliares, ha aislado el contacto interhumano que se da entre los miembros de la familia con lo cual los valores de los padres no son internacionalizados de manera tan efectiva, como en otra época, por parte de los hijos."⁵

Es posible que la eficacia y utilización de los esponsales se encuentre en total decadencia debido a la fuerte influencia del cambio social, lo cual nos conduce a pensar que los posibles beneficios que se presume aportan estos pactos han dejado de constituirse como un elemento invocado por los futuros esposos en la forma que establece la ley; ya que no dudamos que la promesa de matrimonio exista como tal pudiendo ser el pedimento de matrimonio de manera oral y la aceptación expresa de la misma forma, pero no en la prescrita por nuestra legislación civil; ya que los miembros de nuestra sociedad actual no siguen necesariamente las rutas trazadas por sus

(5) AZUARA PEREZ , op. cit.; p. 1984, 185.

antecesores y el tradicionalismo familiar poco influye para que los sujetos realicen conductas que encaminen su actuar a la celebración de convenciones como los esponsales. Se le puede sumar al aspecto sociológico el jurídico que deja claro que la eficacia de los esponsales no es del todo convincente si con ellos se pretende llegar al matrimonio, debido a que figuras como la moral el honor han cambiado tanto que poco interesan estos pactos.

Manuel Chavez Asencio, dice al respecto; "Los esponsales no son en ningún momento un contrato dotado de alcance obligatorio, tanto si surgen en virtud de un proyecto difuso e inconcreto, como si se estipulan a través de una solemnidad familiar o incluso si se acude al procedimiento legal de la publicación. Se trata de un convenio de índole estrictamente moral del que sólo nace una obligación de conciencia, pero en un modo alguno un deber jurídico de unirse en matrimonio. el significado de todo lo dicho consiste en que el novio recalcitrante no puede, de ninguna manera, ser judicialmente condenado a prestar su consentimiento ante el funcionario del estado civil, pues basta el precepto del artículo del Código Civil para descartar la posibilidad de ejecutar coactivamente ésta obligación de hacer, eminentemente personal. El principio tiene un alcance práctico, puesto que la prueba del incumplimiento - por parte de quien, en trance de contraer matrimonio, rehuse acceder a ello - no da lugar a indemnización de daños y perjuicios por comisión de una falta, como pudiera pensarse a la luz del artículo. No hay duda de que ésta posibilidad no cabría si se tratase de un verdadero contrato (a no demostrarse la inexistencia de falta en atención a la concurrencia de un motivo legítimo de ruptura). Puede surgir una responsabilidad delictual en que, como veremos, el actor carga con la prueba de la falta merced a cuya comisión se solicita el resarcimiento. "6

(6) CHAVEZ ASENCIO, op. cit., p. 22.23.

4.3 LA VIGENCIA DE LA LEY EN LOS ESPONSALES.

La palabra ley proviene de la voz latina *lex*, la cual significa y de acuerdo con la opinión más generalizada deriva del vocablo *legere*, que significa "que se lee" considerando que algunos autores sostiene que deriva de *lex de ligare*, resaltando el carácter obligatorio de las leyes.

Toda ley es un juicio que expresa relaciones generalizadas entre fenómenos por lo tanto su significado abarca leyes naturales, leyes lógicas así como a las leyes normativas, estas últimas implican todo juicio mediante el cual se implanta cierta conducta como debida; una característica de la ley normativa es la posibilidad de su incumplimiento, dado que pretende la regulación de la conducta humana a fin de hacer lo que es debido. Se distinguen las leyes naturales de las jurídicas porque las primeras se fundan en el principio de causalidad ya que a toda acción corresponde una reacción y las jurídicas siguen el principio de imputación, bajo determinadas condiciones dadas por el orden jurídico, atendiendo a que regula el comportamiento y hacer de las personas en la sociedad.

En Roma se entendió bajo la denominación de ley a toda regla social obligatoria escrita, la cual se dirigía para su observancia y cumplimiento a la colectividad que en su conjunto constituyo la sociedad.

" La doctrina de Francisco Suarez, contiene algunas ideas fundamentales de la moderna concepción de la ley; según este autor la ley debe reunir tres condiciones extrínsecas que son: generalidad, tender al bien común y su imposición por el poder público, y cuatro condiciones intrínsecas: justicia, posibilidad de su cumplimiento, adaptación con la naturaleza y costumbres del lugar, permanencia y publicación que

ESTA TESIS NO PUEDE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

son criterios que corresponden a la disciplina que se denomina, en nuestros días política legislativa.”⁷

En consecuencia una ley es vigente cuando ha sido debidamente promulgada y publicada.

