





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.



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLAN

PROPUESTA DE DEROGACION DEL CAPITULO SEGUNDO
DEL CODIGO FAMILIAR Y DE PROCEDIMIENTOS
FAMILIARES DEL ESTADO DE HIDALGO.

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
MARIA LUISA CASTILLO ARRIAGA

ASESOR: JOSE JORGE SERVIN BECERRA



SEPTIEMBRE 2004

Agradezco a:

*La Universidad Nacional Autónoma de México la máxima
Casa de Estudios, por brindarme la oportunidad de recibir en ella la mejor educación.*

A mi asesor el Lic. José Jorge Servin Becerra por su apoyo incondicional.

A mis padres y hermanos por su comprensión, paciencia y apoyo en todo momento.

A mis amigos y amigas por apoyarme cuando mas los necesite para salir adelante.

DEDICADA A:

La persona mas importante que hay en mi vida de la que admiro su paciencia, entrega y fortaleza, las cuales han sido un ejemplo a seguir, apoyándome en mis triunfos y derrotas, por estar conmigo en todo momento mi tesis es para ti MAMA.

INTRODUCCIÓN

En el decreto de fecha 28 de abril del año 2000 se deroga el Capítulo Primero, Título Quinto, Libro Primero, " De los esponsales", que comprendía los artículos 139 a 145 del Código Civil para el Distrito Federal, toda vez que esta figura jurídica había caído en desuso. Por esponsales se entendía la promesa de matrimonio hecha por escrito y que había sido aceptada por ambos pretendientes.

Su incumplimiento podía producir, determinados efectos jurídicos, entre ellos; la obligación de la parte que rompiera el compromiso, debería pagar una indemnización a título de reparación moral a la otra parte y de rembolsar los gastos que esta hubiera hecho con motivo del matrimonio proyectado, así como el derecho a exigir la devolución de lo donado por los pretendientes entre sí.

Recordemos que los esponsales no obligan a contraer matrimonio. Considero un acierto del legislador la derogación de los preceptos que regulaba esta añeja institución que carecía de aplicación práctica en nuestra legislación positiva.

En el Decreto número 129 de fecha de 3 de noviembre de 1983, P.O. de fecha 8 de noviembre de 1983, derogó los artículos 36 a 291 y 305 a 820 del Código Civil para el Estado de Hidalgo, donde encontramos en el Título Quinto, Capítulo Primero, "De los esponsales", que comprendía los artículos 141 al 147, toda vez que esta figura cayó en desuso, conservándose por que según el artículo Segundo Transitorio del Código Familiar, son aplicables aun a los negocios que al entrar en vigor dicho Código estuviesen en trámite.

En el Código Familiar y de Procedimientos Familiares en el Capítulo Segundo "De los esponsales", que comprende los artículos 7 al 10 correspondiente al Código Familiar que se encuentran en vigencia, los cuales no tienen razón de ser, ya que en la actualidad esta figura no es manejada por los presuntos prometidos siendo así una figura obsoleta.

De acuerdo con este precepto, la promesa de celebrar un matrimonio, es un compromiso meramente moral, no legal, sometido en su totalidad la propia conciencia de quienes lo hayan celebrado. Por lo tanto, no crea ningún vínculo jurídico, en cuanto que no produzcan obligaciones de ninguna clase de frente a la legislación civil.

Algunos autores sostienen que, los esponsales o desposorios no son ni siquiera un hecho jurídico. Son cuando mucho un acto humano bilateral, por suceder entre un hombre y una mujer que prometen casarse, una promesa de matrimonio mutuamente aceptada, pero que consiste en un acto privado que las leyes someten enteramente al honor y conciencia de los individuos.

La hipótesis de la cual se deriva el siguiente contexto, siendo los esponsales una figura jurídica que se encuentra contemplada en la ley, que debe ser considerada como un acto solemne, lo cual demostraré en el temario dividido en cuatro capítulos:

- 1.- En este primer capítulo se analiza de manera histórica comparativa la figura de los esponsales para conocer sus antecedentes y origen.
- 2.- El segundo capítulo se estudiará de manera analítica, el régimen jurídico de los esponsales.
- 3.- En el tercer capítulo los esponsales se estudian de forma analítica comparativa, aludiendo a las consecuencias que conlleva su existencia en la ley.
- 4.- En el cuarto capítulo se expone la propuesta de derogación en la que se acreditará que los esponsales deben celebrarse solo como acto solemne sin trascendencia jurídica.

A continuación presento mi propuesta realizando un estudio de investigación sobre los esponsales para comprobar la hipótesis en la cual los esponsales son una figura jurídica, que debe considerarse solamente como un acto solemne, teniendo como finalidad comprobar la hipótesis referida.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

Capítulo 1

1.1. Estudio de la figura de esponsales en el Derecho Romano.	1
1.2. Los esponsales creados verbalmente y formalizados de manera escrita.	12
1.3. Concepto de esponsales del diccionario.	30
1.4. Concepto de esponsales en la doctrina, consulta de diferentes autores.	32
1.5. La promesa de matrimonio en la legislación.	35
1.6. Estudio comparativo con otros conceptos dados en diferentes legislaciones de la República mexicana.	38
1.7. Institución de esponsales en desuso en nuestros días.	41

Capítulo 2

2.1. Régimen jurídico utilizado en el Código Civil del Distrito Federal actualmente derogado.	43
2.2. Regulación de los esponsales en el Estado de Hidalgo.	46
2.3. Naturaleza jurídica de los esponsales.	49
2.4. Estudio de los artículos 42 y 43 del Código Civil capítulo titulado "De la promesa de matrimonio" modificación de la terminología tradicional de "esponsales", desde 1981 hasta su derogación.	54
2.5. Reformas realizadas en el Estado de Hidalgo correspondientes al capítulo de esponsales.	61
2.6. Consecuencias De la existencia de los esponsales.	62

Capítulo 3

3.1. Estudio de los esponsales en el derecho civil comparado.	65
3.2. Los esponsales como etapa prematrimonial y sus efectos.	70
3.3. Exposición de motivos de la derogación de los esponsales.	78
3.4. Derogación de los esponsales en el Código Civil del Distrito Federal.	79
3.5. Falta de admisión de un procedimiento de demanda en que se pretende el cumplimiento de una promesa de matrimonio.	82
3.6. Actividad realizada del incumplimiento sin causa.	83
3.7. Cuestiones procesales de interés sobre esponsales.	84

Capítulo 4

4.1. Propuesta de derogación del Capítulo Segundo del Código Familiar y de Procedimientos Familiares de Hidalgo, respecto a la figura jurídica de los esponsales.	85
4.2. Los esponsales figura jurídica vigente en el Código Familiar y de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo.	86
4.3. Los esponsales figura jurídica no utilizada en la actualidad.	87
4.4. Falta de fundamento jurídico para la figura de esponsales.	88
4.5. Efectos negativos que generaría la exposición de la figura de esponsales en la legislación actual.	89
4.6. Diferentes legislaciones en la República mexicana donde ha sido derogado el capítulo correspondiente a los esponsales y sus motivos.	91
4.7. Razón de ser: derogación del capítulo correspondiente a los esponsales y argumento jurídico.	92

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

LEGISLACIÓN CONSULTADA

OTRAS FUENTES

Capítulo 1

1.1. Estudio de la figura de esponsales en el Derecho Romano.

Los romanos admitían el uso de los desposorios (*sponsalia*) por los cuales los futuros esposos se comprometían el uno cerca del otro. Podían efectuarse desde la edad de siete años. Pero cada parte quedaba en libertad de romperlo por causa de daños y perjuicios que había de fijar el Juez. En el bajo imperio los desposorios se acompañaban de las arras, perdiéndolas después él que rehusará cumplir su promesa o teniendo que pagar el doble de lo que en ellas había recibido.

Los *sponsalia* son una promesa recíproca de que en un futuro próximo contraerán matrimonio los esposos. Antiguamente se celebraban mediante dos *sponsiones* recíprocas, pero no creaban obligación jurídica de contraerlo debido al principio de que era un deber, los matrimonios deben ser libres.

"Los esponsales lo mismo que el matrimonio se realiza con el consentimiento de los contrayentes. Pero el vínculo de los esponsales para contraer nupcias con otras personas dura mientras tanto ese vínculo no se extinga. Para contraer los esponsales no está determinada la edad de los contrayentes como en el matrimonio por lo que se pueden contraer desde los primeros años con tal de que ambas personas comprendan lo que hacen, es decir, que no sean menores de siete años. Pueden celebrar los esponsales los mismos contrayentes o por otra persona que los represente".¹

En el siglo IV de nuestra era los esponsales se celebraban con la formalidad del beso, que daba derecho a la mujer a retener la mitad de los obsequios que le había dado el esposo cuando este moría posteriormente. Después se acostumbraron las arras que no podía retener la mujer cuando el hombre sin razón rehusaba contraer matrimonio.

Si la mujer era la que se negaba a casarse, debía devolver el cuádruplo de la dote si al celebrarse los esponsales eran mayores de doce años. "Justiniano suavizó esas consecuencias limitándolas a los casos en que la mujer fuera mayor de 25 años debiendo restituir solo el doble o el *simplum* cuando se rompían los esponsales para que abrazara la vida monástica. Las *sponsalias* no eran requisito previo para la celebración del matrimonio, sino una simple costumbre que podía ser seguida o no".²

¹ Bravo, Primer Curso de Derecho Romano. 5ta Edición. Editorial UNAM. México, 1980.

² De Ibarrola Antonio. Derecho de Familia. 3era Edición. Editorial Porrúa, México, 1984. Pág. 167 a 172.

El matrimonio en Roma solía ser precedido de una promesa formal de celebrarse, realizada por los futuros cónyuges o sus respectivas *paterfamilias* que se llamaban esponsales (*sponsalia*), nombre que deriva de la voz *sponsio*, que era el contrato verbal y solemne que se usaba para perfeccionar la promesa. Un fragmento de Florentino en el Digesto define los esponsales diciendo que son mención y promesa mutua de futuras nupcias.

El incumplimiento daba lugar a una acción de daños y perjuicios que se traducía en el pago de una suma de dinero. Este criterio no fue aceptado por mucho tiempo lo cual es explicable si se tienen en cuenta que todo constreñimiento a cumplir de los esponsales venía a ser incompatible con la idea romana del matrimonio, fue entonces cuando se prohibió la *stipulatio poenae*.

En el Derecho Romano Clásico los esponsales tuvieron un carácter más ético-social que legal, especialmente por la falta de acción para exigir su cumplimiento. No es que careciera de efectos jurídicos en materia de capacidad para contraer esponsales sino solamente en el reconocimiento de relaciones personales entre las partes contrayentes.

Se autorizó también a la viuda a prometer nupcias antes de que hubiera transcurrido el año de luto.

En el sistema romano eran netamente distintos del matrimonio que en el Derecho Romano Clásico; pero es probable que en su origen representaran el elemento consensual del matrimonio; el compromiso de tomarse por marido y mujer, y que la *deductio puellae* no fuera más que la ejecución de este contrato, que se componía así de dos actos sucesivos, el compromiso y la consumación del matrimonio. "El Derecho Romano Clásico definía a los esponsales como *mentio et repromissio nuptiarum futurarum* (promesa recíproca del futuro matrimonio)".³

La iglesia aceptó la costumbre romana y germánica de preparar el matrimonio mediante un acto solemne de futura promesa en el que por sí mismos o representados por sus padres, los futuros cónyuges manifestaran su voluntad de contraer matrimonio en un futuro, promesa que iba acompañada al pasar a la categoría de *sponsus* y *sponsa* de mayores facilidades para el trato y honestas relaciones nupciales, que precedía a la costumbre germánica de la entrega de arras o de donaciones *sponsalicias* del esposo a la esposa. Si bien, pronto "Graciano cayó en la confusión entre la promesa de futuro matrimonio (esponsales) y el matrimonio *initiatium*. Desde entonces, los esponsales, institución de Derecho Positivo nacida de la patria potestad romana y de la necesidad de hacer anteceder el matrimonio del trato nupcial, empezaron a perder importancia a medida de que se debilitaba el papel anteriormente capital, de los

³ Bravo. Primer Curso de Derecho Romano. 5ta Edición. Editorial UNAM. México, 1980.

padres de los contrayentes en el matrimonio de estos, y de que la mayor facilidad de trato entre los futuros contrayentes los hacía innecesarios".⁴

Por otra parte la decadencia de la moral pública, desprestigio bien pronto la promesa *sponsalicia*, contraída atolondradamente con frecuencia, que unas veces servía para lograr el acceso carnal sin ánimo de matrimonio; y otras solo se celebraban con el ánimo de obligarlos a contraer matrimonio; por esta razón muy frecuentemente se daban litigios inacabables.

El inicio del matrimonio no exigía especiales ceremonias, salvo que se tratase de matrimonio *cum manu*, en el que la adquisición de la potestad sobre la mujer, daba habitualmente comienzo al matrimonio.

La convivencia solía iniciarse con algún acto social, consistente fundamentalmente en una cena en la casa paterna, seguida de un cortejo que conduciría a la novia a casa del marido, donde era recibida por este con el agua y el fuego, que simbolizan la vida en común. El matrimonio iba frecuentemente, precedido de la promesa de matrimonio, que adopto desde la forma de *sponsio*; la realizaba el titular de la patria potestad sobre la novia, aunque posiblemente se requirió con el tiempo el sostenimiento de los prometidos. Los esponsales no tenían fuerza obligatoria, por ello, una vez desaparecida la exigencia de la *sponsio*, bastaba cualquier comunicación oral o escrita para establecerlos o cancelarlos.

Carecían de sanción civil, pero gozaban de gran eficacia moral y social, en la época post-clásica, con la introducción de las arras (*sponsalicia*), el incumplimiento de la promesa matrimonial puede castigarse con la devolución aumentada de las arras, como pena.

La existencia de Roma constituye un hecho de gran importancia para la historia de la humanidad, ya que ellos llevaron la civilización al mundo, con todos sus conocimientos en diversas áreas fueron capaces de construir un imperio y ser los dueños absolutos del mundo conocido en la antigüedad.

"El estudio de esta civilización se puede dividir en tres épocas: la época de Reyes (753-530 A.C.), la época de la República (529-57 A.C.), y la época del Imperio (27 A.C. – 330 D.C.). Se puede decir que en todo el avance de esta cultura, la mujer no tomó un papel de gran importancia, porque desafortunadamente el antiguo mundo romano era sólo para hombres; es decir, ellos eran los únicos que desempeñaron cargos y papeles importantes. Las mujeres de ese tiempo no eran tomadas en cuenta; ya que todas las actividades fuera del hogar eran cosa de hombres".⁵

⁴ Margadant, S., Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano. Como introducción a la cultura jurídica contemporánea. 24 Edición. Editorial Esfinge. Naucalpan, Estado de México, 2000.

⁵ Arangio Ruiz, Vicencio. Salvan, Italo y Caporal, Renato. Todo sobre Roma Antigua, Panorama de una civilización. Ediciones Grijalbo, S.A. Barcelona, 1969.

Las mujeres desarrollaban su vida en el hogar, desde que nacían hasta que morían (no todas, algunas no corrían con ese destino). Sus áreas de desarrollo resultaron el matrimonio y la familia, aunque se observa que con la llegada del imperio, hay una relajación de costumbres y ellas logran mayor independencia.

Para empezar, la familia romana estaba conformada por dos clases de personas: las *sui iuris*, quienes eran libres del mandato de otros seres, con poder de decisión sobre sus actos; y las *alieni iuris* que eran personas sometidas al mandato de otras. El grupo familiar estaba constituido por el padre (*paterfamilias*), la madre, los hijos, los sirvientes y el mobiliario. La autoridad familiar la ejercía el *paterfamilias*, ciudadano *sui iuris*, que tenía derecho a tener un patrimonio y ejercer su poder sobre las personas, sea cual fuese su edad o estado civil.

La autoridad que el jefe de familia ejercía sobre los esclavos era llamada *dominica potestas*, la que tenía sobre los hijos *patria potestas*, sobre su esposa *manus*, y la autoridad sobre otra persona libre *mancipium*, dentro de esta última se encuentra el derecho sobre los emancipados y clientes o *iuras patronatus*. *Paterfamilias* sólo puede ser una persona, por lo que si el abuelo del padre está vivo, el poder de este último se ve anulado ante el de su antecesor.

La mujer pertenece a la casa, en donde siempre tiene un dueño: el padre (cuando es hija soltera), el esposo (cuando es casada), su pariente varón más cercano (cuando no está casada y no tiene padre). Ella podía recibir también el nombre de *materfamilias* (si ella estaba casada y era de buenas costumbres), ejercer su dominio y autoridad sobre los esclavos y tener patrimonio; pero no podía ejercer ni la *patria potestas*, ni la *manus*, ni el *mancipium*, pues esos eran derechos exclusivamente de hombres.

De igual manera, entre los romanos se distinguen el parentesco natural o cognación, y el parentesco civil o agnación. "Se llaman agnados los que están unidos por parentesco legítimo"; es decir, por parentesco civil, el cual se establece por vía del varón. Esto implica que los *cognados* eran parientes por vía femenina.⁵

Cabe destacar que "la familia romana se puede caracterizar como un grupo o sociedad religiosa, ya que tenían sus propios cultos y fiestas; llamados *sacra priusta*. En ellos el *paterfamilias* hacía los oficios de sacerdote. En cuanto al patrimonio familiar, éste era administrado en su totalidad por el *paterfamilias*".⁶

Con referencia al *paterfamilias* y la *patria potestas*, éste tiene derecho sobre sus hijos y sobre los bienes de ellos. Con respecto a las personas, el *paterfamilias* tenía derecho sobre la vida y la muerte de sus descendientes. De igual manera, el jefe familiar tenía derecho de mancipar a sus crías en casos de extrema

⁶ Guillén, José. VRBS Roma, Vida y costumbres de los romanos. Ediciones Sígueme, Salamanca, 1997.

necesidad; la ley de las XII tablas estableció que a la tercera emancipación el hijo quedaba libre de su padre.

También él podía abandonar a los hijos recién nacidos. Por obligación tenía que criar a tres varones y a la primera niña (si eran normales), por lo que las mujeres eran las más expuestas, esto consistía en dejar a los pequeños en la calle (en el suelo).

Otros derechos del *paterfamilias* eran constituir a su familia como quisiese y casar a sus hijos, pactando los esponsales, sin necesidad de que la parte interesada estuviese presente. Las mujeres podían librarse de la *patria potestas* si eran escogidas como Virgenes Vestales o bien si se casaban (*justae nuptiae*) *in manu*, donde encontraban en poder del marido, después de una disolución. La pareja tenía sobre los hijos la misma autoridad moral, además que los libertos del marido le debían respecto y reverencia a la matrona (esposa).

Con respecto a los hijos, ellos eran agnados del padre y cognados de la madre en primer grado si el matrimonio era *sine manu*, de lo contrario eran también agnados de ella pero en segundo grado (recordemos que ella era como una hermana). En el primer caso, el hijo y la madre no eran de la misma familia. Cuando faltaba alguna condición para la validez del matrimonio, civilmente los hijos no eran nada del padre, pero si cognados de la madre, por lo que eran ciudadanos *sui iuris*.

La mujer casada *in manu* conservaba su nombre, tomaba el nombre gentilicio del marido y por último iba el nombre de su familia de origen. Ella era compañera y cooperadora del marido, aparecía junto a él en recepciones y banquetes.

Ellas podían intervenir en tribunales como demandantes o testigos y asistir a espectáculos públicos. Con la llegada del imperio, hubo una relajación de las costumbres, las mujeres se volvieron más independientes y el matrimonio resultaba una gran carga, de allí derivó la pérdida del carácter sagrado del mismo. Por todo esto, el Estado intervino, proclamando leyes que aparentemente beneficiaban a la mujer, pero que en el fondo beneficiaban a este órgano.

El matrimonio tenía como principal objetivo la procreación de los hijos, para así perpetuar la familia y los *sacra privata*. Esta unión era santa, sacra y en un principio indisoluble. Las gentes (grupo de varias familias cuyos miembros eran agnados o gentiles entre sí) prohibieron el celibato de sus miembros, y las leyes limitaban los derechos de los ciudadanos no casados.

“Al hombre casado se le llamaba *uir*, y a la mujer *uxor*. Ella disfrutaba de un honor privilegiado en la casa y en la ciudad, y como consecuencia del matrimonio participaba del rango social del marido. Antes de este gran paso en la vida de la mujer se realizaban los esponsales, que era como un acto de compromiso, donde se hacía la mención y promesa de las nupcias futuras. A los prometidos se les llamaban *sponsus* (al hombre), y *sponsa* (a la mujer). Este compromiso no

obligaba a casarse; pero si una persona tenía dos esponsales al mismo tiempo era difamada".⁷

Existían dos formas de realizar el matrimonio: "*ad manus*, donde la mujer forma parte de la familia civil del marido, y este ejerce autoridad sobre ella (igual a la ejercida sobre un hijo), y sobre sus bienes. La otra manera era *sine manus*, donde la mujer conserva sus bienes y no entra en la familia civil del esposo. Dentro del matrimonio *ad manus* se encuentran tres formas distintas de celebración: *usus*, *coemptio* y el *confarreatio*".⁸

El *usus* era la forma más antigua de matrimonio *in manus*, donde el poder sobre la mujer resultaba de la posesión de esta por un año, es decir, ella se iba por ese tiempo a vivir con el hombre. Por la ley de las XII tablas se podía evadir la *manus*, si la mujer pasaba tres noches (que no fueran las últimas del año) fuera del lecho conyugal. El *coemptio* consistía en la compra de la mujer, a la cual asistía el jefe de familia (si ella era *alieni iuria*) o el tutor (si ella era *sui iuris*); luego con el paso del tiempo la compra paso a ser simbólica y se compraba la *patria potestas* de la esposa. El *confarreatio* era como decir el matrimonio religioso, mediante el cual la mujer rompía sus vínculos religiosos con su familia se agregaba al culto del esposo y quedaba bajo la potestad del *paterfamilias* (del esposo).

Esta ceremonia se consideraba indisoluble, solo podía ser disuelta por el *difarreatio*. Aparte de estas ceremonias, existía otro rito transitorio, el cual era realizado para beneficio de la mujer, ya que mediante este la mujer podía estar, se liberaba de las obligaciones de sus *sacra privata* y evitaba la tutela de sus agnados; este matrimonio se llamaba *Conuetio in manu fiducia causa*, y era realizado por *coemptio*. "El matrimonio *sine manus* era más bien un recurso del *paterfamilias*, para procurarse hijos sin tener a la mujer en su familia, ya que ella seguía perteneciendo a su familia civil, bajo la autoridad paterna correspondiente. El principio o base de este tipo de unión era que el *paterfamilias* podía componer su familia como quisiera; de esta forma no se requería ninguna autoridad social ni religiosa, no era necesario agasajos, ritos o rezos, aunque era muy frecuente tener testigos, como por ejemplo sus vecinos, para que dado el caso, diesen fe y testimonio de la veracidad del matrimonio y la legitimidad de sus hijos".⁹

Para que el matrimonio fuese válido se requería: estar en la pubertad, ya que el fin principal del matrimonio era tener descendientes. Se requería el consentimiento del *paterfamilias* si los implicados eran personas *alieni iuris*, si eran *sui iuris* o emancipados, no requerían del consentimiento de nadie.

⁷ Juárez Silvia. Apuntes de Nociones de Derecho Positivo Mexicano, Atoyac, México, 1999.

⁸ Arguello, Luis Rodolfo. Manual de Derecho Romano, 24 Edición, Editorial. Astrea. Buenos Aires, 1994.

⁹ Guillén, José. VRBS Roma, Vida y costumbres de los romanos. Ediciones Sigueme, Salamanca, 1997.

Cabe destacar que la mujer no podía dar esta autorización. En los primeros tiempos romanos no se requería la aprobación de los esposos, pero desde el Imperio fue un requisito; por último se encontraba el *connubium*, que era una facultad legal de contraer nupcias legítimas, la cual era solamente para ciudadanos romanos. Existían además impedimentos para llevar a cabo el proceso de matrimonio como por ejemplo el parentesco.