En el caso de los esponsales encontramos que estos efectivamente se encuentran actualmente previstos y regulados por el Código Civil en vigor en el Distrito Federal, vid supra, Cap. III. Sub. cap. 3.7, como primera impresión recibida de su lectura pudiera pensarse que son una antesala del matrimonio, y con una gran influencia en las cuestiones familiares; sin embargo la doctrina francesa considera a los esponsales un simple convenio privado que no tiene ninguna repercusión inmediata en las relaciones personales por lo cual debiera de ser sustraído del dominio del derecho.

Pero no se puede poner en duda que los esponsales asisten al promitente abandonado y es cuando específicamente estos pactos pudieran tener un significado respecto a su vigencia dado que si el matrimonio llegara a efectuarse no tendrían valor alguno, en virtud del principio de libertad ilimitada para contraer matrimonio; el perjuicio ocasionado, por su ruptura puede dar lugar a su reparación conforme a los principios generales de la responsabilidad civil.

Al respecto Rafael de Pina opina, “tomando en cuenta la naturaleza especial de los esponsales, que no son obligatorios, supuesto que no puede exigirse de manera coactiva su cumplimiento, se ha considerado que propiamente no constituyen un

(7) INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano, México, décima edición, Ed. Porrúa, 1997, P. 1963

contrato de derecho familiar. En cuanto a los efectos que determina el artículo 143 se explican éstos considerando que hay un hecho ilícito sancionado por la ley, cuando se violan los esponsales, o bien, cuando el prometido diere motivo grave para el rompimiento de los mismos. Es decir, las consecuencias jurídicas se producen no por el contrato mismo, sino por el hecho ilícito que antes se ha hecho referencia.”⁸

En virtud de lo anterior encontramos que los esponsales continúan vigentes porque no se contraponen a los principios generales del derecho; además que producen la existencia de un hecho ilícito y pueden ser utilizados como una herramienta jurídica para reparar el menoscabo sufrido, por la falta de celebración del matrimonio pactado.

4.4 LOS ESPONSALES UN ABSURDO JURIDICO

El término absurdo tiene una gran importancia , en el tema de estudio que nos ocupa por lo cual es necesario precisar en cuanto a su significado:

ABSURDO.- lo imposible, lo que carece de significación, contrario a la razón., dicho opuesto a la razón, desrazonable, aberrante insensato, ridículo, tontería, contra sensato. estrafalario.

Sin lugar a duda resulta un tanto temerario y audaz, el pretender considerar una figura del derecho vigente como algo contrario a la razón; pero es el criterio jurídico que se ha obtenido a través del estudio de la promesa de matrimonio el que impulsa nuestra voluntad a tratar tal postura.

⁸) DE PINA, *op. cit.*, p. 283.

La costumbre se constituye como una de las principales fuentes del derecho, misma que ha sido capaz de impulsar una gran parte de la legislación. Es el caso de la promesa de matrimonio la cual desde su institución en el derecho romano y aun en la actualidad sostiene su existencia.

“Tal promesa tiene importancia desde el punto de vista de la costumbre, pero tiene muy poca desde el punto de vista del derecho.”³

Por otro lado y en concordancia con el Código Civil en vigor en el Distrito Federal y gran parte de la doctrina, los esponsales no producen la obligación de contraer matrimonio, ni en ellos puede estipularse pena alguna por incumplimiento de la promesa, pero al que difiera su cumplimiento queda obligado a indemnizar los perjuicios ocasionados, pudiendo ejercitarse esta acción dentro de un año a la negativa de celebrar matrimonio.:

Se observa que los esponsales son una promesa que se caracteriza por no obligar a su cumplimiento, vid supra, Cap. III, lo cual impide que puedan tener valor como un compromiso civil obligatorio, al respecto consideramos que de los esponsales aparentemente deriva la obligación de contraer matrimonio porque simple y sencillamente se encuentran instituidos legalmente como una promesa, pero es totalmente nulo cuando observamos que nada puede limitar la facultad de elegir libremente al momento de la celebración del mismo. A fin de darle sustancia y confirmar y plausiblemente esta posición; acudiremos a la doctrina, que es el eje de nuestra aseveración.