Los *sponsalia* son una promesa recíproca de que en un futuro próximo contraerán matrimonio los esposos. Los esponsales se realizaban por el consentimiento de los contrayentes. El vínculo de los esponsales impide que se hagan esponsales o que se contraigan nupcias con otras personas, en tanto ese vínculo no se extinga.

Para contraer esponsales no está determinada la edad de los contrayentes, pueden contraer desde los primeros años, con tal que ambas personas comprendan lo que hacen, es decir, que sean mayores de siete años. Los pueden celebrar los mismos contrayentes o por medio de otra persona que los represente. Los *sponsalia* no son requisito previo para la celebración del matrimonio, sino una simple costumbre que podía ser seguida o no.

El matrimonio romano no exige ni solemnidades de forma, ni la intervención de autoridad alguna, sea esta civil o religiosa, la ley misma no ofrece un todo regular de constatarlo. Los futuros esposos deben redactar un escrito con el fin de constatar la dote de la mujer o bien, otras convenciones matrimoniales.

Ordinariamente el matrimonio habrá estado rodeado de pompas exteriores y solemnidades que la ley no ordena pero que las costumbres imponen y entonces habrá sido objeto de ostentación. El acta escrita o el testimonio de las personas que asistieron a las solemnidades son prueba suficiente del matrimonio. Cuando esos elementos de prueba faltaren, los emperadores Teodosio y Valentiniano decidieron que entre personas de la misma condición, siendo ambas honorables, la vida en común llevaría la presunción del matrimonio.

La *manus* acompañaba casi siempre al matrimonio para que la mujer pudiera entrar a la familia civil del marido, caer bajo potestad y ocupar con respecto al lugar de una hija, participar en su culto privado y poder heredarlo como *heres sua*.

"El matrimonio *sine manu* la mujer no salía de su familia natural, no haciéndose agnada de la familia de su marido, este no adquiriera sobre ella ninguna potestad, la mujer ocupaba ante el marido el mismo plano de igualdad, no se consideraba respecto a él en el lugar de la hija".¹⁰

¹⁰ Margadant S, Guillermo Floris. El derecho Privado Romano. Como introducción a la cultura contemporánea. 24ª Edición. Editorial Esfinge. Naucalpan, Estado de México, 2000.

Cuatro son las condiciones requeridas para la validez del matrimonio.

La pubertad.- Con esta palabra se designa en el hombre la aptitud de engendrar y a la mujer la de concebir.

La edad de la pubertad se fijó para los varones los catorce y la mujer los doce.

Consentimiento de los contrayentes.- El consentimiento recíproco de las partes es necesario para contraer matrimonio.

El consentimiento de *paterfamilias*.- El derecho de los ascendientes para consentir o prohibir el matrimonio de sus descendientes es decir de la potestad paterna de la cual es un atributo.

La ley *Iulia* autorizó la intervención del magistrado a fin de forzar el consentimiento del padre que se opusiera sin motivo serio al matrimonio de su descendiente.

El *connubium*.-Que es la actitud legal para contraer las *iustae nuptiae-connubium est uxoris* aquellas personas a quienes por concesión especial se otorga esta ventaja.

Régimen Patrimonial del matrimonio.

En el desarrollo histórico de la familia romana, existieron tres formas de contraer matrimonio, cuyos efectos repercuten en el aspecto económico patrimonial del mismo.

En la antigüedad al matrimonio seguía la *manus*, por lo cual la mujer era agnada del marido y se encontraba con respecto a él en el lugar de una hija, por lo que todos sus bienes eran absorbidos por el marido, o por el ascendiente que tuviera la patria potestas.

Después al caer en desuso la *manus* viene el régimen de separación de los bienes en el matrimonio sobre, la propiedad de los bienes llevados al matrimonio.

Cuando el matrimonio sigue la dote la causa de la dote es permanente y con la voluntad conyugal del que la da se constituye para que siempre permanezca en poder del marido.

La dote es el conjunto de bienes que la mujer u otras personas entregan a marido para ayudarlo a soportar las cargas del matrimonio.

La promesa de matrimonio, tanto unilateral como bilateral, al 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.

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

La petición de mano es uno de los rituales previos a la boda que mas se ha modificado para adaptarse a los cambios que va experimentando la sociedad.

Pero el cambio matrimonial sigue siendo una promesa publicada que se hacen mutuamente los miembros de una pareja que tiene la intención de contraer matrimonio.

Antiguamente, "la promesa de contraer matrimonio se llamaba desposorio o esponsales, ceremonia que consistía en la donación de un anillo a la novia por parte del novio ante algunos testigos. En la actualidad, con excepción de las familias más tradicionales, la petición ha dejado de ser un acto obligatorio para convertirse en una buena oportunidad para juntar a las dos familias y así empezar a preparar el enlace".¹¹

El compromiso debe anunciarse cuando los novios ya tengan la fecha de la boda, sin que pase más de un año entre la fiesta de compromiso y el gran día.

Aunque la tradición marca que el encuentro debe celebrarse en casa de la novia, también puede tener lugar en un terreno neutro como en un restaurante o en casa de algún familiar.

El procedimiento más correcto para festejar el compromiso matrimonial es una comida o cena entre los novios, acompañados de sus respectivos padres y hermanos.

El protocolo en la petición de mano no será siempre el mismo, ya que puede ser el novio o la novia quien de el anuncio del compromiso.

Durante la petición de mano, el padre del novio dirige al padre de la novia algunas palabras, con el fin de pedirle formalmente la mano de su hija. No hay reglas exactas que dicten lo que se debe decir, ya que las palabras pueden variar de una persona a otra.

La tradición indica que la petición de mano debe quedar sellada por el intercambio de regalos entre los novios, el novio entrega el anillo de compromiso a la novia y ella debe corresponderle con otro regalo, el cual normalmente es un reloj, aunque pueden existir variaciones.

¹¹ Magallon Ibarra, Jorge Mario. El matrimonio, (sacramento, contrato, institución), 4ta Edición. Editorial Mexicana. México, 1995.

Antiguamente esta fiesta era un evento formal, aunque hoy en día, ha cambiado y se puede hacer algo muy sencillo y menos serio.

El matrimonio romano era hasta el siglo III un acto tan privado como entre los esponsales. La relación era un hecho no escrito que se daba de manera informal y que no se podía sancionar. El único contrato que se hacía era el de dote (medio honorable de enriquecimiento y patrimonio que habrían de recibir los hijos en la sucesión) en caso de que la prometida lo tuviera.

Tampoco había que presentarse ante el equivalente a un alcalde o un párroco. A falta de juez o escritos formales, y en caso de litigio en tono a una herencia, un juez decidía lo más conveniente de acuerdo a indicios de toda índole como por ejemplo constancias de dotes o gestos que acreditaban la intención de casarse: el presunto marido había calificado siempre como esposa a la mujer que vivía con él; o había testigos que podían confirmar haber asistido a una pequeña ceremonia cuyo carácter nupcial era patente.

No importaba en realidad si el cónyuge se había casado en auténtico enlace matrimonial porque dicha institución privada no dejaba de surtir efectos jurídicos al contemplar que los hijos nacidos de dicha unión legítimos, recibían el nombre de su padre y continuaban la línea familiar. A la muerte del padre, le sucedían en propiedad del patrimonio, solo en caso de no haber sido desheredados.

Los esponsales o promesa de matrimonio; *Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*, es decir, la recíproca promesa que los futuros esposos se hacen de contraer matrimonio. Se ha visto en ellos el elemento consensual del matrimonio no significando la *deductio puellae*, la entrega de la mujer, sino un acto de ejecución de ese contrato consensual.

Determinaban los esponsales en el derecho romano un vínculo personal entre los esposos que venían a ser *cuasi-afines* entre sí, constituyendo un impedimento para contraer matrimonio con persona distinta, en tanto no hubieran sido disueltos. No era ilícito estipular penas para caso de incumplimiento si bien era usual entregar las arras *sponsalitiaie*, comunicándose, en la época imperial, con la pérdida de las mismas, y agravándose la sanción con el pago del triple o el cuádruplo al esposo que sin causa justificada rompiera el compromiso.

La doctrina canónica, a partir de Alejandro III viene distinguiéndose entre esponsales de futuro y los esponsales de presente, es decir, entre los esponsales y el verdadero matrimonio, si bien hasta el Concilio de Trento se entendía que cuando los esponsales de futuro iban seguidos de cópula carnal, se convertían en un verdadero matrimonio. Pío X en el Decreto *Ne temere* ordenó que se contrajeran en presencia del párroco o del ordinario, y el canon 1.017 determina que la promesa de matrimonio, aunque sea válida y no haya causa alguna que excuse de cumplirla, no da acción para pedir la celebración del matrimonio, sino solamente la reparación del daño si alguna se debe.

Dentro de esta misma línea, el artículo 43 del Código Civil dispone que los esponsales de futuro no produzcan obligación de contraer matrimonio. Ningún Tribunal admitirá demanda en que se pretenda su cumplimiento.

Según el párrafo 1 del artículo 44 del Código Civil si la promesa se hubiere hecho un documento público o privado por un mayor de edad o por un menor asistido de las personas cuyo consentimiento sea necesario para la celebración del matrimonio, así se hubieren publicado proclamas, él que rehusaré casarse, sin causa justa esta obligado a resarcir a la otra parte los gastos que hubiese hecho por razón del matrimonio prometido.

Pudiera pensarse que nos encontramos ante un verdadero precontrato, que al tener por objeto un hecho personalísimo, cual es el de la prestación del consentimiento matrimonial de presente, se convertía, en caso de negativa a prestarlo por una de las partes, en indemnización de daños y perjuicios. Sin embargo, la lectura del párrafo segundo del artículo 44 citado nos hace pensar mas bien en un caso de responsabilidad aquilina, si bien de contenido extraordinariamente limitado, en cuanto se establece que: la acción de resarcimiento de gastos a que se refiere el párrafo anterior solo podrá ejercitarse dentro de un año, contado desde la negativa a la celebración del matrimonio, plazo que coincide con el número 2 del artículo 1968 del Código Civil establece para las acciones derivadas de culpa extracontractual.

Por otra parte y aunque el examinado artículo 44 aparentemente crea una responsabilidad, podemos afirmar que lo único que realmente hace es limitarla, ya que no permite reclamar la totalidad de los daños y perjuicios causados por la injusta negativa, sino tan solo los gastos que se hubieren hecho por razón del matrimonio prometido.

La libertad matrimonial dada la trascendencia y fines del matrimonio, la ley procura asegurar, por todas los medios a su alcance, la libertad de los que han prometido contraerlo, no solo, como hemos visto, restringiendo su responsabilidad en caso de incumplimiento de la promesa esponsalicia, sino evitando cualquier influencia que venga a disminuirla o modificarla. En esta idea se orienta el artículo 793 del Código Civil al determinar que la condición de no contraer primero o ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, a menos que lo haya sido al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de este y parece que idénticos principios deben regir en materia contractual, ya que el derecho a casarse o a permanecer soltero, deben ejercerse con absoluta independencia.

Análogos motivos han ocasionado en la jurisprudencia opiniones y fallos contrarios a la validez de los contratos de corretaje matrimonial. En derecho romano, esta actividad era considerada como lícita; la jurisprudencia Francesa y Belga, después de un primer momento negativo, acabo admitiendo la validez de tales pactos. El Código Austriaco, en cambio, establecía su nulidad y el Código Alemán considera el caso como una verdadera obligación natural no permitiendo inexigir su cumplimiento ni repartir lo pagado.

La jurisprudencia Francesa considera también nulos dichos pactos en un principio por la inmoralidad, consistente en que las relaciones destinadas a preparar la indisoluble sociedad a la cual cada uno de los esposos aporta, con sus bienes, su persona misma y su vida entera, un pacto de esta naturaleza mezcla la intervención y el interés de un agente dominado por ideas de especulación y lucro, que para asegurar el éxito, que es la condición prima estipulada, podría incluso sin fraude, pensar directa o indirectamente sobre el consentimiento de los esposos de sus parientes.

Hoy sin embargo, "se admite que así como el corretaje que pesa sobre el consentimiento es ilícito, el que consiste en una mera aproximación entre los posibles esposos es perfectamente lícito".¹²

1.2. Los esponsales creados verbalmente y formalizados de manera escrita.

Sin ir más lejos todos sabemos que hasta no hace muchos años la formalización del noviazgo solo era posible si se lograba el consentimiento de los padres de la novia. Aceptación que, normalmente, era expresada permitiendo el acceso del novio a la casa familiar. Luego venía el segundo paso: la concreción del compromiso, previa solicitud y autorización de los padres de la joven. A partir de ese momento la pareja ya estaba comprometida y el acuerdo quedaba cerrado con la promesa de contraer matrimonio.

El reconocimiento familiar del noviazgo estaba ligado, durante la Edad Media europea, a una rica serie de usos y costumbres. En el día previsto para la petición de mano, esos ardidés servían para comunicar al novio si la decisión había sido favorable o no.

El pirineo francés, donde existía la costumbre de que el novio regalara a la novia un delantal se consideraba una buena señal que esta lo llevará puesto el día anterior a la petición.

Los novios formalizaban su promesa de matrimonio mediante los esponsales, institución totalmente en desuso, que en otro tiempo era la esencia del enlace. Se trataba de un contrato genérico que adecuaba la ceremonia posterior a la modalidad deseada. En Roma se podía elegir cualquier de las tres formas: *confarreatio*, *coemptio* o *usus*; (unión civil, religiosa y de hecho, respectivamente).

¹² De Cossio, Alfonso. Instituciones de Derecho Civil. Editorial Porrúa. México, 1985. Pág. 725 a 729.

En la Edad Media europea, las modalidades eran los matrimonios de bendición, de fama pública o a iuras. Luego, el Concilio de Trento impuso en la Cristiandad la unidad del acto, con lo cual se generalizó el abandono de aquellas costumbres.

El Derecho Romano Clásico había fijado ya sus ritos, que culminaban en las palabras vinculantes *Verba Stipulationis*. La estipulación implicaba un acuerdo con cláusulas completas, en las que se hacían necesarias preguntas y respuestas. Se fijan así los esponsales, que formalizarán el primer rito del matrimonio en la doctrina de los juristas: a la *desposatio*, con la firma o la dación de palabras, seguía la dotación y finalmente, la entrega de la mujer. El mecanismo fue aceptado luego por los cristianos y, en lo fundamental, no se modificó bajo la dominación germánica. Progresivamente, la entrega de la mujer se convirtió en centro del trámite y la *desposatio* transformó los novios en esposos.

En el contexto europeo medieval, la iglesia apoyó la institución matrimonial, y comenzó a distinguir la formalización del acto. En un caso los esponsales se ofrecían como acto matrimonial con palabras por presente. En otro aparecían como preludio del matrimonio con palabras por futuro, tal actitud cambió en el Derecho Eclesiástico, posterior a los acuerdos del Concilio de Trento: desde entonces se evita todo acto similar al del matrimonio de bendición, por lo que esta modalidad clásica va cediendo hasta desaparecer.

La edad media cristiana no solo rechazó los esponsales sino que trató de regularlos. En ese sentido, la Summa de Tancredo fijó para ellos cuatro momentos: la promesa simple, la dación de arras, la imposición del anillo y la prestación del juramento. De esta manera, la celebración de la boda se fundía con la promesa de matrimonio.

Los esponsales solían unir el juramento a la promesa, con lo cual pronto comenzaron a producirse casos de confusión con el matrimonio a iuras, formalizado mediante el juramento y la unión de manos. En tal sentido, resulta curioso que siendo el juramento un instrumento de adscripción a la iglesia, su doctrina diera prioridad a las palabras. Así, "el Decreto de Graciano declaró que quienes pronunciaran la frase de rigor (yo te quiero por esposa, yo te quiero por esposo), serían ya marido y mujer aunque no mediara juramento. De cualquier modo, los textos castellanos atienden la situación de aquellos que jurasen de casar con alguna. Esta obligación juramentada fue, desde la divulgación de la doctrina de la Summa Coloniense (Siglo XII), una obligación jurídica con consecuencias también para la esposa, ya que ella perdía toda posibilidad de disponer de sí misma. Podía darse el caso, incluso, de que si la mujer ingresaba en un monasterio, el marido tenía la facultad de reclamar que le fuera devuelta de inmediato".¹³

¹³ De Ibarrola Antonio. Derecho de Familia. 3era Edición. Editorial Porrúa, México, 1984. Pág. 167 a 172.

La institución de los esponsales, hoy en desuso obligaba a los novios a contraer matrimonio. Las parejas firmaban contratos que estipulaban desde la modalidad del casamiento hasta el destino de sus bienes.

Cuando un hombre y una mujer se relacionaban sentimentalmente, lo habitual es que trataran de establecer vínculos con cierta permanencia. Empiezan siendo novios y luego si la relación marcha bien, se convierten en esposos. De todas maneras, esta simplificada sucesión de momentos que actualmente nos resulta tan sencilla y natural, tuvo en otras épocas dificultades bastante curiosas.

De esta forma los esponsales pronto comenzaron a realizarse por escrito y en gran parte de Europa fueron objeto de contratación pública, con participación de escribanos. Además requirieron una extensa actividad notarial, ya que en el acto de formalización se establecía el destino de los bienes y de los esposos.

De esta forma podemos comprender, porque los esponsales siendo una institución la cual se realiza verbalmente, como un acto solemne y privado en diversas ocasiones, con el tiempo va adquiriendo su regulación de manera escrita, tanto de manera particular, hasta llegar a su regulación en la legislación, con el animo de proteger los intereses de los prometidos, y aunque no son obligatorios si generan ciertas obligaciones, legales, morales y sociales.

En la actualidad cabe hacer mención que son utilizados de las dos formas antes mencionadas, y en la mayoría de los casos la promesa de matrimonio se realiza verbalmente aunque frente a varios testigos, y en una minoría encontramos a las personas que los realizan por escrito, ante la autoridad correspondiente.

Desde su creación los esponsales han resultado ser un acto solemne pero han llegado a seguir ciertos pasos de realización, como lo son la voluntad de los prometidos de contraer matrimonio, la publicidad del compromiso y los preparativos para el futuro matrimonio. Pero también cabe mencionar los intereses de cada prometido con respecto de las donaciones hechas entre sí, en ello encontramos un motivo para su regulación jurídica pero la sociedad continuamente evoluciona y sufre distintos cambios y por ello creemos innecesaria su realización mediante un escrito, ante un autoridad publica ya que en la actualidad ya no es relevante y significa una manera antigua y sin sentido realizarlos de esta manera.

El Senado Consulto sobre matrimonios de 1820 escrito, refiriéndose al estudio para analizar la aplicación de la ley o Senado Consulto sobre matrimonios de hijos de familia, dictada por el Senado durante el gobierno del Director Supremo Bernardo O'Higgins en 1820, en un juicio cuyas partes pertenecían a la élite.

Además de observar cómo se resolvió la irregularidad en el proceso del compromiso, me interesó comprender la puesta en acción de los mecanismos establecidos por el Estado, la iglesia y la familia para enfrentarlos, las tensiones a que fueron sometidos y develar que rol desempeñó la mujer, cuál fue su nivel de participación y su capacidad de decisión, y por último, aproximarnos a los valores de la época.

El concepto de promesa de esponsales, mediante el cual se iniciaba el noviazgo, y el de matrimonio civil y sagrado, correspondían a lo establecido por la Iglesia Católica.

La promesa de esponsales era: *"la mutua acceptato futurarum nuptiarum"*, es decir, para que fuese válida debía ser verdadera no fingida, mutua y aceptada por ambas partes, libre y hecha por personas hábiles. Obligaba bajo grave culpa porque era obligatoria para ambas partes. Cualquiera que la transgrediera, siendo esta válida, y habiendo precedido amistad ilícita podía recurrir al Tribunal Eclesiástico, quien podía compeler a cumplir con la promesa, en caso de no ser posible, *comminaba con penas o sino, el Tribunal Eclesiástico se valía del juez secular para ponerlo en la cárcel y por último lo censuraba.*

El matrimonio es definido como:

Un contrato y sacramento por el cual un hombre y una mujer acuerdan vivir juntos para toda la vida, unidos con el ánimo de procrear y educar a sus hijos... en ambos casos el libre consentimiento de los novios es un requisito indispensable.

El Concilio de Trento en 1563 fijó las solemnidades del matrimonio válido, estableciendo como obligatorio la presencia de dos testigos, oficiado por un sacerdote; de este modo las reglas para este contrato quedaron claras y definidas

Para Asunción Lavrin:

*"El Estado y la Iglesia también habían visto en la institución familiar un medio de socialización de la moral y la política, el núcleo social básico donde se mantenían las costumbres, el orden y determinadas tradiciones. El comprender la necesidad de un control convenido en beneficio del orden social, llevó a ambas instituciones a mantener un delicado equilibrio en sus respectivas esferas de influencia"*¹⁴

Debido a su relevante papel en la estructuración de la sociedad y en la formación de alianzas, la identificación y elección de la pareja, aunque fuera una de las decisiones más importantes para una persona, interesaba al círculo familiar y, aún a veces, al Estado.

¹⁴ Senado Consulto, 9 de Septiembre de 1820, en sesiones de los cuerpos Legislativos, t. IV. Pág. 340 a 342.

Por su parte, Sergio Vergara al respecto señala: *la Ilustración... junto con enseñar, procuró formar al individuo en su aspecto moral. Se trató de hacerlo ciudadano patriota útil a su país, un católico ejemplar que practicara las virtudes evangélicas de la caridad, honestidad, la paciencia en los trabajos y la obediencia a los padres y a las autoridades. Más aún, se le incentivaba a asumir sus responsabilidades en ese sentido, haciéndole concebir que para cumplirlas mejor debía llegar al matrimonio, considerado la única forma racional y legal de formar una familia... La familia así concebida, cada vez más identificada con las parejas unidas por el rito cristiano del casamiento, sería la célula básica del cuerpo social. Allí, según la concepción propia del Estado moderno, el papel esencial lo tenía el hombre... mientras la mujer... no solo debía ser la esposa solícita y servicial, sino también y preferentemente, la madre preocupada de la formación religiosa y moral de los hijos.*

"La intervención de la autoridad política en la vida familiar, en especial sobre el alto grupo social, era posible, pues todavía no se completaba el proceso de diferenciar con claridad el ámbito privado de lo público".¹⁵

Este último rasgo del Antiguo Régimen aún sobrevivía en las primeras décadas del Chile republicano. Como ejemplo de la actitud expresada, en 1820 durante el gobierno del Director Supremo Bernardo O'Higgins, el Senado dictó la ley o Senado Consulto que ratificó el ideario de la dictada por la monarquía hispana ya en 1776.

ANTECEDENTES ESPAÑOLES DE LA LEY DE 1820

Carlos III, inspirado en la voluntad ordenadora y moralizadora de la Ilustración, típica del Despotismo Ilustrado, insistió en la obediencia filial, para lo cual dictó la Pragmática de Matrimonios de hijos de familia el 23 de marzo de 1776 para España, extendida a América el 7 de abril de 1778, interviniendo directamente en la formación de los matrimonios, para evitar según decía, el frecuente abuso de uniones desiguales. Esto incluía desde las más altas clases sociales hasta las más modestas.

En el artículo 1 y 2 se estableció que los hijos menores de 25 años debían pedir el consentimiento paterno, o a quienes los subrogasen, para celebrar el matrimonio; y los mayores de 25 años su consejo; si no lo hacían quedaban expuestos a las mismas penas. Los hijos que contraviniesen este requisito quedaban, ellos y sus descendientes, inhábiles y privados de todos los derechos civiles, como de ote u herencia, sin más obligación por parte de los padres que la de otorgar alimentación.

¹⁵ Knecht, August. Derecho matrimonial, Católico, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932. Pág. 419.

La edad exigida de 25 años para la mujer y el hombre, tuvo consecuencias diferentes para ambos. La primera se casaba en promedio a los 22 años, lo que significó en la práctica que ésta requirió formalmente del consentimiento paterno para poder casarse. En cambio el hombre lo hacía después de los 25 años, principalmente por razones económicas.