³) ROJINA VILLEGAS Rafael, Derecho CMI Mexicano ..., México, novena edición, Ed. Porrúa, 1996. p 189.

Al respecto Rafael Rojina, dice "se podría creer a primera vista que los esponsales podrían entrar dentro del sistema general de los contratos preparatorios y, por lo tanto, obligar a la celebración del matrimonio. Sin embargo en este aspecto, uniformemente la ley, la doctrina y la jurisprudencia han considerado que los esponsales no pueden producir la obligación de contraer el matrimonio prometido, ni menos aun producen acción en juicio para exigir coactivamente, por la intervención de los tribunales, que se celebre el matrimonio. Si en materia patrimonial se puede admitir que determinadas razones practicas justifican la conveniencia de los contratos preparatorios, es evidente que tal tesis resulta insostenible para los esponsales, pues el matrimonio debe de ser esencialmente libre en su celebración careciendo de toda fuerza obligatoria la promesa que se hubiere hecho en ese sentido."¹⁰

" Doctrinariamente se discute su naturaleza jurídica en virtud de que, a pesar de estar calificado por el a. 139 CC como un antec contrato, el a. 142 CC. Expresamente niega su obligatoriedad; disposición ampliamente justificada, pues de establecerse una obligación de contraer nupcias sería contraria a la libertad que deben tener las partes al momento de celebrar el matrimonio. Sin embargo, se le puede calificar de una hipótesis legal que supone una situación determinada, cuya ruptura por causas injustificadas constituye un caso específico de responsabilidad civil extracontractual sancionado conforme al o establecido por el a. 143 CC. Dicha sanción está constituida por el pago de los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del matrimonio pactado y por una indemnización, fijada por el juez, a título de reparación moral por el daño que el rompimiento de los esponsales cause a la reputación del inocente."¹¹

(10) ROJINA VILLEGAS, *op. cit.*, p. 264.

(11) INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, *op. cit.*, p. 1313.

Manuel Peña de Bernardo, "La promesa de matrimonio no es hoy, ni contrato ni negocio jurídico. Tradicionalmente (Partidas, Derecho canónico antiguo) si era un contrato que creaba la obligación de contraer un futuro matrimonio. Pero desde la ley del matrimonio civil de 1870, no crea obligación civil de contraerlo. Esta última es la posición hoy dominante en el Derecho comparado (incluidos los Códigos de Derecho Canónico, el derogado y el vigente). El Código Civil es taxativo [La promesa de matrimonio no produce la obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración (3). No se admitirá la demanda en que se pretenda su cumplimiento] (artículo 42 C.c.)."¹²

Rafael de Pina, dice que el "mantener la institución de los esponsales no tiene realmente justificación, pues que no llenan, en relación con el matrimonio, ninguna finalidad que merezca la pena de ser tenida en cuenta. Una promesa que no, obliga a su cumplimiento es en verdad un absurdo jurídico; una promesa que no tiene asegurado de antemano el incumplimiento, por falta de sanción no es en realidad una promesa."¹³

Ahora bien los planteamientos de los juristas anteriores estructuran plenamente nuestra postura al pretender inferir que los esponsales son un absurdo jurídico; debido a que todos comparten lo siguiente:

- Los esponsales no producen la obligación de contraer matrimonio.
- Ningún tribunal admitiría la demanda en la que se pretenda su cumplimiento.

(12) PEÑA BERNARDO DE QUIROS, *op. cit.*, p. 28.

(13) DE PINA, *op. cit.*, p. 325, 326.

Efectivamente lo anterior supone que la promesa de matrimonio carece de significado específicamente porque no obliga a realizar el matrimonio; se considera que la ruina de los esponsales es un hecho, dado que no preceden a la celebración del matrimonio. El compromiso oficial tiende a caer en desuso, vid supra, Cap. IV, sub cap. I; regularmente el pedimento de matrimonio sabemos que hoy se caracteriza por carecer de formalidades; sin embargo es innegable que exista un estado de hecho patrimonial el noviazgo y es mas bien su ruptura arbitraria, el hecho de dar causa suficiente para la ruptura de la otra parte o bien su utilización para burlarse de la buena fe de ésta, lo que puede ser fuente de perjuicios; tales perjuicios derivan entonces de un hecho culpable o doloso; pero no del cumplimiento de la promesa.

4.5 LA MODIFICACION Y REFORMA DE LA LEY EN LOS ESPONSALES

El derecho vigente al formar parte de una sociedad que se encuentra en constante cambio y adaptación, se ve forzado a prever modificaciones o reformas en la ley; con el fin de crear un moderno un derecho actual y funcional, sin embargo la promesa de matrimonio al ser tan controvertida y polémica su naturaleza jurídica; nos indica expresamente que no debiera considerarse su modificación, sino mas bien su supresión total del mundo del derecho. El intenso cambio social y evolución de las costumbres define que el pretender modificar esta figura del derecho no aportaría una expresión innovadora y funcional ya que se ha visto que es totalmente obsoleta en la actualidad y difícilmente pueden existir premisas lógicas y jurídicas aporten un cambio funcional por ser inoperante vid supra, cap. IV, sub. cap. 4.

Insistimos entonces que el pretender modificar de alguna manera la figura de los esponsales solo seria una faena jurídica que ni remotamente aportaría innovaciones funcionales a nuestro derecho civil.

Lo anterior lo inferimos lógicamente del tratado que se les da a la promesa de matrimonio en otros sistemas jurídicos, en el que su legislación es la siguiente:

En los Estados Unidos de Norte América, existe el denominado "common law marriage, consistente en el acuerdo entre un hombre y una mujer, a fin de ser marido y esposa, admitido en dieciocho estados; en los se refiere a daños y perjuicios, generados por el incumplimiento de la promesa de matrimonio, se acepta la indemnización de los perjuicios materiales y morales, ocasionados por la responsabilidad contractual que provoca su incumplimiento.

Sobresale en este sistema jurídico, que en doce Estados se han prohibido las acciones por daños y perjuicios, con esta acción claramente se le resta eficacia a la figura esponsalicia, lo que se origina por la facilidad con que los tribunales resolvían las acciones resarcitorias de daños y perjuicios, donde condenaban al pago de fuertes sumas de dinero que a título de reparación del daño eran concedidas, constituyéndose como una verdadera extorsión; respecto a la devolución de regalos pueden ser recobrados si el donatario rompe la promesa que hiciera de matrimonio; además que claramente constituían un terreno peligroso para hacer posible los chantajes, como pretexto para la reparación del daño moral sobresaliendo que podían ser justificados por cualquier medio probatorio.

En Inglaterra, el derecho anglosajón, no reconocía ninguna acción por incumplimiento, de los esponsales; dejando que las congregaciones eclesiásticas sancionaran o amonestaran o censurarán la conducta para obtener la celebración del matrimonio; a partir del siglo XVIII, se admitió que el rompimiento de la promesa generara una acción a título de reparación del daño, sin embargo a partir del año de 1753, el Parlamento prohibió toda coacción para lograr su celebración.

El derecho Holandés, establece que la promesa de matrimonio no da lugar para exigir su celebración ni para exigir daños y perjuicios cuando haya habido violación de la promesa, agregando que toda estipulación sobre este último extremo será nulo. Sin embargo cuando haya mediado publicación del matrimonio por parte del Oficial del Estado Civil, permite reclamar daños y perjuicios.

En el derecho Belga, se reconoce plenamente la ineficacia jurídica de los esponsales, y de toda convención que tienda a darles valor de un compromiso civil obligatorio, admitiéndose la reparación de daños y perjuicios, posterior a su ruptura; en relación a los regalos se consideran restituibles por aplicación análoga.

En Rusia los esponsales, jamas tuvieron efecto jurídico alguno, además de que los Códigos Civiles de ninguna manera aluden a ellos, singularmente sobresale que a pesar de su supresión un caso llevado en Dalmacia, en el año de 1949, acordase indemnizar a una joven abandonada por su seductor; lo que fue duramente criticado, en relación a la igualdad de los sexos, que no permite suponer en tal caso la existencia de perjuicio, dado que la indemnización de daño moral consagra un enriquecimiento injusto.

En los países Latinos, la legislación matrimonial guarda una estrecha relación con el ordenamiento canónico vigente, dado que en general se requiere el acto escrito de celebración de esponsales, para hacer posible la reparación de perjuicios derivados de su ruptura.

El derecho Italiano, al igual que el Código alemán, declara inexistente la obligación de contraer matrimonio o de pagar la pena convenida para el caso de incumplimiento; negando incluso la existencia de una obligación de carácter natural.