En el artículo 8, la Pragmática estableció que para evitar el abuso en que podían incurrir los padres o los parientes que los subrogasen, en agravio y perjuicio del arbitrio y libertad de los hijos de familia, para la elección del estado a que su vocación los llamara, aquellos debían prestar su consentimiento si no tuvieran justa y racional causa para negarlo, como si tal matrimonio ofendiese gravemente el honor de la familia o perjudicara al Estado. Contra el irracional disenso de los padres se admitía a los hijos acudir libremente al recurso sumario de la justicia, lo que dio origen a los juicios de disenso.

Como lo señala Gonzalo Vial:

"Dentro de términos tan amplios y generales, cupo toda suerte de interpretaciones. Tocó a la justicia decidir si un hecho específico encajaba o no en la definición legal como causa del disenso. No siempre, sin embargo, las perspectivas eran claras y sencillas. Los Tribunales, y sobre todo la Real Audiencia, debieron entrar en una casuística respecto a qué cosa ofendía gravemente el honor de la familia, o perjudicaba al Estado y qué cosa no tenía tales efectos. Esa casuística naturalmente reflejó los conceptos sociales y prejuicios de la época".¹⁶

LEY DE 1820

El Senado el 9 de septiembre de 1820, mandó que se extendiera la Pragmática Sanción que, para el efecto de los matrimonios, tenía meditada el Director Supremo Bernardo O'Higgins, con el objeto de evitar los escandalosos juicios de disenso.

Para mitigar la autoridad paterna, creó el Consejo de Familia con los parientes más inmediatos al hijo. Este debía reunirse bajo la protección del Intendente o, faltando éste, el juez que lo subrogase, sin la menor forma judicial, con el fin de deliberar sobre la existencia o no de perjuicio en el matrimonio solicitado.

El artículo 5 estableció que la autoridad sólo tenía la facultad de obligarlos a concurrir y presenciar sus discusiones, conformándose de tal modo a las opiniones del Consejo y en calidad de testigo calificado de la deliberación familiar, dejando constancia en un documento fehaciente de la resolución, haciendo firmar a sus miembros.

¹⁶ Vergara Sergio, Historia Social del Ejército de Chile, Vol. I, 1993 pág. 128.

Esta ley emancipó a los varones a los 24 y a las mujeres a los 22 años.

Anteriormente la Real Cédula de 1803, había modificado en forma importante la Pragmática de 1778, disminuyendo la emancipación de la mujer de 25 años a 23, manteniendo la emancipación del hombre a los 25 años. Después de esa edad, los novios podían contraer libremente matrimonio. Por su parte, los padres, o quienes los subrogasen en caso de resistir, no estaban obligados a dar la razón ni explicar el motivo de su disenso.

En el artículo 3, la ley de 1820 revocó esta disposición. Volvió a exigir a los hijos que consultasen al padre a cualquier edad para contraer matrimonio porque:

La naturaleza dicta que al padre se le debe respeto y sumisión en todas las épocas de la vida.

A este respecto fijó normas para los hijos mayores de edad haciendo alejar hasta por 4 meses a los novios antes de tomar la decisión de casarse.

En el artículo 5, se dispuso que el hombre de 18 y la mujer de 16 años, como edad mínima, si no obtenían el consentimiento paterno, podían solicitar verbalmente de la justicia si era o no racional el disenso y en este caso el juez estaba obligado a convocar el Consejo de Familia.

En su artículo 1 estableció que a falta del padre era necesario el consentimiento de la madre. En el artículo 2 estableció que faltando los padres, los abuelos, prefiriendo la línea paterna y después la materna y siempre el abuelo a la abuela, faltando todo abuelo, los tutores que tuviesen o les nombrase para este caso la autoridad judicial.

En el artículo 15, se estableció que el padre o la madre consintiesen al matrimonio de los hijos de su primer matrimonio, sin embargo, permitía que cualquier pariente hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, podían pedir al magistrado que convocase al Consejo de Familia para ratificar o no el consentimiento.

Se agregaba, probablemente por la condición de hijo natural del gobernante, en su artículo 4, que también el hijo natural debía pedir consentimiento y consejo a quien reconociese como su padre, madre, etc., y tutor sólo para el consentimiento, esto último lo mismo para los hijos huérfanos.

A pesar de incluir a la madre en sus artículos primero y segundo, contradice esta disposición en el artículo 9, ya que se la excluye como vocal. Sólo en el artículo 10, a falta de hombres de igual grado, estipuló que las mujeres podían entrar a formar parte del Consejo de Familia.

Sin embargo, días después, el 26 de septiembre de 1820 se introdujo la modificación que excluyó totalmente la participación de la mujer en el Consejo de Familia, aludiendo: *que no era necesario que entrasen las mujeres a votar, por ser constantes que éstas por nuestra atrasada educación y por la debilidad del sexo, no tienen regularmente el carácter ni las luces necesarias para conocer y decidir en tales juicios.*

En el análisis de otros juicios de disenso esta discriminación se nos reveló infundada, y a que las madres demostraron el mismo carácter y capacidad para reaccionar frente a la desobediencia de sus hijos. En relación a su aspecto cultural, la ley de 1813 sobre educación femenina, había establecido que se enseñara a las jóvenes: *a leer y escribir y aquellas costumbres y ejercicios análogos a su sexo.*

Esta disposición limitaba deliberadamente sus conocimientos. Su educación estaba de esta manera, orientada a cumplir los roles que la sociedad y el Estado le destinaban, el de hija, esposa y madre.

La exclusión de la mujer en los Consejos de Familia, constituyó la principal diferencia con respecto a la Pragmática de 1778, ya que en ella se establecía que se debía pedir el consentimiento del padre y faltando éste, el de la madre; y las demás parientes mujeres que los subrogasen podían participar en iguales condiciones que los parientes hombres.

También la Pragmática estableció duras penas a los eclesiásticos que la contraviniesen, como lo expresó el artículo 21, que estableció que los eclesiásticos que voluntariamente administrasen o concurriesen a un matrimonio ilegal, serían expatriados del Estado y ocupadas por el Fisco sus temporalidades.

En teoría, las Pragmáticas sobre matrimonio debían colaborar al orden social que deseaba imponer la Corona y, después, el Estado chileno, ¿pero qué sucedió en la práctica?

APLICACIÓN DE LA LEY DE 1820

Las partes que intervinieron en este juicio del año 1822, pertenecían a la élite. Esto le confirió características especiales. Por ejemplo, nos mostró los valores predominantes en este estrato social, como el honor paterno, de la hija y de la familia, la irrenunciable jerarquía paternal, la capacidad y eficacia del padre para imponerse sobre la determinación de su hija para elegir cónyuge, a pesar de la voluntad demostrada por ésta y la tenacidad del novio para insistir, entre otras, (José Antonio, de veintiséis años y administrador de su hacienda, había presentado su mano a su novia Carmen hacía dos años y ya tenían relaciones pre-matrimoniales). La ley canónica le otorgaba validez a los esponsales contraídos con las solemnidades exigidas, la principal de todas, el consentimiento

de los padres, sobre todo cuando se habían establecido relaciones ilícitas, pero no era el caso de esta pareja.

El novio inició su demanda ante la autoridad política según lo establecía la ley de 1820, en este caso el señor Gobernador Intendente: *a nombre de mi futura esposa que no puede por sí reclamar por el impedimento que le asiste de estar al lado de su padre cuyo disenso obliga al recurso, como de mi parte y la de mi consorte futura no hubiese impedimento alguno. En el conflicto no me queda otro recurso que el que me franquea la ley Senatoria de 9 de Septiembre de 1820.*

Una interpretación según Susan Socolow es que:

"Tanto el Estado como los padres habrían preferido evitar las cuestiones de amor, y seleccionar consortes adecuados para sus descendientes. Sin embargo, la continua existencia de casos en que los hijos desafiaban las decisiones y el disentimiento paterno respecto a su matrimonio, reflejaba el deseo de la gente joven a elegir su propio cónyuge. A pesar de que por lo general los padres protegían a sus hijas...".¹⁷

La pregunta que nos surgió fue por qué el padre no intervino en su momento para evitar esta amistad que ya duraba dos años.

Una interpretación es que los padres amparados en la protección de la ley no intervenían en su momento. Esto lo apreciamos claramente en la carta de María Mercedes Aguirre a Don Miguel de Prado, padre de su pretendiente, en Santiago hacia 1800, donde le señala:

(Me atrevo por esta carta escribirle extrañada de su desaire por no consentir mi matrimonio con su hijo, sobre todo sin haber rechazado nunca mi presencia y amistad en su casa).

El abogado del novio en la apelación ante la Cámara expresó en términos parecidos lo siguiente:

(Tampoco su proceder ha sido de lo más honrado porque se le podrá justificar que en su casa tenía la libertad de salir, eran repetidos las diversiones y entretenimientos con jóvenes).

Esto nos estaría demostrando que la sociedad de la época era más permisiva de lo que anteriormente se ha sostenido y los jóvenes tenían libertad para verse o en su defecto burlar la vigilancia de los padres.

El Juez ante la demanda del novio ordenó al padre para que dijera si consentía o disentía en este matrimonio, y en caso de esto último, para que se convocase al

¹⁷ Martínez Ramos Martha Elena, Inaplicabilidad de los esponsales en el Matrimonio. 3era Edición. Editorial FCE. México, 1994.

Consejo de familia. No conocemos las causas del disenso a lo largo del juicio, ya que la resolución del Consejo de Familia era oral, sino solo las referencias que hizo el novio. Según éste, el padre no quería que se casase ninguna de sus hijas.

Las causas generales de disenso paterno podían referirse a motivos raciales, como tener sangre africana, lo que al o la pretendiente lo hacía integrante de las castas. Otros motivos aducidos por los padres o quienes los subrogasen, eran los oficios considerados viles, como por ejemplo, los de mecánico, el comerciante al menudeo, carnicero, gañán, etc., diferencia de linaje cuando se aducía ser noble y distinguido contra el otro de "baja esfera", conducta irregular e ilegitimidad entre otros.

Respecto de esta última causal, Ann Twinam señala:

"El honor no era solo una pureza racial o religiosa, sino que representaba la historia de una buena familia, avalada por generaciones de matrimonios santificados y de nacimientos de hijos legítimos".¹⁸

Esto nos viene a explicar la importancia que se le otorgaba el encabezar la demanda de la siguiente manera: *Don José Antonio... hijo Legítimo de...presenté mi mano a Doña Carmen... de esta vecindad e hija legítima de...*

Esta afirmación no tenía otro objetivo que dejar de manifiesto una de las igualdades sociales de los novios tomadas en cuenta para consentir el matrimonio.

Los documentos más importantes en la vida colonial, la partida de nacimiento, la partida de matrimonio y el testamento, para Ann Twinam:

"registraban la historia personal de las generaciones pasadas al mencionar si el individuo era legítimo o no. Los hijos ilegítimos podían ser excluidos de puestos públicos y de cargos eclesiásticos, militares y civiles más altos. La ausencia de honor podía de esta manera limitar la movilidad social de ambos sexos, así como el futuro de las siguientes generaciones. Las distintas estrategias de las mujeres que pertenecían a las clases sociales dominantes, básicamente perseguían el mismo objetivo personal, reducir o evitar la pérdida del honor. La solución más sencilla, y quizás la más frecuente, de ser posible, era el matrimonio inmediato".¹⁹

Como ya se señaló, la sociedad se caracterizaba por ser tradicional y jerárquica, donde la autoridad paterna y la obediencia filial eran valores muy importantes.

Uno de los mecanismos utilizados en los juicios de la élite, como en este caso también, era la resistencia que oponía el padre para participar en él, como una

¹⁸ Senado Consulto 9 de Septiembre de 1820, en sesiones de los cuerpos Legislativos, t. IV. Pág. 340 a 342.

¹⁹ Cárdenas Marmolejo José Luis. Necesidad de derogar los esponsales de la legislación civil del Distrito Federal. Derecho Familiar. Editorial Limusa. México, 1993.

forma de protesta ante el cuestionamiento a su autoridad paterna y como un medio también para hacer desistir a los novios, cosa que no estuvieron dispuestos a hacer, y que nos mostró su tenacidad frente a su deseo de contraer matrimonio.

Es así como la actitud del padre provocó que el novio se quejase ante la autoridad, solicitándole que eligiera a su arbitrio los parientes que debían integrar el Consejo de Familia conforme al artículo 8 de la ley de 1820.

Ante la resistencia del padre, el curso que tomaron los acontecimientos agravó la situación. La novia decidió salir de su casa un mes aproximadamente después de iniciada la demanda, en la noche, siendo depositada por el novio y un cuñado de éste en la casa del párroco, quien, según sus propias declaraciones los casaría. Este mecanismo era utilizado en la mayoría de los juicios de disenso para proteger a las hijas de las presiones físicas o morales de los padres en estas circunstancias, o como un medio de presión por parte de los novios. Ante este hecho, el padre inició un juicio criminal contra la novia.

De esta manera, lo que debió ser una simple deliberación verbal del Consejo de Familia, se convirtió también en un juicio criminal, lo que nos permitió conocer la aplicación de la ley de 1820, los valores de la sociedad y del Estado, los sentimientos de los novios, la manera como se eludió la aplicación de la ley, cómo operó en definitiva este mecanismo, cómo funcionó la justicia y de qué manera intervino la Iglesia.

Otra característica que se pudo apreciar en este juicio en particular, fue la forma de llevarlo. El padre asumió directamente la defensa de sus derechos paternos y el honor de su familia sin necesidad de recurrir a testigos para defender su causa.

Por ejemplo, en parte de su demanda expresó: *"un exceso de esta clase, cuya impunidad sería el peor ejemplo para que ningún padre de familias pudiese estar seguro en las prendas más ciertas de su corazón, exige todo el celo e interés de la magistratura para que los criminales sean escarmentados en la manera que reclaman el orden, la decencia pública, el honor y los derechos paternos, empezando con una declaración escrupulosa de la joven robada"*.²⁰

En la declaración efectuada por la novia, ésta señaló: *que varias veces se había acordado de la salida pero la exponente se resistía*.

Esta última frase apareció subrayada en el expediente porque podría ser considerada causal de delito de rapto.

²⁰ Cárdenas Marmolejo José Luis. Necesidad de derogar los esponsales de la legislación civil del Distrito Federal. Derecho Familiar. Editorial Limusa. México, 1993.

El juez dictaminó que José Antonio se arrestará en los altos del cabildo y notificó a Don José Miguel para que depositara a su hija en un monasterio de esta capital, como en los tiempos de la Colonia. Providencia que cumplió depositándola en el monasterio de Santa Clara.

El artículo 20 de la ley de 1820 estipuló que los que contrajesen matrimonio o procediesen al acto de contraerlo, quebrantando la presente ley, en el mismo hecho y sin otro juicio que la constancia de haber procedido, serían separados a distintas y distantes provincias por el término de cinco años, y antes de cumplidos no se les podría oír sobre la validación eclesiástica y sacramental de aquel matrimonio.

Esta sanción no tocó el aspecto económico como la Pragmática de 1778. Esta estipulaba que los hijos que no cumplieran con pedir el consentimiento de los padres, quedaban expuestos al desheredamiento o pérdida de la dote, etc. La sanción del Senado Consulto era más severa en lo sentimental, probablemente fundada en la creencia de que la distancia haría olvidar al pretendiente o a la novia.

Después de ser ambos novios nuevamente interrogados, ella declaró e insistió que salió por su propia voluntad.

El juez en el ínter tanto, había procedido a citar al Consejo de Familia, compuesto de 8 miembros, incluidos el padre y el novio. Esto nos reveló la resistencia de los parientes mediatos e inmediatos a la novia, a participar en un asunto tan delicado. Seguramente consideraban que sólo concernía a la familia nuclear dilucidarlo, aunque su negativa fuera una insubordinación frente a la obligación de concurrir al tribunal.

Entre sus miembros integrantes estaba una tía de la novia. Ella, como miembro del Consejo, estaba contraviniendo la modificación del 26 de septiembre de 1820, que excluyó a las mujeres de dichos consejos. Por otra parte, cinco de los miembros citados tenían apellidos diferentes al primer y segundo apellido del padre, lo que nos indicó que no eran los parientes más inmediatos de la novia. Todos los miembros, sin embargo, pertenecían a la élite.

Habiéndose resistido a funcionar sus miembros después de las reiteradas citaciones, probablemente presionados por el padre para que votaran a favor del disenso y no siendo partidarios de él, y, ante la insistencia del juez, el padre intervino para cuestionar abiertamente la ley senatoria del 9 de septiembre de 1820, que a pesar de reforzar y apoyar la autoridad paterna en la decisión de los hijos para casarse hasta cierta edad, eliminaba esta obligatoriedad una vez emancipados, derecho paterno al cual aquel no estaba dispuesto a renunciar.

Notificado el padre de la providencia que convocó al Consejo de Familia, protestó:

"Sean cuales fueren los términos en que se haya guiado este expediente que no ha pasado por mí vista; él es de muy diversa naturaleza al de esta causa criminal, que no (ilegible) por semejante pretensión. La ley senatoria que reglamentando las vías supletorias del disenso paterno enaltece el Consejo de Familia, no es un salvo conducto para que los criminales que se atrevan a los respetos domésticos, la decencia, y el orden, queden impunes y libres de todo juicio con solo pedir el Consejo de Familia. Entonces el remedio se habría convertido en un mal de peor clase que todos lo que tratan de remediar la Pragmática, y será más breve el camino de conseguir el voto de la familia, seduciendo anticipadamente a una joven inexperta robándola y comprometiendo su honra, para que el interés de cubrirlo obligue a los deudos a curar el daño con el enlace ya que no pudo precaverse. Lo cierto es que la frecuencia de atentados semejantes muestran con dolor que el raptó es el arbitrio que se ha tomado para ganarse "el afecto de la ley" en lo favorable a los pretensores. Sea lo que fuere, ello no me despoja de la acción de (ilegible) por mi injuria, ni a la sociedad de la que ella tiene para ser indicada con el castigo de un delito tan pernicioso que la familia pueda o no declarar que su hija case con un criminal... yo no desistiré jamás de una querrela como Padre y como ciudadano..."²¹

El padre, además, solicitó apelar:

A este cuestionamiento a la Ley Senatorial el Tribunal le respondió enérgicamente dictando la siguiente providencia: esta parte debe descansar en la seguridad de que no quedará impune el delito que hayan cometido don José Antonio... y Doña Carmen... ni de su mismo delito sacaran ventajas para sus pretensiones, pero debe también entender que para dictar la pena conforme a las circunstancias del crimen y de las que resultaron (ilegible) puede el Juzgado tomar todas las providencias que hallare oportunas.

Esta resolución del Tribunal nos mostró a la justicia cumpliendo con su deber sin aceptar presiones de parte del padre demandado, pero también dispuesta a aplicar las penas correspondientes a los novios por su conducta y por recurrir al mecanismo del depósito.

También encontramos al novio cuestionando los disensos injustos y las leyes vigentes. Al respecto alegó ante el juez: *de este modo los funestos resultados que son consiguientes, y que ya prácticamente se han visto otras veces, y han empezado a verse en nuestro caso. La justicia, la religión, la conveniencia pública, la naturaleza, y el bienestar de unos ciudadanos honrados, gritan imperiosamente la injusticia de ese disenso sin causal, sin fundamento.*

²¹ Flores Sedano Alejandra. Estudio Jurídico sobre el Capítulo Civil de Esponsales en el Código Civil para el Distrito Federal. Matrimonio civil. Editorial Limusa, México, 1997.

La ley cuando ha puesto esas trabas a los hijos de familias no ha tenido otro objeto, que contener los atentados que algunas veces suelen suceder, el respeto paterno, con unos enlaces que no acarrear sino consecuencias funestas, pero si en nuestro caso no hay nada de esto, si las personas contrayentes son iguales, si en conciencia están mutuamente, si la religión y la naturaleza les ha puesto un lazo que no pueden separar, ¿será justo que impida esa unión santa, y que con su separación se les haga infelices? Si hubiera una ley que esto hiciera, o no sería hecha por hombres, o debería desterrarse de la sociedad humana? si la joven movida de su violenta pasión y cariño que me profesa, fuera mi esposa, la obligó a tomar el partido de salir de su casa ... ¿será justo que yo sufra las terribles consecuencias de este frenesí, de su pasión... ?.

En su defensa el novio hace una interesante la alusión al romanticismo y también a un mayor individualismo liberal. Signo de los nuevos tiempos quizás.

Finalizó el juez dictando sentencia condenando a los novios de la siguiente forma: *se corta esta causa criminal en su actual estado y por el mérito del expediente donde no resulta un raptó calificado, y esclarecimientos que he recibido en la conferencia verbal que tuvieron las partes condeno a Don José Antonio... a dos años de destierro en la villa de... y a Doña Carmen... a diez y ocho meses de reclusión en el monasterio de Santa Clara... archivase este expediente en el archivo secreto agregándose a él el acta del Consejo de Familia.*

La sentencia nos reveló que finalmente se constituyó el Consejo de Familia, pero no todos sus integrantes fueron los originalmente citados. Este Consejo lo integran 5 miembros. Tres de los cuales eran parientes más inmediatos al hijo, dos de ellos tenían apellidos diferentes a los del padre y madre. Los jueces que intervinieron en la dictación de la sentencia también pertenecían a la élite.

La Cámara ante la cual el novio apeló la sentencia, y para mejor resolver, solicitó que se incorporara el acta del Consejo de Familia, donde se señaló que éste votó a favor del disenso paterno

El juicio terminó cuando la Cámara resolvió confirmar la sentencia apelada: *con declaración que la reclusión de Doña Carmen sea solo por el término de un año, y el destierro de Don José Antonio ... al lugar que elija distante treinta leguas de su actual residencia... (a) Don Manuel se le aplique la pena a que sea acreedor.*

En el juicio entre estas dos familias, las alusiones al derecho paterno, honor familiar y la reputación de la hija, se manifestaron como más importantes al preferir el castigo para ambos novios, que casar a la hija con quien había transgredido valores irrenunciables.

Respecto del honor, Ann Twinam nos señala que:

*"Todos los miembros de la familia tenían responsabilidad inmediata de mantener el honor personal, y, así, prolongar la cadena colectiva de éste a las generaciones futuras, el honor colocaba a las familias de la élite no solo en un espacio social sino también en un tiempo familiar, una parte de él se heredaba".*²²

También el honor era el respeto ganado ante los demás por comportamientos virtuosos, distinción de vida, méritos propios como valentía, etc.

El abogado del novio, en su apelación ante la cámara alegó que no hubo delito de raptó porque: *declara que para aplicarse la pena de raptó, es necesario que éste se ejecute precisamente llevando a una mujer forzosamente, que sea virgen, casada, viuda de buena fama, y con pensamiento malo. Justamente en nuestro caso no concurre una sola de esas calidades; véalo usted, Doña Carmen antes de su contracción y comprometimiento con Don José Antonio mi parte, habla perdido esa prenda inestimable, y que jamás se recupera, tal es la virginidad, saliendo sus efectos a luz, como es muy fácil justificarlo, luego conforme (a) ley no hubo raptó, porque la juzgada, ni es virgen ni ha salido forzosamente, sino por su libre y espontánea voluntad, como ella misma lo confiesa, el objetivo ha visto usted y resulta de los mismos autos, fue el más justo, y más honesto, y el más religioso, que pocas veces se ve en los jóvenes, donde por lo regular reina la corrupción, el engaño, y la poca honradez, yo creo que en concepto de Ud., y en el de los hombres virtuosos, es lo más honorable y digno de premio .*

La defensa quiso resaltar que el objetivo del novio era el matrimonio, deseando de esa manera reparar o proteger el honor de la novia y el suyo propio.

En el caso de la sexualidad femenina, Ann Twinam nos señala que:

*"Aunque el culto secular de la virginidad reconocía que la mayoría de las mujeres no eran santas seguía poniendo énfasis en la abstinencia sexual. La mujer debía evitar las relaciones sexuales. Si permanecía soltera debía cuidar su virginidad hasta su matrimonio. Supuestamente, las mujeres estaban dentro del control sexual o fuera de él, y la sociedad en teoría no admitía términos medios, el código colonial del honor intentaba controlar la sexualidad femenina a través de la virginidad o mediante la castidad marital".*²³

²² Cárdenas Marmolejo José Luís. Necesidad de derogar los esponsales de la legislación civil del Distrito Federal. Derecho Familiar. Editorial Limusa. México, 1993.