El Código Civil Portugués, de 1966, establece que los esponsales no crean el derecho o la obligación para celebrar matrimonio, ni a reclamar en caso de incumplimiento otras indemnizaciones que las expresamente previstas.

De lo anterior se puede observar claramente, que la celebración de esponsales en otros sistemas jurídicos; comúnmente rechazan su eficacia y utilización para la celebración de matrimonio; se aprecia además que en lo que respecta a la reparación del daño derivada por su incumplimiento, se le resta valor jurídico.

Al respecto Magayón Ibarra opina, "En los sistemas jurídicos legislativos actuales podemos encontrar tres corrientes distintas en cuanto a la ruptura del pacto matrimonial.

1.- Aquellas que no le conceden efectos patrimonial alguno al incumplimiento. Siguen este sistema las leyes de la Unión Soviética, Francia, Inglaterra, Argentin, Brasil, y Dinamarca, entre otros países.

2.- Las que si conceden efectos patrimoniales, aun cuando en forma restringida; como las leyes de España, Portugal, Chile, y Uruguay.

3.- Las que conceden consecuencias patrimoniales en forma amplia, y a veces la regulan cuidadosamente, como los Códigos Suizo y Alemán a este sistema pertenece también el que incluye el resarcimiento de gastos; la reparación del daño moral y la restitución de regalos."¹⁴

(14) Magayón Ibarra, op. cit. p 102.

Se aprecia que en aquellos países en los cuales se tutela la reparación del daño para el caso de incumplimiento en los esponsales; se han llegado a realizar abusos jurídicos y que además llegan a ser una amenaza para la celebración de matrimonio; países en lo que se celebran estos pactos en forma oral y aun por teléfono.

De la misma forma en los países latinos como México, se exige la forma escrita para hacer posible la reparación del daño derivada por su incumplimiento, practica jurídica en México en total decadencia.

Resultando que la idea temeraria y audaz, de que para la celebración de esponsales baste como única formalidad el acuerdo y aceptación del mismo de manera oral, desafía la evolución del derecho ya que esto es un fracaso en otros países, donde así ocurre. En lo que respecta a la devolución de regalos dados son precisamente eso, regalos, obsequios dados con afecto sin espera de recompensa o pago alguno y actualmente es la moral y ética de los prometidos lo que puede dar impulso a su devolución o solicitud de su restitución, si no llegara a celebrarse el matrimonio; en la inteligencia que son entregados simbolizando el deseo de vivir en matrimonio.

4.6 LA ABROGACION Y DEROGACION DE LOS ESPONSALES

Oportunamente, en el medio jurídico frecuentemente en las aulas universitarias donde la doctrina se manifiesta escuchamos, "SI EN LA ACTUALIDAD NADIE HACE ESPONSALES, DEBIERAN SER DEROGADOS", comentario audaz ya que en la mayoría de los casos no se considera si es posible que nuestro sistema jurídico pueda llevarlo a la practica; dado que el arduo proceso de derogación o abrogación de la ley es una tarea encomendada a la actividad legislativa.

La derogación básicamente consiste en el proceso en virtud del cual se suprime la vigencia de una ley, abundando más al respecto mencionamos que este proceso es complejo y previo a su realización deben observarse un gran número de factores sociales, como pueden ser culturales, religiosos, económicos, naturales, políticos, en fin todo lo que ocasiona la interacción de las personas en su adaptación al medio físico que se encuentra siempre cambiante.

Conceptualmente una ley es derogada cuando se suprime una parte de la misma, concepto retomado del latín (*derogare*), que supone una revocación parcial de la ley, no ha sido seguido por el consenso jurídico actual y es observable que se asimila su significado con el que tiene la voz abrogación, que en épocas romanas consistió en la supresión completa de la ley; el derecho romano se valió de estas figuras jurídicas con el fin de dar un ordenamiento total y de acuerdo a la realidad, la lógica jurídica y el pensamiento; abrogación y derogación tienen significados distintos porque aunque sean situaciones similares no son idénticas así que deben conservar su independencia para no dar lugar a errores de interpretación que es deber de la ciencia del derecho evitar y corregir.