²³ Cárdenas Marmolejo José Luís. Necesidad de derogar los esponsales de la legislación civil del Distrito Federal. Derecho Familiar. Editorial Limusa. México, 1993.

Estos ideales correspondían al concepto mediterráneo del honor.

A pesar que los documentos muestran que la mujer perdía el honor y la reputación, sin embargo, su situación no era del todo irremediable. El matrimonio posterior con el padre de su hijo podía en cualquier momento, convertirla de madre soltera en esposa, y a sus hijos naturales, en legítimos herederos al momento de casarse sin ulterior trámite.

En respuesta a la defensa, el padre denegó la libertad para la contraparte solicitada por la Cámara por intermedio del traslado, mediante un tajante alegato de orden, jerarquía y autoridad paterna, quizás erosionada por la independencia. El padre solicitó que se confirmara la sentencia apelada porque: *atropelló el sagrado de los respetos domésticos, las leyes de la patria potestad y los primeros elementos del orden público que son los de la familia. Si un absurdo semejante pudiera escucharse con indiferencia en los tribunales, (era) necesario aniquilar todas las instituciones sociales y declarar a la inexperta juventud en la Impune Licencia de una anarquía completa... Sea cual fuere la índole del rapto que detallan las leyes canónicas para que sea impedimento del matrimonio aquí no se trata del que raptaba la misma persona robada para que valga o no el contrato celebrado por ésta, sino el que se ha perpetrado contra el derecho paterno, ayudando a la fuga de la hija con la Injuria consiguiente de aquellos bajo cuya guarda la habían puesto la naturaleza y la sociedad.*

En la Pragmática de 1778 se cita al Concilio de México que establecía en cuanto al matrimonio en el canon 6º título 1º libro 4º:

*"que los obispos no permitiesen que se contrajesen matrimonios desiguales contra la voluntad de los padres, ni los protegiesen y amparasen... y a los párrocos que tampoco sacasen de las casas de sus padres a las hijas para depositarlas y casarlas contra la voluntad de ellos sin dar noticia primero a los Obispos para que estos averiguasen si era o no racional la resistencia..."*²⁴

Gonzalo Vial señala que en Chile se dictó una resolución en términos parecidos: *el Edicto del Obispo de Concepción Monseñor José María de Marán, de 2 de mayo de 1785, prescribió que los párrocos no tolerasen las fugas ni depósitos de las hijas de familias en las casas de ellos mismos, ni de los escribanos... El 30 de octubre de 1786 por Real Cédula, la Corona aprobó el Edicto.*

Con su actitud de salir de su casa por su propia voluntad a la casa del párroco, la novia provocó un cuestionamiento enérgico del padre por la aceptación del eclesiástico de recibir a su hija, lo que dio motivos para alegrarle al juez: *la religión y los principios de la educación se estremecen al eco ronco de tanto horror, y es escandaloso apelar a los Cánones de la Iglesia para hacerlo servir de alcahuetes de esa perversidad, cuya frecuencia se aumentan en proporción que no se ve el castigo que merecen los reos.*

²⁴ Senado Consulto 9 de Septiembre de 1820 en Sesiones de los cuerpos Legislativos t. IV pp. 380 a 381.

El padre habló con el Gobernador del Obispado y consiguió que el párroco le devolviera a su hija. Esta declaración nos mostró la eficacia, el nivel de influencia y capacidad para defender sus intereses, y también su abierto cuestionamiento a la actitud de algunos miembros de la Iglesia.

Pero también a través de él, pudimos observar claramente la capacidad y participación de la novia al tomar la decisión de salir de su casa, y, la activa participación del párroco apoyando a los novios, incluso contraviniendo las reales cédulas y las disposiciones de la Iglesia, provocando la ira del padre. En este caso en particular, en vez de proteger a los novios con el objeto de respetar el principio de libertad en la elección del cónyuge, se volvió en su contra, por la férrea voluntad del padre de defender su honor, el de su familia e hija y sus derechos paternos.

La solución que pretendieron imponer las Pragmáticas y sus modificaciones para impedir los matrimonios desiguales fue relativa. Así nos lo mostró este juicio en particular y el dictamen del Consejo de Indias de 7 de Febrero de 1798 que estableció:

*"frente a dudas de los eclesiásticos para poder celebrar matrimonios alegándose la sujeción a las penas de la Pragmática, cuando ha habido estupro, prole anticipada, y otro semejante motivo, aún siendo racional y justo el disenso de los padres, el Consejo estimó que se debía dejar a la prudencia y arbitrio del eclesiástico el examinar y comparar los daños, escándalos y prejuicios que pudiesen seguirse del matrimonio y según lo dictase su conciencia en vista de todos los informes reservados y conocimiento que se tuviesen, accediese o negase a verificarlo".*²⁵

Esta ineficacia explicaría la dictación de la Real Cédula de 1803 que emancipó a la mujer a los 23 años manteniendo la de los hombres a los 25, disminuyendo la emancipación según fuesen las personas que subrogasen al padre. Esto nos demostró la flexibilización de la Corona frente a normas que eran rechazadas por la sociedad.

La dictación de la ley de 1820, nos indicó que los juicios de disenso siguieron produciéndose, aunque como una simple deliberación verbal del Consejo de Familia, hasta la dictación del Código Civil, que volvió a implementarlos. Esta legislación, días después de su dictación fue modificada excluyendo totalmente la participación de la mujer en los Consejos de Familia, situación que no se daba en la Pragmática y las Reales Cédulas posteriores. Esto nos ha llevado a plantear la hipótesis de que la capacidad jurídica de la mujer se hizo más restrictiva a medida que avanza el siglo XIX, con respecto al siglo anterior.

²⁵ Senado Consulto 9 de Septiembre de 1820 en Sesiones de los cuerpos Legislativos t. IV pág. 380 a 381.

La intervención del Estado en la vida familiar provocó una fuerte resistencia del padre a renunciar a sus derechos paternos. En su discurso a lo largo del juicio, apreciamos en forma reiterativa la alusión a la trasgresión a dichos derechos. Nos quedó claramente establecido que para él, las "leyes de la patria potestad" estaban sobre las leyes civiles y canónicas haciendo un enérgico cuestionamiento a dichas leyes. En su discurso, el padre no reconoce la participación de su hija en los hechos, a pesar de que no solo lo demandó a través del novio, sino salió furtivamente de su casa en la noche, y, además, había iniciado relaciones prematrimoniales. Probablemente el discurso del padre, para quien ésta habría sido seducida y raptada, sólo estaba destinado para que el Tribunal castigara al novio. Situación que el Tribunal no consideró. Tampoco el discurso del novio, a pesar de expresar sentimientos de amor y su derecho a ser felices, logró que el Tribunal desistiera de aplicarles las penas que correspondían a su conducta, aún cuando habían tenido el respaldo del párroco.

Las tensiones que se produjeron entre el Estado, la Iglesia y la familia para salvaguardar el orden y los valores fueron evidentes en este juicio. Lejos de evitar la discordia familiar la ley de 1820, en este caso la acentuó.

La sociedad tradicional y jerárquica concebía el honor y la obediencia filial como valores muy importantes que no eran fáciles de evadir.

Como ya se señaló, el honor no era sólo una herencia de pureza racial o religiosa; era también entre otras cosas: valentía, cumplimiento del deber, patriotismo y virtud. Representaba la historia de una buena familia cuya responsabilidad le era encomendada a todos sus miembros. Además, colocaba a las familias de la élite no sólo en un tiempo espacial, sino también en un tiempo familiar que se heredaba.

Por su importante rol como hija, esposa y madre en la familia, célula básica del Estado, y su importancia en la estructuración de la sociedad, la mujer debía ser celosa guardiana de su comportamiento.

1.3. Concepto de esponsales del diccionario.

A continuación mencionaremos ciertos conceptos contenidos en diversos diccionarios y enciclopedias, para analizar el significado de los esponsales.

Esponsales.- *Spondeo, spondere, sponendi, sponsum* es el verbo latino de que proceden las palabras *sponsus, sponsa* y *sponsalia*, cuya evidente traducción es esposo, esposa y esponsales.

Nos ayuda a situar su significado original, el saber que el verbo *respondeo, respondere, respondi, responsum*, que hemos traducido como responder, es

derivado de *Spondeo*, y que de él derivan responsable (cuya forma latina es *responsalis*- fiador, el que responde por otro) y responsabilidad.

El significado de *Spondeo* es prometer solemnemente a favor de alguien; constituirse en fiador, garantía o caución de alguien; obligarse: comprometerse. *Spondere fidem alicui* es prometer fidelidad a alguien; *spondere pacem*, comprometerse a firmar la paz; *spondes`n ergo filiam team mihi uxorem dari* quiere decir te comprometes, pues a darme a tu hija por esposa.

El sustantivo *sponsio*, *sponsionis* a caba de d amos i dea d el significado que h ay tras las palabras *sponsus* y *sponsa*. En efecto, como sustantivación que es de *spondeo*, significa solemne compromiso de palabra, promesa, garantía. *Sponsio appellatur ovnis stipulatio promissioque* se le llama a toda estipulación y promesa, decía Cicerón.

Entre los significados de *Spondeo* esta, naturalmente, el de prometer en matrimonio, prometer por esposa o por esposo de ahí deriva el sustantivo *sponsalia*, con el que se denominan esponsales propiamente dichos, es decir, la ceremonia en que se adquiere el compromiso matrimonial, la fiesta y el banquete de boda, los regalos de boda etc.

Para los esponsales tenemos otra palabra que ha quedado fijada en el arte como los desposorios. Así se llama a los cuadros referidos en las promesas de matrimonio de la Virgen Maria y el Señor San José.

Y en consonancia con todo ello, *sponsa* es la prometida, la futura esposa; *sponsus*, *us*, la promesa, el compromiso, la fianza; y *sponsus*, *i*, el esposo, es decir el que se ha comprometido a casarse. *Sponsum*, *i*, es el compromiso, la cosa prometida.

Y finalmente *sponsor* es el fiador, el garante; y el *connubii sponsor* o *coniugii sponsor*, es el que da palabra de casamiento. A juzgar por el título original de la Novela de Alejandro Mazoni, *sponso* es un sinónimo y una redundancia de *promesso*; todas las traducciones la titulan "Los Novios".

Pero parece que en la misma Roma, que es la creadora de todo este grupo léxico, no siempre se mantuvo la distancia suficiente entre el compromiso y la boda: de ahí que encontremos en Cicerón que *sponsalia* valga tanto para denominar los esponsales como las fiestas y el banquete de boda.

"Y en esa confusión hemos avanzado hasta destinar finalmente todas las palabras de este grupo (esposa, esposo, desposorio, esponsales), a la relacionado con la boda y el matrimonio; de ahí que hayamos tenido que recurrir a otros términos como compromiso, pedida, prometida, prometido, novio, novia, relaciones,

relaciones esponsalicias, ajustes y algunos términos mas que se llevo a la historia, para designar las relaciones prematrimoniales." ²⁶

Esponsales.- Los *sponsalia* son una promesa reciproca de que en un futuro próximo contraerán matrimonio los esposos. Los esponsales se realizan por el consentimiento de los contrayentes. El vínculo de los esponsales impide que se hagan esponsales o que se contraigan nupcias con otras personas, en tanto ese vinculo no se extinga. Para contraer esponsales no esta determinada la edad de los contrayentes, pueden contraer desde los primeros años pero nunca menor de siete años. Los pueden celebrar los mismos contrayentes o por medio de un representante. Los *sponsalia* no son requisito previo para la celebración del matrimonio, sino una simple costumbre que podía ser quizás o no.

Esponsales.- Mutua promesa de casamiento entre el varón y la mujer.

Esponsales.- Promesa de matrimonio que se hacen y aceptan los novios (hicieron sus esponsales en una ermita de las afueras).

Esponsales.-Fiesta para la celebración del compromiso matrimonial.

Esponsales.- Los esponsales o desposorios, ósea la promesa de matrimonio mutuamente aceptada, es un hecho privado, que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo, y que no produce obligación alguna ante la ley civil. No se podrá alegar esta promesa ni para que se lleve a efecto el matrimonio, ni para demandar indemnización de perjuicios.

Esponsales.-“La promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada, constituye los esponsales.” ²⁷

Esponsales.- Según una de las primeras prescripciones o mitzuot contenidas en la Torah, el estado connatural al hombre es el marital. El matrimonio se efectúa en dos fases: los esponsales y la ceremonia nupcial propiamente dicha. En los esponsales (*erusin*) cuyos capitulos eran firmados por lo común ante notario, los padres acuerdan la dote y comprometen a los futuros contrayentes en plena adolescencia, la muchacha suele contar trece o catorce años, con suficiente antelación.

El día de la boda o consagración (*nissu'in*) la novia debía llevar a cabo una triple inmersión tebilá, en el miqwe o baño ritual.

²⁶ Diccionario de Derecho CD.ROM Para Windows, Ribo Durán, Edición, 1995.

²⁷ Diccionario de la Lengua Española, Dos tomos, Editorial Espasa. Edición 2001.

La celebración se desarrolla bajo un dosel (hupah), ricamente decorado preconfiguración del tálamo y el futuro hogar, sostenido por cuatro parientes próximos siendo la suegra y la madre las que flanqueaban a la novia.

"Tras el ritual de los anillos, símbolo que formaliza el contrato tomándola como esposa mediante la fórmula (mira, tu quedas consagrada a mi por este anillo, según la ley de Moisés y de Israel) los contrayentes firman los capítulos matrimoniales que les presenta el hazam. Tras la bendición los esposos rompen en pedazos una copa de vidrio que recuerda la fragilidad de la vida y la destrucción del templo".²⁸

Esponsales.- La celebración del matrimonio obligaba a la previa celebración de esponsales; una vez realizados debería contraerse el vínculo matrimonial en el plazo máximo de dos años; si el varón moría antes de la boda y había mediado un beso, la novia retenía la mitad de las arras entregadas en los esponsales.

"Los godos entregaban a cambio a su prometida si era virgen, un dote conocido como morgingebae cuyo importe máximo quedaba fijado en mil sueldos, 10 esclavos varones jóvenes, 10 esclavas hembras jóvenes y 20 caballos, que no podía superarse si bien el marido, tras un año de matrimonio podía donar a su esposa otros bienes si estaba satisfecho con ella." ²⁹

Como podemos observar los significados entre las palabras esponsales y promesa de matrimonio son sinónimos, y los cambios que se han realizado son generados por el transcurso del tiempo.

1.4. Conceptos de esponsales en la doctrina, consulta de diferentes autores.

El origen de los esponsales ha sido estudiado y analizado por diversos autores de los cuales haremos mención acerca de cada una de los conceptos que nos han sido proporcionados, en algunas obras, ya que su estudio aunque no es muy extenso es muy diferente el concepto que cada autor tiene de ellos.

Kipp y Wolf.- Proponen la siguiente definición: "Por esponsales se entiende tanto el convenio de futuro matrimonio entre un hombre y una mujer como la relación producida por este convenio." ³⁰

García Varela, R.- "La definición de esta promesa, o de los esponsales, por utilizar la terminología clásica, señalando ambas partes de futuro matrimonio libremente

²⁸ Enciclopedia Jurídica Cabanellas. 8 Tomos. Autor Cabanellas, Guillermo. Editorial Heliasta, Año 1995. Primera Edición. Pág. 8000.

²⁹ Enciclopedia Jurídica Básica. 4 Tomos. Editorial Civitas. Año 1995. Primera Edición. Pág.7136.

³⁰ El noviazgo, (Tratado de Derecho Civil por Enneccerus, Kipp y Wolf, t. IV, v. I Pág. 24.

expresada por un signo sensible, entre personas determinadas y hábiles en Derecho. Se valoran ciertos datos de dicha definición: en primer lugar, estamos ante una promesa de matrimonio, por lo que no se ha celebrado matrimonio alguno; en segundo lugar, dicha promesa es aceptada por ambas partes; por último, en tercer lugar, esas partes son hábiles en Derecho".³¹

Albacar y Martín Granizo.- Se trata de un "acto extrajudicial", de un "mero hecho jurídico", o de una obligación natural, aluden a un "especial negocio del derecho de familia", "negocio jurídico preliminar", a la celebración del matrimonio de carácter bilateral, causal, no solemne...".³²

"Estudio de Castan Tobeñas.-Contrato o convención lícita de efectos reducidos".³³

Badosa Coll.- Mantenimiento de la negación de que sea un negocio jurídico y subraya su estructura de acto unilateral.

Alicia Elena Pérez Duarte.- Se inclina como una institución de derecho familiar, pues es un conjunto de reglas de derecho familiar que forman un todo orgánico y producen una serie de relaciones a partir de un acto único y fundamental, que se toma como punto de partida y como base.

Adopto el artículo 139 el concepto romano de sponsalia de futuro, es decir, se trata de un acuerdo de voluntades hecho por escrito por dos personas de diferente sexo con miras de realizar un matrimonio en el futuro.

"En nuestra doctrina la naturaleza jurídica de esta figura esta en entre dicho pues algunos se refieren a ella como un contrato otros como un acto jurídico".³⁴

Efraín Moto Salazar y José Miguel Moto.-"La institución de los esponsales consiste en una promesa de matrimonio reglamentada por la ley".³⁵

Marcel Planiol y Georges Ripert.- "Se llama esponsales a la mutua promesa de casarse que se hacen un hombre y una mujer. En Francés esponsales es Fiancailles y el verbo "francer" tenía antiguamente el sentido general de comprometer la propia fe; solo se ha conservado en uso, tratándose de la promesa de matrimonio".³⁶

³¹ Comentario del Código Civil, Tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 2000, p. 609.

³² Comentario al Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia, Tomo I, Ed. Trivium, Madrid, 1991, p. 498-499.

³³ Derecho Civil Español, común y foral. Tomo V, Vol. I, Edición Reus, 1994, pp. 171-173.

³⁴ Pérez Duarte y N, Alicia Elena. Derecho de Familia, 3era Edición, Editorial UNAM, México, 1994.

³⁵ Elementos de Derecho, 44ª Edición. Editorial Porrúa, 1998.

³⁶ Marcel Planiol y Georges Ripert, Tratado Elemental de Derecho Civil, Segunda Edición, Editorial Cárdenas, México, 1991.

Edgar Baqueiro Rojas.- Esponsales consiste en un periodo de convivencia entre los futuros contrayentes conocido con el nombre de noviazgo considerando que al formalizarse la relación que este implica, ambos se entenderán comprometidos a celebrar un próximo matrimonio.

"A este periodo es inherente la promesa de la celebración formal del acto matrimonial por lo que constituye el acto previo al matrimonio".³⁷

Rafael de Pina Vara.- La palabra esponsales significa promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada.

En roma forma solemnis sponsio que sustitúan un verdadero contrato. En el lacio hasta que sus habitantes adquirieron la Ciudad Romana esas promesas tenían plena obligatoriedad jurídica. De acuerdo con el derecho de los decretales del Concilio de Trento, los esponsales producían, en el fuero interno y el externo, la obligación de contraer matrimonio, que sea válida y no haya causa alguna que excuse de cumplirla, no da acción para pedir la celebración del matrimonio, si no únicamente para exigir la reparación de daños en el caso de que existan. "Los esponsales de acuerdos con el Código Civil no producen obligación de contraer matrimonio ni en ellos puede estipularse pena alguna por incumplimiento de la promesa pero el que difiere indefinidamente su cumplimiento o de motivo grave para su rompimiento pagará el daño moral".³⁸

Los esponsales, por lo tanto, según el derecho mexicano no está sujeto a las normas de los contratos, ni producen obligatoriedad que sería necesaria para sostener su naturaleza contractual.

Alejandro Ramírez Valenzuela.- Previamente al matrimonio, existe una promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada, a este acto se le llama esponsales. Solamente lo pueden hacer el hombre que haya cumplido 16 años y la mujer de 14 años.

No representa una obligación de tipo legal para contraer matrimonio, no se estipula sanción o pena alguna en caso de no cumplirla.

La obligación de indemnizar al prometido a prometida inocente, pagando la persona que sin causa grave se negare a cumplir su compromiso causando un daño moral debido a la duración del noviazgo, o la intimidad de las relaciones entre los prometidos, a la publicidad de dichas relaciones o a otras causas semejantes que perjudiquen la reputación del prometido inocente u ofendido.

³⁷ Edgar Baqueiro Rojas (Derecho de Familia y Sucesiones, Ed. Harla, México 1990, 3era. Edición. Pág. 42, 47,55.

³⁸ Rafael de Pina Vara. Elementos de derecho civil Mexicano. 7Edición. Vol. I, Editorial Porrúa, México, 1975, Pág.322 a329.

La reparación de los daños ocasionados deberá hacerse sentir dentro de un plazo no mayor a un año contado de la fecha de la negativa para la celebración del matrimonio.

En caso de que el matrimonio no se celebre, los prometidos tendrán derecho a exigir la devolución de los bienes que se hubieren donado con motivo de la celebración del proyectado matrimonio.

"No es necesario que se celebren esponsales antes del matrimonio pues este puede efectuarse de modo directo sin que exista previamente la promesa hecha por escrito y aceptada a la cual se llama esponsales".³⁹

1.5. La promesa de matrimonio en la Legislación.

En nuestra cultura la celebración del matrimonio debe cubrir tres etapas: la prematrimonial, la celebración propia del acto y el estado matrimonial.

La etapa prematrimonial, regulada jurídicamente como de los esponsales, y que consiste en un periodo de convivencia entre los futuros contrayentes conocido con el nombre de noviazgo, considerando que al formalizarse la relación que éste implica, ambos se entenderán comprometidos a celebrar un próximo matrimonio.

A este periodo es inherente la promesa de la celebración formal del acto matrimonial, por lo que constituye el acto previo al matrimonio.

Anteriormente, cuando a la promesa se le daba determinada solemnidad, se hablaba de la celebración de esponsales o esponsales de futuro, para distinguir al periodo del estricto matrimonio de presente.

Tanto en el derecho romano como en el derecho canónico y en los derechos anteriores a las codificaciones, se consideró que la promesa de matrimonio no obligaba cumplirla, y que solo daba lugar a una acción de indemnización, aun cuando el derecho canónico todavía considera que existe una obligación de carácter moral, cuyo rompimiento compromete a su reparación.

Doctrinalmente, esta institución se maneja en sus dos acepciones:

- 1.- Esponsales de presente, como sinónimo de matrimonio.
- 2.- Esponsales de futuro, entendidos como promesa de un matrimonio.

En la actualidad, los esponsales como promesa futura de un matrimonio hecha formalmente han caído en desuso, aunque todo matrimonio supone un acuerdo previo de celebración.

³⁹ Alejandro Ramírez Valenzuela, Elementos de Derecho Civil.

Al referirse a ellos el Código Civil para el Distrito Federal no los califica ni de presente ni de futuro, ya que solo considera esponsales a la promesa de celebrar matrimonio, efectuada por escrito, y que es aceptada.

En el Código Familiar y de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo podemos encontrarlos como una fuente de obligación, y un acuerdo de voluntades que debe ser hecha ante el Oficial del Registro del Estado Familiar o ante Notario Público.

En nuestro derecho anteriormente, para la celebración de esponsales deben satisfacerse los mismos requisitos establecidos para la celebración del matrimonio, aun cuando se discute si los invalida la existencia de un impedimento, aunque este pueda ser subsanado en lo futuro; por ejemplo la existencia de un matrimonio anterior, cuya disolución por nulidad o divorcio haya sido demandada. En general, los requisitos legales para la celebración de los esponsales se resumen en: de forma escrita, diferencia de sexo, consentimiento, pubertad legal, autorización de los padres, tutores y judicial o administrativa y ausencia de impedimentos.

Los esponsales no producen obligación de contraer matrimonio ni en ellos puede estipularse pena alguna por no cumplir la promesa. Así lo disponía el Código Civil del Distrito Federal, de acuerdo con la tradición, la doctrina y el derecho comparado. El objeto de los esponsales es que solo producen efectos en caso de incumplimiento, se ha dicho que no son sino un periodo de prueba y, por consiguiente, excluyen todo compromiso definitivo, pues la libertad en el conocimiento para el matrimonio debe ser absoluta.