Actualmente el sustantivo derogación se utiliza como sinónimo de abrogación, además que es el único que define todas las formas enunciadas de modificación o supresión de la ley; pero en algunas situaciones aisladas aun se utiliza el vocablo abrogación para distinguir las mismas situaciones que el anterior por ser este omnicompreensiva de ambas situaciones; resultando que las leyes no pueden ser derogadas en todo o en partes sino por otras leyes; con el fin de evitar confusiones trataremos la derogación tal y como se usa actualmente como sinónimo de abrogación; que no es otra cosa que abolir, anular una cosa establecida como ley o costumbre.

Toda norma de conducta que se promulga por el estado, duradera y para bienestar de la sociedad, recibe como sabemos la denominación de ley, vid. supra, Cap. IV, subcap. 4.3, sin embargo no todas las leyes tienen la misma preponderancia en cada una de las etapas de la historia de la sociedad, debido a que existen leyes que deben amoldarse a la realidad en virtud de las necesidades colectivas; motivos por los que los ordenamientos en desuso debido a su eficacia y aplicación vid. supra, cap. IV, deben suprimirse para dar cabida a un nuevo y funcional orden. Situación en la que sabemos en la actualidad se encuentran los esponsales, ya que los fines para que fueron instituidos no viven en la sociedad, aun a pesar de ser parte del derecho positivo vigente, vid. supra, cap. IV.

Existen dos clases de derogación la primera de ellas conocida como expresa tiene como característica el que se proclama por ley posterior; que se revoca la que le precede, la segunda nace de la incompatibilidad de la nueva ley con las disposiciones de la anterior, en nuestro derecho la derogación tácita suele provenir de una declaración genérica en donde se dispone la derogación de todas las normas que estén en oposición a los preceptos sancionados con ulterioridad. Lo cual resulta del contenido de la nueva ley que se opone a la antigua total o parcialmente.

“Existen dos clases de abrogación de una ley anterior que regía sobre la misma materia que la nueva ley va a regular. En nuestro derecho el procedimiento generalmente usado para este tipo de abrogación es declarar en los artículos transitorios de la nueva ley que las disposiciones anteriores que contraríen a ésta, quedan derogadas.”¹⁵

(15) INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, op. cit., p. 20.

Convenientemente mencionamos que ficticiamente ocurre una derogación con la falta de observancia de una ley , dado su falta de aplicación o desuso en que se encuentra es el caso aparente de los esponsales; lo que se contradice totalmente, porque en nuestro sistema jurídico el desusos o costumbre no puede de ningún modo derogar a la ley, comentario acertado y en armonía con lo que dispone en sus artículos 9 y 10, el Código Civil en vigor en del Distrito Federal.

art. 9.- La ley sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o parcialmente incompatibles con la ley anterior.

Art. 10.- Contra la observancia de la ley no puede alegarse desuso, costumbre o práctica en contrario.

La costumbre puede orientar, pero no tiene capacidad de modificar o suprimir las leyes, lo que nos lleva a decir que dicha modificación o supresión de las leyes es embestida al poder que las dicto. En nuestro país norma fundamental en materia de derogación es la que establece el inciso (f), del artículo 72, constitucional, que dispone que en la derogación de leyes o decretos se observaran los mismos tramites establecidos para su formación.

* La facultad derogatoria, corresponde al órgano del Estado que tiene la potestad de expedir leyes, bien sea suprimiendo parcialmente algún ordenamiento anterior o decretando uno nuevo contrario a este observando siempre el proceso legislativo (art. /2 const. Inciso f). En el derecho Mexicano ni el uso ni la costumbre en contrario son causas derogatorias de ley alguna, pues ésta sólo queda abrogada o derogada por otra posterior que así lo declare expresamente o que contenga disposiciones total o

parcialmente incompatibles con la ley anterior (arts. 9 y 10 del Código Civil Federal).¹⁶

En relación a lo anterior inferimos lógicamente que la figura de los esponsales puede ser suprimida de nuestra legislación civil quizá con la promulgación de un nuevo Código Familiar, que derogue las disposiciones concernientes al derecho de familia o un nuevo Código Civil que derogue al vigente.

(16) BURGOA ORIHUELA Ignacio, Diccionario de Derecho Constitucional Garantías y Amparo, México, cuarta edición, Ed. Porrúa, 1996, p. 117

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La promesa de matrimonio tuvo su origen en los pueblos orientales de origen semítico, costumbre adoptada por el consuetudinario derecho romano, donde recibe el nombre de sponsales, consistente en la promesa recíproca de futuro matrimonio, su legislación fue muy similar al matrimonio; con el devenir del tiempo las culturas que basaron su ordenamientos en el derecho romano, continuaron realizando estos pactos los cuales tuvieron un gran auge en los estratos sociales más acomodados y en los matrimonios litúrgicos, de manera genérica; para la celebración de estos pactos existían impedimentos así como también se preveía la devolución de los regalos dados y la reparación del daño para el caso de su incumplimiento.