Partiendo de estas premisas podemos señalar que aunque la referida institución no obliga a contraer el matrimonio prometido, si obliga al cumplimiento de otras consecuencias generadas, como en los siguientes casos:

- 1.-El que sin causa grave rehusare cumplir su compromiso o difiriera indefinidamente su cumplimiento, incurre en responsabilidad.
- 2.-Aquel que de causa o motivo grave para que el otro rehusare el matrimonio incurre en responsabilidad.

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

- 1.-Pago de una indemnización por los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del matrimonio proyectado.
- 2.-Pago de indemnización a título de reparación moral, por parte del prometido culpable, en los casos de larga duración del noviazgo, intimidad de los prometidos, publicidad de las relaciones u otras causas que provoquen grave daño a la reputación del prometido inocente.

La indemnización moral será fijada prudentemente por el Juez. Un razonamiento que debemos tomar en cuenta es si debe concederse la reparación aun cuando la promesa no se haya otorgado por escrito, puesto que se deduce de las propias relaciones entre los prometidos.

3.- Devolución de obsequios, en tanto los prometidos tienen derecho a exigir lo que se hubieren donado con motivo del matrimonio proyectado.

El punto de vista que se encuentra ante un negocio jurídico de derecho de familia que exige bilateralidad para su completa configuración en el que podemos encontrar un contenido muy concreto. Un trabajo de estas características no parece tan relevante, la discusión sobre la naturaleza jurídica como el estudio de los posibles efectos que se deriven.

Se presupone que los sujetos de la estipulación son los mismos que en los esponsales, los futuros contrayentes, por lo que las estipulaciones entre un tercero asuma una obligación para el caso de que no se celebre en matrimonio serán válidas, pues no afectan la libertad de los contratantes.

En contraposición a la regulación previa a 1981, nada se señala respecto de la forma, con lo que parece que cualquiera que sea esta, surtirá efecto a la promesa. Obviamente siempre debe probarse la existencia de la misma, cuestión que puede resultar problemático en algún caso debido a la posibilidad de celebración sin exigencia de requisito formal de ningún tipo. "Respecto del contenido de la promesa, parece posible distinguir un contenido necesario y un contenido voluntario. Acerca del contenido necesario, parece evidente que debe constar en todo caso el deseo de ambas partes de contraer futuro matrimonio, pudiendo ya determinarse por las partes más o menos, especificando una serie de circunstancias adicionales de interés".⁴⁰

1.6. Estudio comparativo con otros conceptos dados en diferentes legislaciones de la República mexicana.

El estudio comparativo que a continuación realizaremos corresponde a algunos Estados de la República Mexicana en donde todavía se encuentran en vigencia los esponsales ya que mi propósito es realizar la comparación entre diferentes lugares y el motivo por el cual se han realizado diversas reformas ha esta figura jurídica.

⁴⁰ Delgadillo H. Luis. Introducción al Derecho Positivo Mexicano, 2ª Edición. Editorial Limusa, México, 1994.

*Código Civil para el Estado de Tlaxcala.
Título Tercero del Matrimonio, Capítulo I, "De los esponsales".*

Artículo 39.- La promesa de matrimonio, que se hacen mutuamente el hombre y la mujer, constituye los esponsales.

Solo pueden prometerse en matrimonio los que tienen la edad requerida para contraerlo.

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

Artículo 40.- El que sin causa grave, a juicio del juez, rehusare cumplir su compromiso de matrimonio o difiera indefinidamente su cumplimiento, pagará los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del matrimonio proyectado.

En la misma responsabilidad incurrirá el prometido que diere motivo grave para el rompimiento de los esponsales.

También pagará el prometido que sin causa grave falte a su compromiso, una indemnización a título de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes, el rompimiento de los esponsales cause un grave daño a la reputación del prometido inocente.

La indemnización será prudentemente fijada en cada caso por el Juez, teniendo en cuenta los recursos del prometido culpable y la gravedad del perjuicio causado al inocente. Si el matrimonio no se celebra, tiene derecho los prometidos a exigir la devolución de lo que se hubieren donado con motivo del su concertado matrimonio.

Este derecho durará un año contado desde el rompimiento de los esponsales.

Artículo 41.- "Las acciones a que se refiere el artículo que precede solo pueden ejercitarse dentro de un año, contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio".⁴¹

*Código Civil para el Estado de Sonora
Título Quinto del Matrimonio, Capítulo I, De los esponsales.*

Artículo 232.- La promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada constituye los esponsales. La aceptación se presume mientras no se demuestre lo contrario.

⁴¹ Código Civil para el Estado de Tlaxcala. 6ta Edición, Editorial Cajica, Puebla, México 1998, Pág. 22 y 23.

Artículo 233.- Solo pueden celebrar esponsales el hombre y la mujer de 16 y 14 años respectivamente.

Artículo 234.- Cuando los prometidos son menores de edad los esponsales no producen efectos jurídicos sino han consentido en ellos sus representantes legales

Artículo 235.- Los esponsales no producen obligación de contraer matrimonio, ni en ellos puede estipularse pena alguna por no cumplir la promesa.

Artículo 236.- El que sin causa grave, a juicio del juez, rehusare cumplir su compromiso de matrimonio o difiera indefinidamente su cumplimiento, pagará los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del matrimonio proyectado.

En la misma responsabilidad incurrirá el prometido que diere motivo grave para el rompimiento de los esponsales. También pagará el prometido que sin causa grave falte a su compromiso.

Artículo 237.- Las acciones a que se refiere el artículo que precede solo pueden ejercitarse dentro de un año, contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio.

Artículo 238.- "Si el matrimonio no se celebra, tiene derecho los prometidos a exigir la devolución de lo que se hubieren donado con motivo de su concertado matrimonio. Este derecho durará un año contado desde el rompimiento de los esponsales".⁴²

En el Código Civil para el Estado de Tamaulipas en el Título Tercero del matrimonio Capítulo I "De los esponsales". En los artículos 124 al 129 se encuentran descritos los esponsales.

Solamente los artículos que cambian son los siguientes:

Artículo 128.- Las acciones a que se refiere el artículo que precede solo pueden ejercitarse dentro de los seis meses contados desde el día del rompimiento de los esponsales.

"Al igual que hace mención de lo que haya sido donado para su reclamación también se da el término de seis meses".⁴³

⁴² Código Civil para el estado de Sonora, Título Quinto del Matrimonio, Capítulo I, "De los esponsales". Editorial Anaya, Art. 232 al 238.

⁴³ Código Civil para el Estado de Tamaulipas en el Título Tercero del matrimonio, Capítulo I, "De los esponsales". Editorial Cajica actualizada en los artículos del 124 al 129. Pág. 48 y 49.

"En el Código Civil para el Estado de Sinaloa los encontramos en el Título Quinto del Matrimonio, Capítulo I, De los esponsales, en los artículos 139 al 145 se encuentra conservada la misma secuencia sobre ellos al igual que el término de ejercitar acciones por incumplimiento es de un año contado a partir del rompimiento de los esponsales". ⁴⁴

"En el Código Civil para el Estado de Campeche en Título Quinto de l Matrimonio, Capítulo I, De los esponsales, en los artículos 150 al 158 encontramos de nuevo esta figura con la misma secuencia que en los anteriores al igual presentado con término un año para ejercitar acciones en caso de incumplimiento". ⁴⁵

"En el Código Civil para el Estado de Tabasco en el Título Sexto del matrimonio Capitulo I "De los esponsales" en los artículos 151 y 152 encontramos esta institución con las mismas reglas y términos. " ⁴⁶

"En el Código Civil para el Estado de Chiapas a pesar de que conserva esta institución en el Título Quinto del Matrimonio, Capitulo I "De los esponsales en los artículos 136 al 142. Ya han sido derogados pero siguen editándose por asuntos pendientes al entrar en vigencia la reforma que se realizo. " ⁴⁷

En lo correspondiente a los Códigos revisados con anterioridad, en cada uno de ellos encontramos la misma secuencia en los artículos, teniendo como cambio solamente los términos en caso de incumplimiento.

Pero todavía en vigencia aunque no se realicen esponsales en la actualidad; al igual encontramos que en algunos Estados de la República se han derogado los esponsales por ser una institución obsoleta que no se adecua a las necesidades de ellos.

⁴⁴ Código Civil para el Estado de Sinaloa en el Título Quinto, Capítulo I, "De los esponsales" en los artículos 139 al 145. Pág. 38 a la 39.

⁴⁵ Código Civil para el Estado de Campeche en el Título Quinto del Matrimonio, Capítulo I, "De los esponsales". Artículos 150 al 156. Editorial Anaya, Edición 1998, Pág. 40 y 41.

⁴⁶ Código Civil para el Estado de Tabasco en el Título Sexto del Matrimonio Capítulo I, "De los esponsales" en los artículos 151 al 152.

⁴⁷ Código Civil para el Estado de Chiapas en el Título Quinto del Matrimonio, Capítulo I "De los esponsales", en los artículos 136 al 142.

1.7. Institución de esponsales en desuso en nuestros días.

No es necesario que se celebren esponsales antes del matrimonio, pues este puede efectuarse de modo directo sin que exista previamente la promesa hecha por escrito y que es aceptada.

Es de común ocurrencia que las personas se comprometen a unir sus vidas mediante la celebración de un matrimonio y a menudo sucede que, en actos privados, se producen esos compromisos.

Es un hecho privado que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo, y que no produce obligación alguna ante la ley civil.

No se podrá alegar esta promesa ni para pedir que se lleve a efecto el matrimonio, ni para demandar indemnización de perjuicios. De acuerdo con este precepto, la promesa de celebrar un matrimonio, es un compromiso meramente moral, no legal, sometido en su totalidad a la propia conciencia de quienes lo hayan celebrado. Por lo tanto, no crea ningún vínculo jurídico, en cuanto que no produce obligaciones de ninguna clase frente a la legislación civil.

Son cuando mucho un acto humano bilateral, por suceder entre un hombre y una mujer que prometen casarse, promesa de matrimonio mutuamente aceptada, pero que consisten en un acto privado que las leyes someten enteramente al honor y conciencia del individuo.

Por otra parte, parece quedar sin poder ser exigible jurídicamente todo aquello que se hubiese pactado, que no se oriente exclusivamente a especificar la promesa de matrimonio y las consecuencias pactadas para el caso de incumplimiento, dado que niega eficacia jurídica, y esta norma debe interpretarse restrictivamente. "Es decir, no debe existir problema para que se establezcan a lo largo, siempre que no afectan a la exigibilidad de ella, o a las consecuencias pactadas para el cumplimiento, dado que serán casos en los que no se afecta a la libertad para emitir el consentimiento matrimonial."⁴⁸

Se pueden señalar un par de cuestiones que deben estar presentes. En primer lugar, pese a la existencia de promesa de contraer matrimonio, no existe obligación de contraerlo, pues atenta contra la libertad que debe regir en este campo.

En segundo lugar, tampoco hay obligación de cumplir aquello estipulado para el supuesto de no celebración, pues es ineficaz esta promesa.

⁴⁸ Martínez Ramos Martha Elena. Inaplicabilidad de los esponsales en el matrimonio. 3era Edición. Editorial FCE. México 1994.

Esta promesa se extingue, sin necesidad de reparación por celebración del matrimonio, por imposibilidad de cumplimiento, por mutuo disenso o por resolución unilateral con causa.

En cuantas ocasiones ha ocurrido que ya fijado el compromiso se cancela, ante tales circunstancias existe una figura jurídica denominada "esponsales", medio que la ley otorgaba para proteger los intereses de los prometidos.

En algunos países como lo es China, contraer matrimonio se hizo más fácil, el gobierno deroga el requisito de que las parejas obtengan permiso de sus patronos antes de casarse.

La derogación forma parte de las reformas sociales para liberar la vida de sus ciudadanos del control gubernamental. En cambio entro en vigencia el Día Nacional de China, fecha anual en la que aumentan los casamientos. Muchas de las parejas postergaron sus sponsales hasta que entrara en vigencia el cambio y hubo largas filas de prometidos antelas oficinas gubernamentales de todo el país. El gobierno menciona que decenas de millones de chinos pueden solicitar ahora pasaporte sin obtener la aprobación de sus patronos.

"Al igual que muchas funciones estatales, el permiso para contraer matrimonio pasó a ser una fuente de corrupción para los funcionarios públicos, que pidieron sobornos a cambio de aprobar las licencias matrimoniales." ⁴⁹

⁴⁹ Juárez Silvia. Apuntes de nociones de Derecho Positivo Mexicano, Atoyac, México, 1999.

Capítulo 2

2.1. Régimen Jurídico utilizado en el Código Civil del Distrito Federal actualmente derogado.

La razón primordial por la cual los esponsales fueron derogados, es que ante todo en caso de ruptura no excusable de esponsales, el prometido inocente no tiene acción para obligar al compromitente a contraer matrimonio, pues el bien común supremo de que el matrimonio es en su celebración acto esencialmente libre, en razón de ser imprescindible en el *affectus maritalis*, impuesta al legislador a no favorecer la celebración de matrimonio en su celebración de matrimonios donde difícilmente podrá existir la comunidad plena de vida.

Pero el prometido inocente si tiene acción para reclamar la indemnización económica de los daños causados y, estimamos nosotros, la declaración solemne del culpable o del Juez de la inexistencia de causa para la ruptura, a los efectos de la buena fama, usando de la acción declarativa de jactancia.

Leemos en él artículo 160 del Código Civil: la ley no reconoce esponsales de futuro. Este artículo fue reproducido literalmente en el artículo 156. La ley contiene un artículo que dice: la promesa de matrimonio no obliga a celebrar el contrato; pero si fuere hecha por escrito, obligará al que la hace a responder a la otra parte de los daños y perjuicios que la ocasionare por la falta de cumplimiento de dicha promesa.

El Código Civil donde anteriormente se encontraba vigente contiene un Capítulo Primero en el Título Quinto del Libro Primero, la promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada, constituye los esponsales. Expresa a continuación que solo puede celebrar esponsales el hombre que ha cumplido 16 años y la mujer que ha cumplido 14 años. Cuando los prometidos son menores de edad, los esponsales no producen efectos jurídicos si no han consentido en ellos sus representantes legales.

Consideraremos brevemente los efectos de los esponsales, las acciones a que se dan lugar, y los efectos de la ruptura de los mismos. En nuestro medio, anticipémoslos, y durante nuestra ya bien larga práctica en el ejercicio de la abogacía jamás hemos tenido conocimiento tampoco de acción alguna que se hubiere entablado por una de las partes en contra de la otra. Los esponsales no están ya a tono con el agitado mundo en que vivimos.

Nada perdería si se omitiera el contrato, suprimiendo los artículos del 139 al 145, inclusive, de nuestro Código Civil. Ejemplo "(Todavía en Preparatoria, al dilecto amigo Antonio Méndez Fernández y su encantadora novia, celebraron esponsales ante párroco, en el Estado de Veracruz, con gran consternación de las respectivas familias, los novios perseveraron, su matrimonio es feliz.)".¹

Los esponsales no producen ninguna obligación, ni en ellos se puede estipular alguna.

Anticipemos ante todo que las acciones a que se refiere el artículo 143, solo pueden ejercitarse dentro de un año, contado a partir del rompimiento de los esponsales, hecha esta salvedad recordemos el texto del artículo 143 dividiéndolo en tres partes:

- a) El que sin causa grave, a juicio del Juez, rehusare cumplir su compromiso de matrimonio o difiera indefinidamente su cumplimiento, pagará los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del matrimonio proyectado.
- b) En la misma responsabilidad incurrirá el prometido que diere motivo grave para el rompimiento de los esponsales.
- c) También pagará el prometido, que sin causa grave falte a su compromiso, una indemnización a título de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre ellos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes, el rompimiento de los esponsales cause grave daño a la reputación del prometido inocente.

Notemos que, en este último caso, la indemnización será prudentemente fijada en cada caso por el Juez, teniendo en cuenta los recursos del prometido culpable y la gravedad del perjuicio causado al inocente.

"Si el matrimonio no se celebrará, tienen derecho los prometidos de exigir la devolución de lo que se hubieren donado con motivo de su concertado matrimonio. Este derecho durará un año contado desde el rompimiento de los esponsales. (Artículo 145)".²

Nuestros legisladores en la ley resucitaron por la tanto una institución que históricamente ha venido perdiendo importancia jurídica al desaparecer las circunstancias sociológicas que la originaron.

¹ De Ibarrola Antonio. Derecho de Familia. 3era Edición. Editorial Porrúa, México, 1984. Pág. 167 a 172.

² Magallon Ibarra, Jorge Mario. El matrimonio, (Sacramento, Contrato, Institución). 4ta Edición. Editorial Mexicana. México, 1995.

Mientras surgen las actuales, quizá excesivas facilidades de relaciones amistosas entre los jóvenes de distinto sexo, no serán tampoco necesarias las convenciones esponsalicias para adquirir con el trato el conocimiento de las condiciones de los futuros esposos.

Socialmente sería aconsejable tratar de evitar en nuestro medio la facilidad de la seducción durante el trato nubial y, establecer en su caso una garantía de eficaz indemnización a la víctima, que hoy, aun siendo menor de edad, se ve ordinariamente burlada (pues no suele prosperar la demanda de indemnización de daños en su caso alguno) y desgraciada su vida. Durante el noviazgo debe la mujer defender a toda costa su pureza. Entendámoslo bien: en la inmensa mayoría de los casos el hombre y la mujer son pocos honestos para comprometerse.

Por lo que hace el artículo 145, recordemos la definición que da la Scaevola a las donaciones esponsalicias: todos aquellos actos de liberalidad, por los cuales una persona, antes de contraerse al vínculo, y en consideración a este, dispone gratuitamente de una cosa a favor de uno de los cónyuges.

Por lo tanto, el precepto hace mal en considerar que únicamente uno de los prometidos pueden donar al otro alguna cosa: la donación esponsalicia consiste en esto; en regalos mutuos o ajenos, con motivo de una nupcias futuras acordadas, los cuales regalos o donaciones esponsalicias, no son donaciones con condición suspensiva como afirma Sánchez Román, ni son condición resolutoria, como afirma De Buen, sino *sui generis*, es decir, hijas de una situación creada que se perfecciona desde luego, pero que no dependen del cumplimiento de ninguna condición (salvo la que les da nacimiento).

Ni aun de la celebración, perderían el carácter de subordinadas a la condición de su celebración, perderían el carácter que las distingue para convertirse en una donación mas por razón del matrimonio cuando la realidad es que una donación ante la promesa de un matrimonio que se ha acordado contraer, y de aquí que las mismas pudieren ser revocadas o no, pero simplemente con las reglas generales de revocación de las donaciones, o en los que imperan en las mismas en orden a las relaciones sociales en forma tal que escapan muchas veces dictados a las reglas del legislador, pero no por el solo hecho de no haber matrimonio.

Hemos de tener siempre presente la advertencia que hace Planiol de que debe distinguirse cuidadosamente en Derecho Canónico y lo mismo sucede en Derecho Civil, las dos especies de compromisos relacionados con el matrimonio. El uno contiene el consentimiento actual de tomarse y entregarse mutuamente por marido y mujer. Este *consensus de praesentis* es el matrimonio mismo en sí, al que falta tan solo la consumación, por lo que hace a la *desponsatio per verba de futuro*, queda la simple promesa de contraer mas tarde el matrimonio, esta hace simplemente prometidos (recuérdese el inolvidable libro de Manzoni *i promessi sponsi*), mas no cónyuges.

"Los dos compromisos llevaban igualmente el nombre de sponsalia, pero eran bien distintos. La distinción queda perfectamente establecida en el siglo XII. Planiol obtienen la mayoría de sus datos de la obra de *Esmein Le mariage en droit canonique*".³

Los esponsales en forma alguna pueden seguir la misma suerte que los demás contratos preparatorios. Recordemos que en cuanto a estos, puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro. La promesa de contratar. Ósea el contrato preliminar de otro, puede ser unilateral o bilateral.

La promesa de contrato solo da origen a obligaciones de hacer consistentes en celebrar el contrato respectivo de acuerdo con lo ofrecido.

Ya arriba quedo expuesto él porque no es posible en materia tan delicada, como es el matrimonio, forzar a unos novios que ya no desean casarse a contraer matrimonio y evitarse restituir daños que cualquiera de los dos podrían pagar.

2.2. Regulación de los esponsales en el Estado de Hidalgo.

La institución que regulaba el compromiso que se realizaba antes de contraer matrimonio, aceptada en un principio de palabra y con el tiempo de manera escrita fue llamada, *sponsalia* (o esponsales como comúnmente los encontramos en la ley e n algunos E stados como Hidalgo, T abasco, Sonora, S inaloa, etc.), todavía esta en vigencia; sin embargo en esta época carecen de elementos para su existencia, y jurídicamente hablando es una figura totalmente en desuso ya que las costumbres de nuestro país se han ido modificando constantemente.

En el Código Civil del Estado de Hidalgo, en el Título Quinto del Matrimonio Capítulo Primero, De los esponsales, que comprende los artículos 141 al 147 de los cuales se realiza el siguiente estudio:

Artículo 141. -La promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada, constituye los esponsales.

En este artículo cabe mencionar que actualmente ninguna pareja que tiene planeado contraer matrimonio realiza esponsales, incluso no se sabe de la existencia de esta figura jurídica, por ello encontramos sino imposible, más difícil la forma de realizarla por escrito.

Artículo 142.- Solo puede celebrar esponsales el hombre que ha cumplido dieciséis años y la mujer que ha cumplido catorce.

³ Planiol, Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil, 1era Edición, Tomo I Editorial Cajica. Puebla, 1983. Pág. 403 a 406.

Ahora bien es cierto, que aun cuando se tenga la edad mencionada en la ley, bastaría solamente con el consentimiento de los tutores legales de los contrayentes para que se llevará a cabo el matrimonio.

Artículo 143.- Cuando los prometidos son menores de edad los esponsales no producen efectos jurídicos, si no han consentido en ello sus representantes legales.

Esta es una clara idea de él porque los esponsales han caído en desuso ya que sin el consentimiento de los representantes legales queda sin efecto el compromiso realizado.

Artículo 144.- Los esponsales no producen obligación de contraer matrimonio, ni ellos pueden estipularse pena alguna al no cumplir la promesa.

Con ello se llega a la conclusión de que su existencia no tiene eficacia jurídica y simplemente debe ser manejado como lo que es, un acto solemne.

Artículo 145.- El que sin causa grave a juicio del Juez rehusare cumplir su compromiso de matrimonio o postergue indefinidamente su cumplimiento, pagará los gastos que la otra parte hubiera hecho con motivo del matrimonio proyectado.

En la misma responsabilidad incurrirá el prometido que diere motivo grave para el rompimiento de los esponsales.

También pagará el prometido que sin causa grave falte a su compromiso, una indemnización a título de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida entre los prometidos, la publicidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes.

El rompimiento de los esponsales causare un grave daño a la reputación del prometido inocente.

La indemnización será prudentemente fijada en cada caso por el Juez, teniendo en cuenta los recursos del prometido culpable y la gravedad del perjuicio que se hubiere hecho al inocente.

El punto más importante de este artículo es la mención del pago de la indemnización que debe hacer el prometido culpable al inocente y la cual será fijada por el Juez sin embargo la parte inocente no puede demandar mas de lo que el Juez determine.

Artículo 146.- Las acciones a que se refiere el artículo que precede, solo pueden ejercitarse dentro de un año, contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio.

En este caso se fija un término para ejercitar la acción, más si se llegará a realizar dicha acción solamente convendría por la recuperación de los gastos hechos en reparación del daño moral y será difícil que se hiciera alguna reclamación de otro tipo.

Artículo 147.- "Si el matrimonio no se celebrare, tienen derecho a exigir la devolución de lo que hubieren donado con motivo de su concertado matrimonio".⁴

Este derecho durará un año, contado desde el rompimiento de los esponsales.

En cuanto a las donaciones hechas no hace mención de que hayan sido hechas ante Notario Público o si se refiere a cualquier tipo de donaciones las cuales serían muy difícil de comprobar por parte del el prometido inocente, que es todo lo que se hubiese donado a la parte que no cumpliera con dicho compromiso.