SEGUNDA.- El matrimonio definitivamente es una institución jurídica autónoma su realización es precedida únicamente de la voluntad pura y simple de los futuros cónyuges; considerando únicamente los requisitos que exige la ley para ello; teniendo como fin la procreación de la especie y la ayuda mutua de los esposos.

TERCERA. La controvertida naturaleza jurídica de los sponsales cualquiera que sea su manifestación en cuanto a su forma oral o escrita, hace difícil el pretender considerarles como un contrato o precontrato; por lo que resulta más acertado que se constituyan como meras convenciones no obligatorias de las cuales se desprende que de su incumplimiento se genera un hecho ilícito capaz de hacer posible la reparación del daño y por analogía la restitución de regalos, en virtud de la relación extracontractual que se origina.

CUARTA.- La promesa de matrimonio en nuestro sistema jurídico se encuentra en franca decadencia dado el desuso en el que se encuentra. El fenómeno conocido como

cambio social, la ignorancia y la costumbre que se generan independientemente de la norma jurídica, originan que en el nuevo pensamiento social en cual la moral y el honor, se manifiesten antagónicamente contrarios a los tiempos anteriores, rechazando totalmente la celebración de la promesa esponsalicia .

QUINTA.- En relación a la eficacia de los esponsales, si bien en un tiempo fue plausible su celebración, en la actualidad la sociedad misma rechaza esta tendencia jurídica dado que hoy las personas que se encuentran en edad de contraer matrimonio, infieren que solo podrán realizarlo si es deseado y que no existe que los obligue a ello; lo cual es bien cierto porque en el transcurso de la historia de la practica esponsalicia jamas fue capaz de obligar a realizar el matrimonio, sino más bien fue la moral y las anteriores estructuras sociales lo que impulsaba este grave compromiso.

SEXTA.- Una sociedad que se encuentra en constante cambio y adaptación, no puede tener conductas anacrónicas que detengan su evolución ya que aquello que en un tiempo fue útil hoy puede ser totalmente obsoleto, inservible o disfuncional; si bien es cierto que en los esponsales se tutela la reparación del daño para el caso de su incumplimiento, es posible que en la actualidad la falta de conocimiento y difusión directa a los que se comprometen en matrimonio genere que sea una figura del derecho vigente sin utilización alguna.

SEPTIMA.- La promesa esponsalicia se constituye como un absurdo jurídico porque de ningún modo da acción para pedir la celebración del matrimonio; lo que no ocurre en las promesas de tipo patrimonial, donde el vínculo contractual existente entre el promitente y el beneficiario crea una obligación y en el caso de la promesa de matrimonio asegura el derecho de no cumplir y declara la no obligatoriedad de la promesa de matrimonio; de tal virtud se desprende que los esponsales en relación con

el matrimonio no tienen una finalidad que pueda ser considerada porque una promesa que de antemano se sabe que no obliga a su cumplimiento carece de significado; en la inteligencia de que el matrimonio es un acto caracterizado por la exteriorización de la voluntad pura y simple de la partes al celebrarlo; lo anterior se infiere lógicamente ya que la promesa de matrimonio no produce la obligación de contraer matrimonio y ningún tribunal admitiría demanda en la que se pretenda su cumplimiento.

OCTAVA.- Claro es que el pretender modificar o reformar la figura de los esponsales carece de significado jurídico; si se considera su imposibilidad para obligar a la realización del matrimonio, por lo cual el pretenderlo se constituiría como una faena jurídica carente de innovación y funcionalidad dado el fracaso que se sabe tiene en otros sistemas legislativos donde se intenta darle impulso y utilización.

NOVENA.- La abrogación o derogación de las leyes es una facultad embestida al poder legislativo, teniendo como norma fundamental que para que ocurra se observaran los mismos tramites establecidos para su formación; resultando que la derogación de los esponsales implicaría un elaborado proceso legislativo que los suprimiría del mundo del derecho; Lo cual dado su inobservancia se presume debiera de ser considerado por el legislador.