Por último cabe mencionar que si los esponsales han dejado de realizarse es por el hecho de que no los encontramos establecidos como un requisito para contraer matrimonio.

En el Código Familiar y de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo en el Capítulo Segundo de los artículos 7 al 10 encontramos la figura de los esponsales (que ya ha sido derogada en el Código Civil), pero que se sigue editando por asuntos pendientes que había al entrar en vigencia su derogación.

Algo que es de llamar la atención es el hecho de que en una ley primordial como lo es el Código Civil ya no existe, pero en una ley secundaria se regule ahora y con elementos todavía menos comunes en la actualidad, por ello se realiza el siguiente estudio:

Artículo 7.- Los esponsales son fuente de obligaciones cuando se otorgan por escrito, sean aceptados por los presuntos esposos y ratificados ante Oficial del Registro del Estado Familiar o un Notario Público.

No se encuentra razón alguna para decir que los esponsales son fuente de obligaciones ya que en ellos no puede estipularse como obligación el contraer matrimonio aunque los presuntos esposos acepten comprometerse.

La Ratificación de los esponsales ante autoridades que gozan de fe pública tiene verdaderas desventajas ya que en caso de incumplimiento debería haber la intervención de alguna de ellas, y esto no es posible ya que ninguna de las autoridades antes mencionadas pueden obligar a su cumplimiento.

⁴ Código Civil para el Estado de Hidalgo. Título Quinto, Capítulo I, De los esponsales, Artículo 141 al 147. Editorial Cajica. 3era Edición, Puebla, México, 2003. Pág. 43 a 44.

Artículo 8.- Pueden celebrar esponsales, el hombre y la mujer que han cumplido 18 años, conforme al requisito de la edad para contraer matrimonio.

En ningún momento se menciona que sea requisito para contraer matrimonio aunque se ha dejado a un lado a los menores de edad, los cuales no podrán realizar esponsales, por escrito y ante autoridad pública, pero dejan la posibilidad abierta de que puedan comprometerse de palabra y posteriormente con la autorización de sus representantes legales contraigan matrimonio.

Artículo 9.- Los pretendientes pueden estipular alguna sanción para el caso de incumplimiento de los esponsales.

No se hace mención de la intervención de ninguna autoridad pública para regular dicha sanción ni para demandar en caso de incumplimiento.

Artículo 10.- "Si alguno de los pretendientes, rehusare cumplir su promesa de matrimonio o la difiriera definitivamente, tendrá la responsabilidad de indemnizar con motivo del matrimonio prometido a la parte inocente".⁵

Esta acción puede ejercitarse dentro de un lapso de seis meses, contados a partir del vencimiento de la promesa. Con ello se deja fuera la indemnización por daño moral que se venía manejando con anterioridad.

Dejando más abierta la posibilidad de que no existe una obligación para contraer matrimonio y disminuyendo el caso de pedir indemnización por daño moral y la devolución de las donaciones hechas entre los presuntos esposos.

2.3. Naturaleza Jurídica de los esponsales.

La doctrina ha pretendido fundar el derecho a la reparación en dos fuentes de las obligaciones, que han generado dos distintas tendencias para establecer la naturaleza jurídica de los esponsales.

1.- La que considera a los esponsales como un verdadero contrato de prestación personal cuyo cumplimiento no puede obtenerse coactivamente dando lugar solo la reparación compensatoria por vía de indemnización (semejante al contrato de prestación de servicios profesionales, en los que el contrato obliga a cumplir el trabajo prometido. Si bien en caso de incumplimiento no puede forzarse a contraer matrimonio, se genera la obligación de pagar los daños y perjuicios causados).

⁵ Código Familiar y de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo, Capítulo Segundo, "De los esponsales", Artículo 7 al 10. Editorial Cajica, Puebla, México 2003, Pág. 19 a 20.

2.- La que considera a los esponsales como un hecho ilícito. Esta tendencia niega que el acuerdo de voluntades es el creador de la obligación de contraer matrimonio, y solo su rompimiento genera la obligación de indemnizar, por ser el incumplimiento de lo prometido contrario a la ley, a la moral y a las buenas costumbres.

"De esta manera sé esta ante un hecho ilícito ya que la celebración de los esponsales es solo un presupuesto necesario para la acción ilegal o inmoral".⁶

No obstante que los esponsales constituyen un contrato en el cual se promete y acepta, por parte de los novios, la celebración del futuro matrimonio, se distinguen del ante contrato o contrato preparatorio que regulaban los artículos 2243 a 2247 del Código Civil, en que no producen obligación de contraer matrimonio, en tanto que el contrato definitivo a que una de las partes o ambas se han obligado.

En este sentido el artículo 2243 estatuye: puede asumirse contractualmente la obligación de celebrar un contrato futuro.

Esta obligación puede contraerse solo por una o ambas, de tal manera que el contrato preparatorio puede ser unilateral o bilateral.

En ambos casos, el prominente (si se trata de una promesa unilateral), o ambos prominentes, (si fuere bilateral), queda obligados a celebrar el contrato futuro, exigiéndose conforme al artículo 2246 que la promesa de contratar conste por escrito, se limite a cierto tiempo y contenga los elementos característicos del contrato definitivo.

Dicha promesa origina obligaciones, consistentes en celebrar el contrato respectivo de acuerdo con lo ofrecido (Artículo 2245). El Juez firmará en rebeldía del promitente el contrato definitivo, quedando así sancionado de manera coactiva la fuerza obligatoria de la promesa. (Artículo 2247).

Las características antes mencionadas no se encuentran en un contrato de esponsales, que aun cuando tiene por objeto prometer la celebración de un matrimonio futuro no produce, sin embargo, la obligación de contraerlo.

La secular experiencia del antiguo derecho canónico y la más reciente de los países anglosajones, (que no han acogido en su derecho el rígido principio del Artículo 79), muestran los gravísimos inconvenientes de coaccionar en la forma que fuere, (directamente o indirectamente) a contraer matrimonio.

Mientras los intereses particular y general exigen que cada uno de los contrayentes, hasta el momento de la celebración, siga siendo libre de

⁶ De Ibarrola Antonio. Derecho de Familia. 3era Edición. Editorial Porrúa, México, 1984. Pág. 167 a 172.

arrepentirse y apartarse de la promesa hecha, (sin que por ello se amenace con otros males que los extraños al mundo del derecho) y que no esta en mano del legislador impedir en los casos particulares.

Ni que decir también de esta libertad de apartamiento puede ser (y es en muchos casos) fuente de gravísimos males; pero comparando los daños que se tendrían forzando directamente o reconociendo valor al pacto que se hubiese formado del pago de una pena para el caso de desistimiento de la promesa de matrimonio y los que se tiene dejando la absoluta libertad de hacerlo, ha considerado el legislador (y la conciencia común esta con él) que serían muy superiores los primeros a los segundos.

"Es libre pues hasta el ultimo momento el arrepentimiento, dilema que se deja a la conciencia de cada cual sin sacrificarse por cumplir con la palabra empeñada y contraer un matrimonio que ya no se desea, o hacer uso de la libertad en que el legislador lo deja".⁷

Sus efectos en nuestro derecho, para el incumplimiento, son las declaradas en el artículo 143 que dice: el que sin causa grave a juicio del Juez rehusare cumplir su compromiso de matrimonio o difiera indefinidamente su cumplimiento, pagará los gastos que la otra parte hubiere hecho con motivo del matrimonio proyectado.

En la misma responsabilidad incurrirá el prometido que diere motivo grave para el rompimiento de su compromiso y deberá pagar una indemnización a título de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad de las relaciones establecidas entre los prometidos, la publicidad, la proximidad del matrimonio u otras causas semejantes, el rompimiento de los esponsales provoque un grave daño a la reputación del prometido inocente.

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

Los efectos de los esponsales en Roma, eran los siguientes:

Atribuir acción al prometido contra un tercero que hubiere injuriado a la prometida: atribuirle acción contra la prometida en caso de que ella tuviera relación sexual con un tercero; atraer el dicitio de infamia sobre quien contrajese nuevos esponsales sin haber roto previamente los anteriores y crear a favor de la prometida que entregaba su dote, los mismos privilegios que correspondían a la legítima esposa después de establecerse el estado matrimonial.

⁷ Arturo Carlo Temolo El Matrimonio Trad. de Santiago Sentéis Melendo y Marino Ayerra Rendin, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires 1954, Pág. 63.

Y en tiempo de Constantino se estableció que el que rompiera sin motivo la promesa debía perder los regalos que hubiera hecho y restituir los que hubiera recibido.

En el Fuero Juzgo de los esponsales producían efecto de obligación, y se concertaban por la entrega del anillo simbólico, por los desposados mismos o por sus padres y ante testigos. Las Partidas mantuvieron la institución y daban a los desposados derechos para acudir a la jurisdicción eclesiástica con el fin de apremiarse recíprocamente a realizar el matrimonio.

Tomando en cuenta la naturaleza especial de los esponsales, que no son obligatorios, supuesto que no pueda exigirse de manera coactiva su cumplimiento, se ha considerado que propiamente no constituye un contrato del derecho familiar.

En cuanto a los efectos que determina el artículo 14, se explican estos 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 a que antes se hace referencia.

Tal promesa tiene importancia desde el punto de vista de la costumbre, pero tiene muy poca desde el punto de vista del derecho, en el sentido de que, como dice la ley, no obliga a contraer matrimonio, ni a ejecutar lo que se hubiese convenido por el caso de que no se cumpla.

Esto significa que se trata de una promesa destituida de valor jurídico (en cuanto al vínculo jurídico para contraer el matrimonio), y que, por consiguiente, se puede violar impunemente, aunque se haya estipulado una cláusula penal; quedan a salvo, sin embargo, ciertos efectos, de carácter patrimonial, los cuales tratarán posteriormente.

Existe pues una sensible diferencia entre la promesa de matrimonio y el caso de promesa aceptada por otros (y en algunos casos, aun sin la aceptación ajena); implica vínculo y, por tanto, es obligatoria para el promitente; en cambio, en el primer caso (promesa de matrimonio, también de testamento); el ordenamiento jurídico asegura a los interesados el más amplio criterio y declara no obligatoria la promesa de matrimonio.

Tratándose de contraer un vínculo que deba durar por toda la vida (sobre todo donde, como ocurre entre nosotros, no está admitido el divorcio), es justo oportuno que, mientras no se haya expresado de un modo solemne, (en el acto de celebración del matrimonio), la voluntad de cada uno de los que están por casarse pueda cambiar, sin consecuencias desde el punto de vista personal y familiar.

Por lo tanto, "los esponsales no son un contrato preliminar, sino, a lo sumo una convención preliminar y de todos modos una convención no vinculante".⁸

Sobre el particular, "Bonnetcase estudia el carácter anormal de los esponsales y rechaza las conclusiones a que ha llegado la jurisprudencia francesa. Dice: carácter normal de la solución de la jurisprudencia y de la doctrina sobre los esponsales: según la jurisprudencia, no constituyen un verdadero contrato y su ruptura simplemente puede dar origen a la aplicación eventual del artículo 1382 del Código Civil. Sentencias de la Corte de casación de 30 de mayo de 1838 y de 11 de junio del mismo año, el sistema de la doctrina y de la jurisprudencia consiste en declarar absolutamente inoperante, si no es que ilícito, el contrato de esponsales, según determinadas sentencias".⁹

El mismo autor sintetiza las conclusiones de la jurisprudencia en las siguientes tres fragmentos:

Primera: Los esponsales que en la antigüedad constituían un contrato obligatorio, actualmente solo pueden serlo en teoría, pero no es ya obligatorio. El Código Civil ignora los esponsales considerados en sí mismos; solamente por un error algunos autores sostuvieron la opinión contraria a principios del siglo XX.

Segunda: Si los esponsales están desprovistos de efectos obligatorios, por ser incompatibles con la libertad absoluta que debe caracterizar el consentimiento (tratándose del matrimonio), y con el principio de que el matrimonio esta fuera del comercio, sin ningún remedio tiene su ineficiencia.

Sin embargo, no son considerados por el derecho como inexistentes, porque engendran determinados efectos jurídicos, además del papel que en una época reciente les reconoció la ley del 16 de noviembre de 1912, tratándose de la investigación de paternidad natural, crean una obligación de conciencia, que la jurisprudencia transforma en obligación natural; y, además eventualmente puede aplicárseles el artículo 1382, es decir, puede incurrir en responsabilidad delictuosa el autor de la ruptura de los esponsales.

Tercera: La responsabilidad del novio que desconoce su promesa esta subordinada a las reglas del derecho común sobre la responsabilidad delictuosa, en consecuencia es necesaria. 1.-Una culpa representada por una ruptura injustificada. 2.-Un perjuicio material o moral. 3.- Una relación de causa a efecto entre la culpa y el perjuicio. Es natural que el novio abandonado debe demostrar la existencia de estos diversos elementos: si no lo hace, es justo, en determinadas condiciones, que se le permita conservar los regalos de boda que hubiere recibido.

⁸ Manual de Derecho Civil y Comercial, traduc. De Santiago Senties Melendo, Buenos Aires, 1954.t. III, Págs. 40 y 41.

⁹ Julián Bonnetcase, Elementos de Derecho Civil, t. I, trad. Del licenciado José M. Cajica Jr. Puebla, 1945, Pág. 507.

Comentando la jurisprudencia francesa, considera Bonnacase que es anormal en cuanto al fin, pues termina por hacer del contrato de esponsales un contrato inmoral o ilícito, dado que declara que carece de fuerza obligatoria, por ser contrario al orden público y a las buenas costumbres, el que tuviese ese efecto.

Además desde el punto de vista de la técnica jurídica también hay contradicción en la jurisprudencia, pues los esponsales se reducen a un acuerdo de voluntades desprovisto de efectos obligatorios.

2.4. Estudio de los artículos 42 y 43 del Código Civil, Capítulo Titulado, “De la promesa de matrimonio” modificando la terminología tradicional de “esponsales”, desde 1981 hasta su derogación.

La promesa de matrimonio siempre ha resultado, subjetivamente, cuestión bastante atractiva, y la explicación de ello, lo comprendo, descansa sobre una base irracional: precisamente por lo antiguo que resulta esta institución.

El Título IV del Libro I del Código Civil, Titulado “Del matrimonio”, modificado conforme a la Ley 30/1981, de fecha 7 de julio del mismo año, se inicia con estos dos artículos 42 y 43 del Código Civil, que forman el Capítulo Primero de dicho Título, bajo el epígrafe titulado “ De la Promesa de matrimonio”.

Señala en primer lugar, el artículo 42, lo siguiente: *la promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su ausencia de celebración.* No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento.

El artículo 43, por su parte, indica que *el incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido. Esta acción caducará al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio.*

En el presente trabajo vamos a reflexionar acerca de los problemas que pueden plantear estos artículos citados, aunque desde un punto de vista estrictamente civil, sin aludir al canon 1062 del vigente Código de Derecho Canónico, ni atender a consideraciones morales que pudiesen resultar relevantes, y teniendo siempre en cuenta que, como ya aventurará NIN DE CARDONA en 1973, nos vamos a encontrar con una regulación mínima, “de una institución en crisis” (NIN DE

CARDONA, J. M.: "¿Crisis del contrato de esponsales?", RDP, 1973, pp. 309-312), institución, por otra parte, no propia exclusivamente del Derecho español".¹⁰

La idea será la de repasar los aspectos que estimo más relevantes desde un punto de vista eminentemente práctico de cada uno de estos artículos, y para ello dividiré el estudio en dos apartados: uno dedicado al artículo 42 y otro dedicado al artículo 43. En cada uno de ellos se estudiará todo aquello que estime necesario para entender adecuadamente el artículo.

A continuación se exponen una serie de ideas que puedan resultar de utilidad para afrontar la adecuada comprensión de estos dos artículos, sabiendo que alguno de los comentarios y opiniones que sostendré pueden resultar discutibles.

Artículo 42 del Código Civil

El artículo 42 es el primero de los que interesa repasar en este estudio. Establece este artículo lo siguiente: *La promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere estipulado para el supuesto de su no celebración. No se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento.*

Pasamos, a continuación a explicar ese contenido adecuadamente.

La promesa de matrimonio

La modificación terminológica sufrida por la institución: esta denominación que hoy encontramos en el Código Civil, promesa de matrimonio, es la nomenclatura que modifica la tradicional de "esponsales", fruto de toda una tradición histórico-jurídica y que fue sustituida legalmente en la reforma citada de 1981.

Una definición de esta promesa, o de los esponsales, por utilizar la terminología clásica, señalando que estamos ante la "promesa hecha por ambas partes de futuro matrimonio, libremente expresada por un signo sensible, entre personas determinadas y hábiles en Derecho". "Valoremos ciertos datos de dicha definición: en primer lugar, estamos ante una promesa de matrimonio, por lo que no se ha celebrado matrimonio alguno; en segundo lugar, dicha promesa es aceptada por ambas partes; por último, en tercer lugar, esas partes son hábiles en Derecho (el artículo 43 alude a la capacidad para celebrarla, y remite a la capacidad para obligarse contractualmente, como veremos en su momento)".¹¹

¹⁰ Para repasar Derecho comparado, vid. el estudio de CASTÁN VÁZQUEZ, dentro de CASTÁN TOBEÑAS, J.: "Derecho civil español, común y foral", tomo V, Vol. I, Ed. Reus, 1994. Pág. 171 a 173.

¹¹ Definición ofrecida por GARCÍA VARELA, R.: comentario al artículo 42, dentro de "Comentario del Código Civil", Tomo I, Ed. Bosch, Barcelona, 2000. Pág. 609.

Respecto de la naturaleza de la promesa, ALBÁCAR y MARTÍN GRANIZO, tras descartar que se trate de un "acto extrajudicial", de un "mero hecho jurídico", o de una obligación natural, aluden a un "especial negocio del derecho de familia", "negocio jurídico preliminar (para otros, preparatorio) a la celebración del matrimonio, de carácter bilateral, causal, no solemne..."¹²

BADOSA COLL, por su parte, alude al mantenimiento de la negación de que sea un negocio jurídico, y subraya su estructura de acto unilateral (comentario al artículo 42 Código Civil, dentro de "Comentario del Código Civil"; Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 256-257). CASTÁN TOBEÑAS, por su parte, alude a un contrato o convención lícita, de efectos reducidos.

Estamos ante un negocio jurídico de derecho de familia que exige bilateralidad para su completa configuración, en el que podemos encontrar un contenido muy concreto que expondremos en su momento.

"Se presupone que los sujetos de la estipulación son los mismos que los de los esponsales, los futuros contrayentes, por lo que las estipulaciones en que un tercero asuma una obligación para el caso de que no se celebre el matrimonio serán válidas, pues no afectan a la libertad de los contratantes (no parece relevante aquí el interés de los futuros contrayentes en que ese tercero no quede perjudicado)".¹³

En contraposición a la regulación previa a 1981, nada se señala respecto de la forma, con lo que parece que cualquiera que sea ésta, surtirá efecto la promesa. Obviamente, siempre debe probarse la existencia de la misma, cuestión que puede resultar problemático en algún caso debido a la posibilidad de celebración sin exigencia de requisito formal en algún sentido.

Respecto del contenido de la promesa, parece posible distinguir un contenido necesario y un contenido voluntario.

Acerca del contenido necesario, parece evidente que debe constar en todo caso el deseo de ambas partes de contraer futuro matrimonio, pudiendo ya determinarse por las partes más o menos, especificando una serie de circunstancias adicionales de interés (plazo, lugar de celebración, etc.).

Esta promesa puede acompañarse de un contenido voluntario, puede venir acompañada por el establecimiento de aquellos otros pactos que se estime oportunos, dependiendo del mayor o menor interés existente en los intervinientes en regular la situación, pactos que pueden resultar de gran o de escasa

¹² Comentario a los artículos 42 y 43, en *Código Civil. Doctrina y Jurisprudencia*, tomo I, Ed. Trivium, Madrid, 1991, pág. 498 a 499.

¹³ Cárdenas Marmolejo José Luis. Necesidad de derogar los esponsales de la legislación Civil del Distrito Federal. Derecho Familiar. Editorial Limusa. México, 1993.

complejidad, según el interés de los intervinientes, y entre los cuales es posible prever una serie de estipulaciones para el caso de que no se celebre el matrimonio (configurado con carácter de cláusula penal o con carácter penitencial).

“Los compromisos celebrados conforme a las exigencias del artículo 1255 Código Civil, con los efectos, en principio, del artículo 1257 Código Civil, pero a los que el artículo 42 liga consecuencias que dejan muy limitada esa influencia del artículo 1257; del artículo 42 se desprende que no sólo no se está obligado por la promesa en sí, sino ni siquiera por lo pactado para el caso de falta de celebración del matrimonio. Esta cuestión la repasaremos a continuación”.¹⁴

El artículo 42 es claro en su último párrafo: *no se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda su cumplimiento* (redacción que va más allá que la existente antes de 1981, y que conecta con regla similar a la del artículo 11.2 LOPJ). Esto implica el rechazo *ad liminen* de las demandas que se dirijan única y exclusivamente a exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio, así como la admisión a trámite de las que pretendan el resarcimiento conforme al artículo 43 Código Civil.

Conclusiones acerca del artículo 42

Una vez expuesto todo lo visto, a modo de conclusión, podemos señalar un par de cuestiones que deben tenerse presentes.

En primer lugar, pese a la existencia de promesa de contraer matrimonio, no existe obligación de contraerlo, pues atentaría contra la libertad que debe regir en este campo, libertad ya señalada.

En segundo lugar, tampoco hay obligación de cumplir aquello estipulado para el supuesto de no celebración, pues es ineficaz esta promesa (ineficacia que se extiende a los pactos que pretenden sancionar el no cumplimiento).

La impresión que se extrae de la lectura de este artículo es la de que, realmente, la promesa de matrimonio conlleva el surgimiento de mínimos efectos jurídicos. Sin embargo, el artículo 43 Código Civil matizará de alguna manera esta conclusión, como repasaremos a continuación.

¹⁴ Chávez Asencio, Manuel F. Matrimonio (Compromiso jurídico de vida conyugal.) 1 era Edición. Editorial Porrúa. México, 1998.

Artículo 43 del Código Civil.

El artículo 43 completa la regulación de la promesa del matrimonio en nuestro texto codificado, señalando expresamente que *el incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado sólo producirá la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido. Esta acción caducará al año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio.*

Ya expresimos en su momento que este artículo, de entrada, es la excepción a la regla general del artículo 42 Código Civil, y añadimos ahora la gran consecuencia derivada de él: pese a lo establecido en el artículo 42, parece que estamos ante el reconocimiento de los sponsales como institución lícita existente en la práctica.

En este sentido, "BADOSA COLL expone tres argumentos que justifican dicha postura: en primer lugar, es supuesto de hecho de efectos jurídicos indirectos; en segundo lugar, se le asigna por este artículo, requisitos de capacidad contractual, y en tercer lugar, puede encajar dentro del expediente matrimonial de la "ratificación" y en las proclamas".¹⁵

A continuación, realizaremos un repaso de aquellas cuestiones que estimó de mayor interés al hilo de este artículo.

Exige el presente artículo un requisito de capacidad necesario para que se proteja esta promesa en el sentido indicado: debe haberse realizado por mayor de edad o menor emancipado. Esto es, se ha reconducido a la capacidad para obligarse contractualmente conforme al artículo 1263 Código Civil, lo que nos induce a pensar que se ha pretendido "contractualizar" esta regulación, frente a la posible obligación legal de reparar conforme a las normas del enriquecimiento injusto.

"Alude el artículo 43 a las consecuencias que se derivan del incumplimiento de la promesa (se habla del incumplimiento de la promesa de matrimonio). Se comprueba cómo se matizan las consecuencias que extrajimos del artículo 42 Código Civil".¹⁶

¹⁵ Badosa Coll. Comentario al artículo 43 Código Civil, dentro de "Comentario del Código Civil"; Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, p. 259.

¹⁶ Entrena Klett, Carlos. Matrimonio, Separación y Divorcio. En la Legislación Actual y en la Historia, 3era Edición. Editorial Aranzadi, España, 1990.

La inspiración que creemos que subyace a esta matización a la rotunda redacción del artículo 42 es clara: por el artículo 42 se sabe que este negocio de la promesa de matrimonio produce casi nulos efectos; sin embargo, esto no puede servir para desproteger al interviniente que confía de buena fe en la realidad de lo prometido y realiza actividades económicas con las miras puestas en dicha comunidad futura.

El incumplimiento puede ser tanto directo (negativa directa a la celebración de las nupcias), como indirecto (una de las partes incide sobre la otra en conducta que motiva a la otra para apartarse de la celebración).

Estamos ante un acto recepticio e identificable (debido a que es el término *a quo* para contar el plazo de caducidad de la acción), cuyo contenido es una declaración de voluntad, y no parece que sea necesaria conciencia de infracción, ya que basta con la contradicción de hecho entre la promesa pasada y la presente negativa a contraer matrimonio: no hay voluntad de casarse, pese a la promesa.

"El incumplimiento, señala el artículo 43, es *sin causa*, en regulación menos restrictiva que la anterior, dado que antes se exigía que fuese *justa* la causa (lo que añadía un matiz de gravedad a la cuestión, tal y como señalaba BADOSA COLL)".¹⁷

Respecto de lo que deba entenderse como *causa*, dada su importancia (si hay *causa* ya no entra en aplicación este artículo), cabe aludir a conductas o estados de salud del otro promitente de tal relevancia que sean susceptibles de provocar la no celebración del matrimonio, algo que debe ser valorado en cada supuesto concreto, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso (caracteres de los intervinientes, costumbres del lugar y familiares, etc.), habiendo quien alude a la necesidad de valorar cada caso conforme a los hábitos e ideas dominantes en la época y esfera social (CASTÁN).

Se pretende que, pese a respetarse esa libertad matrimonial que nunca debe verse condicionada, no se llegue a una absoluta desprotección del interviniente que, confiando en dicha celebración, celebra negocios contando con la misma.

Y la promesa de matrimonio debe ser *cierta*, esto es, de innegable existencia y con auténtica voluntad de celebración de matrimonio: debe resultar probada por cualquiera de los medios admitidos en derecho esa "verdadera" promesa de matrimonio, concepto que excluye cualquier otro tipo de manifestaciones de sentimientos o declaraciones de voluntad aparentes, así como relaciones prematrimoniales de hecho, pese a que fuesen duraderas.

¹⁷ Badosa Coll. Comentario al artículo 43 Código Civil, dentro de "Comentario del Código Civil"; Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993. Pág. 259.

Consecuencias del incumplimiento

Las consecuencias del incumplimiento, que conllevan la obligación de resarcir, tal y como señala este artículo y recuerda nuestra jurisprudencia. ¿Hasta dónde se extiende? señala el artículo 43 que la obligación es de resarcir al interviniente "que no incumple" (no al incumplidor, obviamente, que debe afrontar con las consecuencias de su decisión) *de los gastos hechos y las obligaciones contraídas*, todo ello *en consideración al matrimonio prometido*. Ya que parece que existe una expectativa de cumplimiento de la promesa, y el no cumplimiento provoca la obligación de indemnizar con fundamento en el empobrecimiento injusto provocado (injusto porque se asumió por el destinatario de la promesa en consideración al matrimonio prometido).

En ambos casos, sin la intención matrimonial no se hubieran realizado los gastos o contraído las obligaciones, por lo que hay que indemnizarlos. Claro está, esa consideración al matrimonio prometido normalmente no constará de modo expreso en los actos realizados, sino que basta con que se desprenda de las circunstancias oportunas (naturaleza de los objetos a que se dedican los gastos u obligaciones) que se destinan a la vida en común (por ejemplo, objetos comprados para el que será domicilio conyugal).

Son resarcibles, en primer lugar, los gastos hechos en consideración al matrimonio, es decir, todos aquellos gastos que realice el interviniente citado con miras al futuro matrimonio.

"Señala CASTÁN TOBEÑAS que debe sobreentenderse que para ser indemnizables, los gastos deben resultar proporcionados a las circunstancias. Por ejemplo, los gastos que uno de los contrayentes realizase en concepto de obras en casa del otro contrayente en atención a la celebración del futuro matrimonio, o bien los derivados de la compra de una vivienda, salvo que no resulte inútil posteriormente (por ejemplo, imaginemos que un interviniente compra de modo individual una vivienda que agrada especialmente al otro interviniente, que poco después decide no casarse). Habrá que estar al caso concreto y valorar siempre la presencia de esa intencionalidad".¹⁸

En segundo lugar, también son reparables las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio. Por ejemplo, la contratación de la fiesta posterior a la boda, que puede elevar su costo a grandes cantidades de dinero (banquete nupcial, posiblemente orquesta, imaginemos algún espectáculo de magia, música u otros autóctonos de la región, como por ejemplo, la contratación de grupos carnavalescos en Cádiz, etc.).

¹⁸ Para repasar Derecho comparado, vid. el estudio de CASTÁN VÁZQUEZ, dentro de CASTÁN TOBEÑAS, J.: "Derecho civil español, común y foral", tomo V, vol. I, Ed. Reus, 1994, pp. 171-173.

“Debe meditar sobre la extensión de los daños reparables, ya que se señala que sólo producirá la obligación de resarcir citada, basada en la vía del empobrecimiento injusto según BADOSA COLL”.¹⁹ Esta matización, introducida *ex novo* en este artículo, parece incidir en el carácter de excepción del artículo 43 frente al artículo 42 del Código Civil.

Sin embargo, se entiende que no existirá empobrecimiento si resulta posible el aprovechamiento de los actos señalados para otros fines.

Por otra parte, nuestros tribunales han considerado que el daño moral producido por esta ruptura no es indemnizable, así como tampoco las invitaciones y estancias en casa de los padres de uno de los futuros contrayentes, debido a que es costumbre generalizada, pues es indudable la voluntad de obsequiar.

2.5. Reformas realizadas en el Estado de Hidalgo correspondiente al Capítulo de los esponsales.

Como tema primordial de mi proyecto no podemos dejar pasar por alto las reformas que se realizaron en el Código Civil del Estado de Hidalgo correspondiente a los esponsales pero además de ello es muy importante analizar el hecho por el cual se derogaron en la legislación principal como lo es el Código Civil para el Estado de Hidalgo y en el Código Familiar y de Procedimientos Familiares sigue en vigencia ya que como es bien sabido dicha legislación es secundaria, además de tratarse de una figura que cayó en desuso y por lo cual fue un motivo muy importante para realizar su derogación, en la práctica ya no es realizada por la sociedad hidalguense, solamente su realización recae como un acto solemne.

El motivo primordial que se tuvo en la Legislación del Estado de Hidalgo para la derogación de los esponsales referente al decreto número 129 de fecha de 3 de noviembre de 1983, P.O. de fecha 8 de noviembre de 1983, derogó los artículos 36 a 291 y 305 a 820 del Código Civil para el Estado de Hidalgo, donde encontramos en el Título Quinto, Capítulo Primero, “De los esponsales”, que comprendía los artículos 141 al 147, toda vez que esta figura cayó en desuso, conservándose por que según el artículo Segundo Transitorio del Código Familiar, son aplicables aun a los negocios que al entrar en vigor dicho Código estuviesen en trámite.

¹⁹ BADOSA COLL. Comentario al artículo 43, citado, pág. 259.

En el cual se tiene como motivo que los menores de edad no contraigan matrimonio a tan corta edad ya que es una obligación fuera de su alcance, el motivo primordial por lo cual dichas parejas contraían matrimonio era por llegar a encontrarse en la situación de un embarazo no planeado o por que los padres los habían comprometidos a corta edad sin consentimiento de ellos mismos, y al llegar a la edad para contraer esponsales se encontraban en la posición de acatar la orden de sus representantes legales, ante tales situaciones la practica de los esponsales fue decayendo a no realizarlos en la practica y fueron cayendo en desuso ya que la educación que antiguamente era impartida por los padres ya no se realiza en la actualidad, las jóvenes parejas tienen la capacidad de decidir con quien desean contraer matrimonio, pero en esta época ya no es necesario contraer esponsales ya que como no es un requisito para contraer matrimonio, dejan a un lado dicha formalidad y solamente los esponsales son realizados de forma solemne en la casa de alguno de los contrayentes y por costumbre son realizados en casa de la novia (pedida de mano), la publicación de las relaciones o la próxima boda se hace conforme a los futuros contrayentes lo desean dependiendo de la fecha en que se realizará el matrimonio.

Como finalidad tiene el desaparecer una figura jurídica que no es realizada en la práctica y fue retomada de nuestro derecho antiguo, y no tendría alguna razón para seguirla conservando en el Código Civil vigente en el Estado de Hidalgo y mucho menos existe alguna razón para seguirla conservando en el Código Familiar y de Procedimientos Familiares vigente en dicha entidad.

2.6. Consecuencias de la existencia de los esponsales.

Las partes celebran la promesa, y a la misma le pueden añadir un contenido voluntario que puede resultar de gran elaboración. Dicha promesa, con el mayor o menor clausulado que la acompaña, puede ser cumplida o no. Señala el artículo 42 que la promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo, ni de cumplir lo que se hubiera estipulado para el supuesto de su ausencia de celebración.

"Es decir, se defiende de hecho la ineficacia de dicha promesa, criterio general a tener en cuenta en estos casos, y respecto de los cuales el artículo 43, no es antinómico, sino excepción a la regla general del artículo 42, como se plantearon ALBÁCAR y MARTÍN GRANIZO".²⁰

Sin embargo, hay que señalar que esto no contradice lo expuesto con anterioridad respecto del contenido: realmente, es posible celebrar un pacto de lo más completo en cuanto a su redacción y contenido, pero después el artículo 42 reduce su eficacia a la nada en lo tocante a cumplimiento de promesa y previsiones para su incumplimiento, pues las únicas consecuencias que se

²⁰ ALBÁCAR y MARTÍN GRANIZO. Comentario a los artículos 42 y 43, cit., pág. 498 a 499.

derivarán de ese incumplimiento son las descritas en el artículo 43, y éstas, como veremos, no se derivan de lo pactado, sino del daño producido por ese incumplimiento.

Por otra parte, parece quedar la puerta abierta para que sea exigible jurídicamente todo aquello que se hubiese pactado y que no se oriente exclusivamente a especificar la promesa de matrimonio y las consecuencias pactadas para el caso de incumplimiento, dado que aquello a lo que el artículo 42 niega eficacia jurídica, y esta norma debe interpretarse restrictivamente.

Es decir, no debe existir problema para que se exija el cumplimiento de posibles pactos conexos que se establezcan al hilo de la promesa de matrimonio (ya expusimos que la redacción del pacto puede ser bastante elaborada y compleja), siempre que no afecten a la exigibilidad de la promesa de matrimonio o a las consecuencias pactadas para el incumplimiento, dado que serán casos en los que no se afecta a la libertad para emitir el consentimiento matrimonial (sí se afectará, la solución sería diferente).

La negativa de eficacia de esta promesa es, históricamente, tradicional en nuestro ordenamiento: esto ocurre desde la Base tercera de las Bases del Código Civil aprobadas por la Comisión General de Codificación presentadas al Gobierno el 7 de marzo de 1844. La ley no reconoce esponsales de futuro.

Ningún Tribunal ni civil ni eclesiástico admitirá demanda sobre ellos, después el artículo 47 del Proyecto de 1851, y se confirmará en el artículo 49 del Proyecto presentado a las Cortes el 19 de mayo de 1869 por el Ministro de Gracia y Justicia, plasmándose en el artículo 3 de la Ley Provisional de Matrimonio Civil de 18 de junio de 1870, pese al retroceso que conllevará en este sentido el Decreto de 9 de febrero de 1875, al declarar inaplicable dicha Ley a los matrimonios canónicos (también canónicamente hoy día se le niega eficacia, en el vigente canon 1062, pero no dedicaremos a esta cuestión nuestra atención).

Parece lógico, desde nuestro punto de vista, que se le niegue eficacia: el atentado contra la libertad matrimonial parece relevante (ya lo expuso en su día MANRESA), además de que en algún caso, como afirma BADOSA COLL, *son medio para lograr fines inconfesables*. Desde nuestro punto de vista, la celebración del matrimonio debe ser fruto de una decisión libre (evidente, conforme al artículo 45 Código Civil, interpretado conforme a los tratados internacionales existentes y declaraciones de derechos internacionales), y no el cumplimiento de una obligación de hacer. Por decirlo con palabras de BADOSA COLL, no puede ser un *acto jurídicamente vinculado*.

Por eso estamos totalmente en desacuerdo con GRANIZO cuando señala que existe obligación de contraer el matrimonio, en el fuero interno del sujeto, y en ambos fueros una obligación alternativa con carácter de facultativa: o celebrar el

matrimonio (obligación que considera principal), o reparar los daños (obligación que considera accesoria), (Sobre interpretación del canon 1017. Naturaleza de la obligación que surge de los esponsales, sobre esta cuestión, también, P. ORDE: los esponsales, ¿ producen obligación de contraer matrimonio?, según el *Codex Iuris Canonici*.

Desde nuestro punto de vista, no debe plantearse en esta tesitura la cuestión: no existe obligación jurídica de contraer matrimonio en ningún caso (si existe o no esa obligación desde el punto de vista moral será cuestión que no nos interesa en este trabajo y que no influye en el plano jurídico). Es más, no sólo no existe obligación, sino que sería un error conceptual imperdonable permitir que en algún momento el acto de celebración del matrimonio se configurase como un acto jurídicamente vinculado, por emplear la terminología citada anteriormente y que sea útil para expresar las ideas que pretendemos exponer.

Lo que existen son unos efectos jurídicos derivados de la no celebración de un matrimonio sobre el que ya existía promesa de contraer, efectos puramente patrimoniales derivados de la reparación de gastos concertados por confiar en dicha promesa, con una intención muy concreta, que se regulan en el artículo 43 del Código Civil.

Capítulo 3

3.1. Estudio de los esponsales en el Derecho Civil Comparado.

Los esponsales, promesa de matrimonio, compromiso o etapa prematrimonial, como es llamado por varios autores, institución, contrato, o figura jurídica nosotros sabemos que tienen una finalidad el comprometerse para contraer matrimonio, pero en Derecho Comparado analizaremos que cada una de estas palabras.

Los esponsales que encontrábamos descritos en el Código Civil (derogados). La promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada, constituye los esponsales.

O como fuente de obligaciones, cuando se otorguen por escrito, sean aceptados por los presuntos esposos, y ratificados ante el Oficial del Registro del Estado Familiar o un Notario Público.

Estas definiciones las encontramos en la Ley y de las cuales se generan diversos efectos y requisitos para contraer esponsales, en donde podemos encontrar que utilizan como sinónimo de esponsales, la promesa de matrimonio.

Pero también mencionada la promesa de matrimonio mutuamente aceptada, es en este proyecto un hecho que se somete enteramente al honor y conciencia de cada una de las partes y no producen obligación alguna ante la ley civil.

Compromiso o etapa prematrimonial existe razón para llamarlo de tal forma ya que anterior al matrimonio se realiza de forma verbal o de forma escrita.

Algunos autores la mencionan como institución de los esponsales, hoy desaparecida obligaba los novios a contraer matrimonio. Las parejas firmaban contratos que estipulaban desde la modalidad de casamiento hasta el destino de sus bienes. Ósea se realizaban contratos prenupciales y la solemnidad eran los esponsales.

Como figura jurídica es "medio que la ley otorga para proteger los intereses de los prometidos y consiste en un contrato que contiene la promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada".¹

Como contrato pero para llamarlo así es necesario encontrar su naturaleza jurídica.

¹ Martínez Ramos, Martha Elena. Inaplicabilidad de los esponsales en el Matrimonio. 3era Edición. Editorial FCE México, 1994.

Los convenios que crean y transfieren derechos y obligaciones toman el nombre de contratos, por lo tanto el convenio en sentido estricto solo modifica y extingue los derechos y obligaciones.

Los elementos de existencia o esenciales el Código Civil los señala en el Artículo 1794 como siguen:

Consentimiento.- Que no es más que la voluntad de las partes para celebrar el contrato y que sabemos puede ser expreso o tácito.

Objeto.- Que debe de ser analizado desde dos puntos de vista; el objeto propio del contrato físico y el motivo o fin que encierra la celebración del contrato.

Solemnidad.- Que aunque no hay artículo expreso que la señale, la doctrina establece que es el conjunto de requisitos, formalidades, circunstancias y actos que deben de revestir ciertos contratos y que se eleva a la categoría también de elemento de existencia.

El principio de la autonomía de la voluntad, aquella de que las partes puedan contratar libremente de la mejor manera que convenga siempre y cuando no trastoquen normas jurídicas o de orden público por los principios generales del derecho, salvo el caso especial de los contratos de adhesión en los que todavía se discute si hay o no libre contratación.

"En cuanto a la formalidad de los contratos en el artículo 1832 del Código Civil establece el principio de cada quien se obliga de la manera y términos que aparezca que quiso obligarse, principio que además sustenta la Suprema Corte de Justicia de la Nación, salvo aquellos contratos que requieran de cierta formalidad que la ley señala en síntesis la formalidad de los contratos es requerida para su validez, ejemplo, el contrato de matrimonio".²

Doctrinariamente a la celebración de los contratos estos generan obligaciones, aunque no concurren todas como las siguientes:

Obligaciones de dar.- Translación de dominio de cosa cierta y determinada, enajenación temporal de uso y goce y cosa ajena, restitución de cosa ajena y entregada con anterioridad.

Obligaciones de hacer.- Son aquellas que se identifican con las obligaciones derivadas del derecho de crédito, prestación de un servicio o acción de realizar.

² Pacheco E Alberto, La Familia en el Derecho Civil Mexicano. 2da Edición. Editorial Panorama, México 1992.

Obligaciones de no hacer.- Se identifican por abstenciones que por lo general el juez por sentencia determinada que cierta persona se abstenga de realizar cierta conducta.

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y son validos excepto aquellos en que la ley requiere de cierta formalidad para lo que sean, además, no puede dejarse al arbitrio de algunas de las partes el cumplimiento de las obligaciones, en materia de contratos es muy importante que se tenga en cuenta que para demandar el cumplimiento cuando deriven de el obligaciones de dar o hacer y no se haya señalado termino para el cumplimiento de la obligación, si el obligado no cumple en el término de 30 días podrá demandársele judicialmente.

"Existen las cláusulas en los contratos como lo son:

Las esenciales.- Son aquellas que identifican a las partes y dan nombre al contrato.

Las naturales.- Derivan de la propia naturaleza del contrato, considerándose además de orden público e irrenunciables, inclusive que aunque no se ponga se dan por puestas.

Las accidentales.- Son aquellas que solo a voluntad de las partes podrán establecerse. Ejemplo, forma de pago, lugar de pago, lugar de entrega de la cosa o cualquier otro término en general del contrato".³

Los contratos celebrados en ocasiones no son claros, por lo tanto deben interpretarse y la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que esta se realice atendiendo a su literalidad, pues interpretar un contrato es desentrañar la voluntad de las partes y, además se puede recurrir a las costumbres del lugar o atendiendo a los principios generales del derecho.

Principio de la teoría de la imprevisión.-Corresponde a ella establecer dos principios que son:

REBUS SIC STANTUBUS. - Que significa que lo previsto por las partes en el contrato no puede demandarse cumplimiento

RES INTER ALIOS ACTA.- Que significa los efectos del contrato solo afectarán a las partes.

³ Ignacio Galindo Garfias, Derecho Civil, Primer Curso, 18 Edición, Editorial Porrúa, México 1999.

Clasificación de los contratos: doctrinariamente encontramos que algunos autores clasifican a los contratos en cuatro grupos atendiendo a su fin, por lo tanto tenemos:

- 1 Translativos de dominio (compraventa).
- 2 De uso (arrendamiento).
- 3 Prestación de servicios (contrato de sociedad).
- 4 De garantía (prenda, fianza e hipoteca).

"La clasificación del maestro Rafael Rojina Villegas":⁴

- Nominados o nominativos.- Porque están previstos en el Código Civil.
- Innominados.- Porque no los prevé la ley.

- Típicos.- Porque tienen una propia regulación en el Código Civil.
- Atípicos.- Porque carecen de regulación especial.

- Unilaterales.- Se caracteriza porque a su celebración las obligaciones y derechos corren a favor de un a de las partes.
- Bilaterales.- Se caracterizan porque los derechos y obligaciones sean correlativos a las partes.

- Principales.- Porque para su validez no dependen de otro son autónomos y valen por sí mismos.
- Accesorios.- Porque su validez y existencia dependen de otro.

- Oneroso.- Porque a su celebración imponen provechos y gravámenes recíprocos.
- Gratuitos.- Difieren de los anteriores porque esos provechos y gravámenes solo afectan a una sola de las partes.

- Conmutativos.- Se identifican porque las partes de antemano a la celebración del contrato saben los provechos y gravámenes que adquieren.
- Aleatorios.- Porque justamente esos provechos y gravámenes se desconocen.

- Reales.- Porque se perfecciona con la entrega de a cosa.
- Consensuales.- Se perfeccionan con el mero consentimiento.

- Formales.- Se identifican porque sus bases deben de constar por escrito.
- Consensuales.- Porque basta con el consentimiento para su validez.

⁴ Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. 22 Edición. Editorial Porrúa. México, 1999.

- Instantáneos.- Porque sus efectos y consecuencias se agotan al momento de su celebración.
- De tracto sucesivo.- Porque sus efectos y consecuencias se dan periódicamente.

A lo que a mi consideración se puede acercarse más el contrato de promesa de matrimonio es precisamente al contrato de promesa por ello creo importante mencionar su naturaleza.

“Ciertos autores denominan este contrato como preparatorio, promesa de o simplemente contrato de promesa y algunos más lo denominan precontrato, lo que nos debe interesar es que la ley permite que se pueda contratar válidamente para su elaboración”.⁵

El contrato a futuro llenándose varios requisitos para su elaboración. El contrato de promesa tiene además que para su existencia y validez debe celebrarse por escrito, es decir este contrato no se presume, en cuanto al objeto, debe ser cierto y determinado con todos los demás requisitos de validez que la ley señala, que genera obligaciones de hacer y que sin los requisitos antes señalados el contrato no será válido, en la práctica se recomienda que las partes establezcan una cláusula accidental denominada cláusula penal, que generalmente representa una cantidad de dinero para que quien incumple pague a la otra parte, representando así el pago de daños y perjuicios.

El autor Ricardo Treviño García que el contrato de promesa es un contrato en virtud del cual una o ambas partes se comprometen a celebrar dentro de cierto tiempo un determinado contrato que por el momento no pueden o desean celebrar, previéndose este contrato en los artículos 2243, 2245, 2246, 2247 y demás relativos del Código Civil.

Según la clasificación del Maestro Rafael Rojina Villegas este contrato resulta ser:

- 1 Nominativo
- 2 Típico
- 3 Unilateral
- 4 Accesorio
- 5 Oneroso o gratuito
- 6 Conmutativo
- 7 Formal
- 8 Instantáneo
- 9 Real o consensual

⁵ Sánchez Márquez, Ricardo. Derecho Civil PARTE General, Personas y Familia. 1era Edición. Editorial Porrúa. México, 1998.

Generalmente los contratos pueden estar sujetos a cualquier modalidad, el contrato de promesa siempre estará sujeto a término o fecha cierta y determinada para firmar el definitivo. En la práctica este contrato se agiliza las transacciones comerciales, asegura la celebración de un contrato futuro determinado, dando seguridad a las partes al aseguramiento o adquisición en ocasiones de un patrimonio.

Conforme al "artículo 2247 del Código Civil si el promitente rehúsa firmar el definitivo o los documentos necesarios para el definitivo, puede ser demandado el otorgamiento y firmar de este, salvo que el bien haya pasado de buena a un tercero, así la promesa quedaría sin efecto ya quien se le incumplió podrá demandar daños y perjuicios, en otras palabras la cláusula penal, si la hubo".⁶

En mi opinión muy personal la promesa de matrimonio debe llamarse contrato ya que las partes lo celebran de común acuerdo, así como también estipulan en el las cláusulas correspondientes en cuanto a las donaciones hechas.