DECIMA.- Definitivamente el derecho vigente debe de evolucionar al mismo tiempo que la sociedad en su conjunto va cambiando; la celebración de esponsales al igual que otras figuras del derecho en vigor en nuestros ordenamientos legales, impulsadas por el cambio social dejan de tener significación alguna.

BIBLIOGRAFIA

AZUARA PEREZ, Leandro, Sociología, Primera edición, México, Ed. Porrúa , 1985, pp. 354.

ARELLANO GARCIA, Carlos, Practica Forence Civil y Familiar, décimo novena edición, México, Ed. Porrúa, 1998, pp. 889.

BRANCA. Giuseppe, Instituciones de Derecho Privado, traducción de la sexta edición Argentina, México, Ed. Porrúa, 1978, pp.674.

BRAVO GONZALEZ , Agustín, BRAVO VALDEZ, Beatriz, Primer Curso de Derecho Romano, décimo tercera edición, México, Ed. Pax México, 1988, pp. 329.

BAQUEIRO ROJAS, Edgar, Derecho Civil, primera edición, México, Ed. Harla, 1997.

BELLUCIO, Augusto Cesar, Derecho de Familia, primera edición, Buenos Aires, Ed. De Palma Buenos Aires, 1979, pp. 629

BEJARANO SANCHEZ, Manuel, Obligaciones Civiles, tercera edición, México, Ed. Harla, 1984, pp. 621.

CAMPOSECO CADENA, Miguel Angel, Manuales Elementales de Técnicas y Procedimientos Legislativos, Segunda edición, Mexico, Ed. H. Camara de Diputados IV Legislatura, 1993, pp. 125.

DE BUEN, Demófilo, Introducción al Derecho Civil, Segunda edición, México, Ed. Porrúa, 1977, pp. 413.

CHAVEZ ASCENCIO, Manuel, Derecho de Familia y Relaciones Jurídicas Familiares, Segunda edición, México, Ed. Porrúa, 1990, pp. 517.

CHAVEZ ASCENCIO, Manuel, La Familia en El Derecho: de Familia y relaciones Jurídicas Familiares, segunda edición, México, Ed. Porrúa, 1990, pp. 459.

DE PINA, Rafael, Elementos de Derecho Civil, Décimo séptima edición, México, Ed. Porrúa, 1992, pp. 409.

FLORIS MARGADANT, Guillermo S. el Derecho Privado Romano, Vigésima segunda edición, México, Ed. Esfinge, 1997, pp. 532.

EDUARDO GARCIA MAYNEZ, Introducción al Estudio del Derecho, trigésima cuarta edición, México, Ed. Porrúa, 1982, pp. 444.

GUTIERREZ Y GONZALEZ, Ernesto, Derecho de las obligaciones,tomo primero, primera edición, México, Ed. Porrúa, 1998, pp.577.

GALINDO GARFIAS, Ignacio, Derecho Civil, décima edición, México, Ed. Porrúa, 1990, pp. 758.

INSTITUTO DE DERECHO COMPARADO, Panorama del Derecho, primera edición, México, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, 1996, pp. 673.

MORINEAU IDUARTE, Marta, IGLESIAS GONZALEZ, Roman, Derecho Romano, tercera edición, México, Ed. Harla, 1993, pp. 295

MENDEZ COSTA, María, D, ANTONIO, Daniel Hugo, Derecho de Familia, tomo uno, primera edición, Santa Fe Argentina, Ed. Rubinzal - Editores, 1994, pp. 282.

MARCEL PLANIOL, Georges Ripert, Derecho Civil, México, Ed. Mexicana, 1997, pp. 1563.

MAGALLON IBARRA, Jorge Mario, Instituciones de Derecho Civil, primera edición, México, Ed. Porrúa, 1988, 586.

PEÑA BERNARDO DE QUIROS, Manuel, Derecho de Familia, tercera edición, Madrid, Ed. Universidad de Madrid, 1989, pp.643.

PENICHE LOPEZ, Edgardo, Introducción al Derecho y Lecciones de Derecho Civil, décima octava edición, México, Ed. Porrúa, 1984, pp.306

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Compendio de Derecho Civil, tomo primero, vigésima quinta edición, México, Ed. Porrúa, 1993, pp.537.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, Derecho Civil Mexicano, tomo segundo, novena edición, México, Ed. Porrúa, 1998, pp. 805.