En la actualidad este contrato carece de existencia ya que los futuros contrayentes ya no lo celebran ya que es tomado como algo obsoleto o con propósitos fuera de las costumbres que ahora enmarcan nuestra situación actual.

3.2. Los esponsales como etapa prematrimonial y sus efectos.

En el matrimonio deben distinguirse tres etapas:

1.- La etapa prematrimonial, conocida como noviazgo, esta prevista en la regulación de los esponsales, ósea el compromiso de celebrar el matrimonio en un futuro. Durante este periodo pueden presentarse impedimentos que obstaculicen el noviazgo de manera que no pueda llegarse a la celebración del compromiso de esponsales, y menos al matrimonio. En este periodo no existen obligaciones entre los novios, por lo que libremente pueden ponerle fin.

2.- La celebración propia del acto, que debe considerarse como el momento de nacimiento del acto jurídico. Para su existencia y validez se requiere de diferentes manifestaciones de voluntad: la de los contrayentes, la del Juez del Registro Civil, la de los testigos y el caso de matrimonio de menores la de sus padres o tutores. Los hermanos Mazeud denominan a este periodo como matrimonio fuente, pues de él se deriva el estado matrimonial o matrimonio estado. Como todo acto jurídico, puede estar afectado por diversas causas de nulidad.

⁶ Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. 22ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1999.

3.- La etapa del Estado matrimonial es el periodo que resulta de la celebración del acto y constituye toda una forma de vida que se encuentra regulada no solo por el derecho sino por la moral, la religión y la costumbre. Es esta situación jurídica, general y permanente, que puede darse la denominación de institución, creadora constante de derechos y deberes que es aplicada a los cónyuges, parientes y descendientes, independientemente de su aceptación y reconocimiento como tales e incluso de su conocimiento. A esta etapa del matrimonio se pone fin con el divorcio o con la muerte.

"La etapa prematrimonial, regulada jurídicamente como de los esponsales, y que consiste en un periodo de convivencia entre los futuros contrayentes conocido con el nombre de noviazgo, considerado que al formalizarse la relación que este implica, ambos se entenderán comprometidos a celebrar un próximo matrimonio".⁷

La promesa de la celebración formal del acto matrimonial, por lo que constituye el acto previo al matrimonio. También era llamada esponsalicia de futuro, (no produce obligación de contraer matrimonio) para distinguirla de esponsalicia de presente (sinónimo de matrimonio).

La voluntad de los contrayentes es uno de los elementos de existencia del matrimonio.

Por razón natural, esta voluntad que se declara solemnemente en el momento de la celebración del matrimonio se ha debido formar antes del acto.

Los prometidos han acordado darse y entregarse mutuamente como marido y mujer y porque así lo han decidido, comparecen ante el juez del Registro Civil para casarse.

Este acuerdo previo para celebrar matrimonio, si es verbal (y comúnmente es verbal, no produce efectos jurídicos). En cambio, si se hace por escrito y es aceptado constituye esponsales.

En rigor, en el acto mismo de la celebración del matrimonio, el Juez del Registro Civil, para poder declarar unidos a los contrayentes en el legítimo matrimonio, debe recibir en el acto mismo, la declaración expresa y concreta de cada uno de los contrayentes, de que es voluntad de cada uno de ellos, unirse en matrimonio.

En derecho canónico los esponsales (sponsalia) tanto aluden a la promesa mutuamente entre los novios (sponsalia de futuro) como a la promesa (es una verdadera promesa) que en forma solemne otorgan los novios ante el sacerdote que los declara unidos (sponsalia de presente).

⁷ Pérez Duarte y N. Alicia Elena. Derecho de Familia 3era Edición Editorial UNAM México, 1994.

En el derecho civil, la palabra esponsalias, se refiere a la sponsalia de futuro, o compromiso formal dado por escrito y aceptado por el otro interesado, de contraer matrimonio entre sí.

El artículo 139 del Código Civil (derogado), define los esponsales de la siguiente manera: "la promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada, constituye esponsales".⁸

Es requisito para la validez de los esponsales, que quienes los celebran, tengan capacidad para contraer matrimonio (artículo 140).

"La capacidad para contraer matrimonio se adquiere a los 16 años cumplidos en el hombre y a los 14 años cumplidos de la mujer (artículo 148) Cuando los prometidos son menores de 18 años, aun cuando tengan aptitud para contraer matrimonio, requieren el consentimiento de sus representantes legales (artículo 141, 646 y 647 del Código Civil)".⁹

Así pues la validez de los esponsales requiere:

- a) Edad para contraer matrimonio.
- b) Forma escrita.
- c) Aceptación del compromiso.
- d) En su caso, el consentimiento de los representantes legales (padres o tutores) del prometido o de los prometidos, si uno de ellos ambos son menores de edad.

Es de pensarse que dada la naturaleza particular de los esponsales a que nos referimos dentro de un momento, la ley no exige como requisito de eficacia para ellos, los de ausencia de impedimentos para la celebración del matrimonio, pero no se entienda que la existencia de tales impedimentos es indiferente en esta materia.

Cuentan por supuesto "los impedimentos para celebrar el matrimonio, tratándose de esponsales, mas no como requisitos para su eficacia, sino como causas de ruptura justa e imputabilidad de la misma, en razón de la idea de cumpla que predomina en esta materia, según veremos, tan luego como precisemos los efectos jurídicos de los esponsales y derivemos su naturaleza en derecho".¹⁰

Los esponsales, no producen obligación de contraer matrimonio, ni puede estipularse pena alguna por no cumplir promesa. (Artículo 142 del Código Civil)

⁸ Galindo Garfias, Ignacio. Estudios de Derecho Civil 3era Edición. Editorial Porrúa. México, 1997.

⁹ Benjamín Flores Barroeta. Lecciones de 1er curso de Derecho Civil, México 1960. Página 320.

¹⁰ José Arias, Derecho de Familia, Segunda Edición, Buenos Aires. Pág. 95

"Los requisitos de los esponsales antes mencionados consisten en": ¹¹

Diferencia de sexo: Aun cuando no se haga de manera expresa, la ley exige que los esponsales solo se deben realizar entre un hombre y una mujer, ya que esa es una institución creada precisamente para regular la relación sexual entre personas de distinto sexo. Así en nuestro sistema social y jurídico no caben las estipulaciones dadas en otras latitudes sobre la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, pues la procreación, ha sido considerada como uno de los fines principales del matrimonio.

Aunque la capacidad para procrear no sea indispensable, piénsese en personas de edad avanzada, que afectan el acto matrimonial, aquel fin en ningún caso podría alcanzarse entre personas del mismo sexo, aunque tuviera lugar la comunidad debida íntima típica del matrimonio. Los individuos que por malformaciones fisiológicas no son aptos de voluntad para la relación sexual tampoco lo son para contraer matrimonio, tal ha sido la opinión de la jurisprudencia y la doctrina.

Pubertad legal: La edad mínima fijada por el Código Civil para poder celebrar esponsales es a los 18 años actualmente ya que hace referencia, que debe respetarse la edad que se tiene como requisito para contraer matrimonio.

Consentimiento: En nuestro tiempo dentro de nuestra cultura el matrimonio no se concibe sin el consentimiento de los contrayentes esto es la manifestación de la voluntad libre de todo vicio para que válidamente se exprese.

La ausencia del consentimiento implica necesariamente la inexistencia del matrimonio. Dicha ausencia puede darse en los casos de sustitución de algunos contrayentes o de su insipiencia de poder, en el caso de representación para el acto.

Sin consentimiento no hay matrimonio, establece categóricamente el Código Civil Francés. Para apreciar esta afirmación en todo lo que vale debemos recordar que en todas las épocas y en otros sistemas jurídicos el consentimiento de los esposos no era indispensable, pero aun lo es, por ejemplo cuando los padre de los futuros esposos eran quienes concertaban los matrimonios desde la infancia de sus hijos., o cuando lo mujer era comprada.

Las Naciones Unidas tiene abierto para su firma un protocolo mediante el cual se establece la obligatoriedad del consentimiento para la celebración del matrimonio y solo ha sido suscrito por menos de la mitad de las naciones del orbe, el mayor abstencionismo, se encuentran en los países africanos y profesantes de la fe mahometana.

¹¹ Delgadillo H. Luis. Introducción al Derecho Positivo Mexicano. 2da Edición. Editorial Limusa, México, 1994.

Autorización para menores: Desde tiempos pretéritos, el matrimonio ha sido considerado de interés familiar y se ha requerido de la conformidad de la familia para su celebración, incluso entre los mayores de edad. En la actualidad y en nuestro sistema jurídico, para la celebración de los esponsales solo se requiere la autorización de quienes ejercen la patria potestad o tutela en el caso de menores de 18 años.

- 1 Padres
- 2 Padre Sobreviviente
- 3 Abuelos paternos a falta de imposibilidad de los padres.
- 4 Abuelos maternos a falta de imposibilidad de los abuelos paternos.
- 5 Tutor
- 6 Juez Familiar
- 7 Delegado

En mi opinión, la ley resulta incongruente al establecer dos autoridades para un mismo acto, sobre todo cuando la autoridad administrativa es facultada para intervenir en caso de controversia entre el menor y sus representantes.

“Es de desearse que la facultad de resolver se reserve, en todo caso, al juez de lo familiar no solo en caso de oposición o negativa a otorgarla por parte de aquellos que deben darla”.¹²

Ausencia de impedimentos: Toda situación material o legal que impida los esponsales válidos, puede ser considerada impedimentos si los autores señalen situaciones específicas.

Por impedimento debemos entender toda prohibición establecida por la ley para la celebración del matrimonio, esto es, toda circunstancia de tipo biológico, moral o jurídico por lo cual se considera que el matrimonio no debe celebrarse.

Clasificación:

1.- La que previene del Derecho Canónico que los distingue en dirimientes e impedientes.

Dirimientes son aquellos que por su gravedad originan la nulidad del acto.

Impedientes son simplemente prohibitivos o impedimentos menos graves, que no llegan a producir la nulidad del vínculo, pero que se consideran ilícitos.

¹² Benjamín Flores Barroeta. Lecciones de 1er curso de Derecho Civil, México 1960, Pág. 320.

2.- La de los absolutos y relativos.

Absolutos son cuando impiden a quien los tiene el matrimonio con cualquier otra persona.

Relativos se impide con determinada persona.

3.- Dispensables y no dispensables.

La dispensa es el acto administrativo por el cual, en los casos expresamente señalados en la ley esta permite autorizar la celebración del matrimonio.

No dispensables en los casos señalados por la ley (parentesco, enfermedad, drogadicción).

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. Solo quiere decir que no puede constreñirse forzosamente a cumplir con la palabra empeñada, a aquella persona que después de otorgar esponsales, se niega a celebrar el matrimonio prometido.

Los prometidos en matrimonio, tienen siempre la posibilidad de retractarse de los esponsales otorgados, hasta el momento mismo de la celebración del matrimonio.

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

Aun cuando en la ley VII del Título Primero de la Curta Partida se permite a los obispos apremiar a que cumplan su casamiento, la gravedad de la coacción hace dudar de su oportunidad y aplicación.

"La ruptura sin causa justa de los esponsales o el hecho de diferir indefinidamente el cumplimiento de la promesa otorgada, produce los siguientes efectos:"¹³

- a) Que injustificadamente no cumple su promesa deberá resarcir a su prometido de los gastos, que este hubiere hecho con motivo del matrimonio que se había ofrecido.

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

¹³ Gutiérrez Pineda, Virginia, La Familia, Trasfondo Histórico, 2da Edición, Editorial Universidad de Antioquia, Ministerio de Cultura, 1997.

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

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

En todo caso, para fijar esta indemnización, el juez deberá tener en cuenta: la duración del noviazgo, la intimidad de las relaciones, la proximidad del matrimonio y otras razones de igual peso.

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

La acción para exigir la reintegración de los gastos erogados con motivo del matrimonio, la reparación moral y la devolución de las donaciones que se hubieren hecho los prometidos, dura un año a partir del rompimiento de esponsales.

"El Canon número 1017 del Código de Derecho Canónico, no concede acción para pedir la celebración solo da lugar a la acción de reparación de daños (*ad reparationem damnorum*)".¹⁴

En fin la responsabilidad civil, impone a quien da lugar al incumplimiento de los esponsales, la obligación de resarcir a la otra parte, los gastos efectuados por ella, con motivo del matrimonio proyectado y en su caso, la obligación de reparar el daño moral causado. A la ruptura del compromiso sigue la obligación a cargo de ambos prometidos, de devolver todo lo que mutuamente se hubiere donado con motivo del matrimonio. Estas obligaciones, nacen no del contrato, sino de la ley, son consecuencia natural del incumplimiento.

Donaciones antenuptiales.- Así se designa en general a los actos de enajenación (liberalidades) que a título gratuito hace uno de los futuros consortes al otro, en consideración al matrimonio.

También son donaciones antenuptiales las enajenaciones que en forma gratuita, hace un extraño a favor de uno de los futuros cónyuges o de ambos, en razón del matrimonio.

La costumbre de celebrar contrato de matrimonio (capitulaciones matrimoniales) es relativamente reciente. Los romanos no la tenían su régimen matrimonial no era

¹⁴ Ignacio Galindo Garfias, Derecho Civil, Primer Curso, 18ª Edición, Editorial Porrúa, México 1999.

convencional sino legal. Ellos verificaban solamente restitución por medio del *intrumentum dótale*, casi lo mismo ocurrió en la edad media aunque en los antiguos archivos se encuentran un numero bastante elevado de actos denominados "contratos de matrimonio en realidad se trata de promesas de matrimonio, no con estipulación de una dote".¹⁵

Solo en el siglo XVII cuando se poseyeron costumbres escritas se reconcilio la idea de modificar el estatuto local mediante reglas convencionales.

Donaciones esponsalicias.- Reciben este nombre de *esponsalitia largitates*, los presentes, obsequios y regalos de boda que antes de celebrarse el matrimonio suelen hacerse los futuros cónyuges, usadas ya en los pueblos mas remotos de la antigüedad, fueron regulados por nuestro derecho y antes del Código conocidos con aquel nombre por las leyes de la Novísima Recopilación.

Esta institución tiene la naturaleza de donación condicional su perfección depende de la celebración del matrimonio.

Las donaciones esponsalicias podían hacerse por la mujer al marido, sin limitación alguna, tal vez porque la ley creyó como el legislador de las partidas que no hacia falta "porque son las mujeres naturalmente codiciosas y quiriciosas"¹⁶ pero las hechas por el marido a la mujer, no puedan exceder de la octava parte de la dote por ella aportada.

Estas donaciones, entre los futuros consortes a las que realizan en favor de ellos los terceros, tienen en común estos datos:

Quien hace la donación (donante) la realizan en consideración al matrimonio y quien o quienes la reciben (donatarios) ha de ser siempre uno de los futuros esposos, o ambos si el donante se propone favorecer a la vez a los dos futuros cónyuges.

En todo caso la donación antenupcial, como su nombre lo indica, ha de ser anterior al matrimonio.

Aunque la causa de las donaciones antenupciales, es la misma, la celebración del matrimonio.

¹⁵ Ripert y Boulanger, tomo IX, Regímenes matrimoniales, numero, 45, Pág. 47.

¹⁶ Cárdenas Marmolejo, José Luis. Necesidad de derogar los esponsales de la legislación Civil del Distrito Federal. Derecho de Familia. Editorial Limusa, México, 1993.

3.3. Exposición de motivos de la derogación de los esponsales.

La institución de esponsales derogada hasta ahora el Código Civil del Distrito Federal y de otras Entidades Federativas como lo son Hidalgo en su Código Civil, Chihuahua y el Estado de México han decidido derogar el Capítulo de esponsales, ya que aumentaba los matrimonio entre 14 y 16 años decidiendo optar la medida que para contraer esponsales era necesario cumplir la mayoría de edad refiriéndose a los 18 años según los requisitos del matrimonio, no siendo dicha institución un requisito para contraerlo.

Los futuros contrayentes deben tomar conciencia del compromiso que realizan ya que prometer matrimonio y llevarlo a acabo nunca ha sido una tarea fácil ya que lleva consigo infinidad de deberes y obligaciones, las cuales tienen como finalidad la integración familiar.

"En la actualidad es muy difícil que los matrimonio sean arreglados por los familiares, aunque algunos lugares todavía lo realizan, pero en la mayoría de los caos las personas directamente escogen con quien desean comprometerse, y no creen indispensable realizar esponsales por escrito, ya que para ellos no resulta indispensable."¹⁷

La legislación ha tomado en cuenta todo este tipo de circunstancias que rodean la sociedad en general, derogando los esponsales ya que era una figura obsoleta y la cual ya no tenía realización en la práctica.

Aunado a todo lo anterior, los esponsales tenían como finalidad un medio de protección para el que se comprometía en matrimonio, pero dicha protección decaía en el momento en que no podía ser obligado a contraerlo si existiera un motivo para no hacerlo, además por ninguna instancia puede demandar el cumplimiento de la obligación de casarse ya que para ellos no resulta indispensable.

"La legislación ha tomado en cuenta todo este tipo de circunstancias que rodean a la sociedad en general, derogando los esponsales ya que era una figura obsoleta la cual ya no tenía realización en la práctica".¹⁸

¹⁷ Chávez Asencio, Manuel F. La familia en el Derecho, Relaciones Jurídicas Familiares. 4ta Edición Editorial Porrúa. México, 1998.

¹⁸ José Arias, Derecho de Familia, Segunda Edición Buenos Aires, Pág. 95.

Aunado a todo lo anterior, los esponsales tenían como finalidad un medio de protección para que él que se comprometía en matrimonio, pero dicha protección decaía al momento en que no podía ser obligado a contraerlo si existiera un motivo para no hacerlo, además por ninguna instancia puede demandar el cumplimiento de la obligación de casarse ya que solamente se había comprometido y uno de los elementos de existencia es la voluntad de las partes y si dicha voluntad no existía el compromiso no tenía efecto.

Es el caso de menores de edad que por causa de un embarazo no deseado y con autorización de sus representantes legales deben contraer matrimonio, sería una obligación moral y responsable la que ellos realizaran, este tipo de situaciones las encontraremos en la vida cotidiana y son excepciones para contraer matrimonio, pero los matrimonios arreglados en la actualidad son una forma obsoleta que en la práctica pocas veces se realiza.

3.4. Derogación de los esponsales en el Código Civil para el Distrito Federal.

“En el decreto de 28 de abril del año de 2000 se deroga el Capítulo Primero del Título Quinto del Libro Primero, “De los esponsales que comprendía los artículos 139 as 145 toda vez que esta figura jurídica había caído en desuso. Por esponsales se entendía la promesa de matrimonio hecha por escrito y que había sido aceptada por ambos pretendientes”.¹⁹

Su cumplimiento podía producir determinados efectos jurídicos, entre ellos; la obligación de quien rompiera el compromiso, de pagar una indemnización a título de reparación moral a la otra parte y de reembolsar los gastos que esta hubiera hecho con motivo del matrimonio proyectado, así como el derecho a exigir la devolución de lo que los pretendientes se hubieren donado por la misma causa.

En la sesión del primer periodo de sesiones extraordinarias de la LVIII Legislatura. La Diputada Olga Haydee Flores Velásquez (PRI).

Presento la iniciativa como proyecto de decreto que regule al Título Quinto, Capítulo Segundo del Código Civil Federal referente a los requisitos para contraer matrimonio, con la siguiente síntesis de exposición de motivos.

En México 27 entidades federativas permiten el matrimonio de las niñas de 14 años y de los niños de 16 años. Así queda asentado en el Código Civil Federal en su artículo 148 que señala para contraer matrimonio el hombre necesita haber cumplido 16 años y la mujer 14 años.

Esto significa que el Estado Mexicano avala, a través del Código Civil Federal, la

¹⁹ Galindo Garfias, Ignacio. Estudios de Derecho Civil 3era Edición. Editorial Porrúa. México, 1997.

celebración de matrimonios entre niñas y niños y el compromiso que implica con ello violando diversos artículos de la Convención sobre los Derechos del niño. El estado mexicano dicta válido que las mujeres requieren de una menor edad para la celebración del matrimonio en relación con los varones, induciendo discriminación y violentando la garantía de igualdad legal que establece nuestra constitución.

"A ello debemos aunar que en los estados de la república en el Código Civil Federal se aplica que los gobernadores los presidentes municipales o los jueces de lo familiar pueden dispensar la edad mínima para contraer matrimonio por causas graves y justificadas".²⁰

Esta causa grave e injustificada es el embarazo de las niñas menores de 14 años de edad y el tener que cumplir en los adolescentes menores de 16 años. Estos mismos jueces motivados por esa misma causa grave y justificada pueden también dispensar el permiso de los padres de familia para que sus hijos menores de edad contraigan matrimonio.

Las cifras reflejan mejor la realidad que exponemos. Actualmente en México casi 130mil niños y niñas de 12 y 14 años de edad, han contraído matrimonio. Este hecho desigual y violatoria a los derechos de la mujer y de los niños ha sido consignado por UNICEF a través de una recomendación enunciada por el comité de los derechos del niño al gobierno mexicano el 10 de noviembre de 1999 y que acota:

"El comité expresa su inquietud ante el hecho de que las edades legales para contraer matrimonio de los niños y las niñas en la mayoría de los estados partes son demasiado bajas y de que estas edades son distintas para niños y para niñas. Por ello resulta una exigencia para este Congreso ajustar la legislación al orden jurídico internacional y modificarlos requisitos hopar contraer matrimonio, estableciendo como norma para la celebración de tal acto la edad mínima de los 18 años para hombres y mujeres".²¹

Permitir y avalar el matrimonio a los 14 y 16 años de edad en mujeres y hombres respectivamente, debería hacernos reflexionar en hasta donde el honor familiar y el prestigio y las costumbres patriarcales siguen siendo justificación para la celebración del matrimonio entre niños.

Resalta el espíritu de nuestro Estado laico que no puede estar sujeto a que los padres de familia con el único fin de salvar el honor familiar resulta el embarazo de sus niñas a través del matrimonio. Esto es inaceptable en el siglo XXI.

²⁰ Magallon Ibarra, Jorge Mario. El matrimonio, Sacramento, Contrato, Institución. 4ta Edición. Editorial Mexicana. México, 1994.

²¹ Pérez Duarte y N, Alicia Elena. Derecho de Familia. 3era Edición Editorial UNAM. México, 1994.

Otros aspectos a considerar es que en la Declaración del niño, firmada y ratificada por nuestro país desde 1991, precisa que se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años.

Que el artículo 4 de nuestra constitución se establece que el varón y la mujer son iguales ante la ley y que las niñas y niños tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral, en tanto sus ascendientes, tutores o custodias, tienen el deber de reservar estos derechos y el Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto y la dignidad a la niñez y al ejercicio pleno de sus derechos.

Que en la aplicación de la convención sobre eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer, firmada en México y ratificada recientemente por el Senado establece que los estados partes reconocerán a la mujer la igualdad con el hombre ante la ley idéntica capacidad jurídica en materia civil; que los estados partes adoptaran todas las modalidades adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y en particular aseguran en condiciones de igualdad entre los hombres y mujeres, el mismo derecho para contraer matrimonio de niños que no tendrán ningún efecto jurídico los esponsales y el matrimonio de niños y se adoptaran todas las medidas necesarias de carácter legislativo para fijar un edad mínima para la celebración del matrimonio.

Se sabe que la ley no cambia automáticamente la realidad, pero sin cambios a la ley la realidad no cambia. El matrimonio adolescente es uno de los factores de mayor influencia para la producción y reproducción de la pobreza.

Por lo expuesto con anterioridad, encontramos un antecedente mas sobre la derogación de esponsales, la edad mínima que se utilizaba para poder contraer matrimonio era de 16 años y 14 años para hombres y mujeres respectivamente, siendo propuesta y aceptada la edad de 18 años para contraer dicho compromiso así como para contraer matrimonio. Y como sabemos, aunque los esponsales son eran un requisito para contraer matrimonio, si era una forma de contraer un compromiso entre personas menores de edad, las cuales aunque se debe tener autorización de un representante legal, o rillaban a menores a comprometerse y realizar un matrimonio entre niños.²²

²² Valverde, Valverde, Calizto, tomo IV, Pág. 352.

3.5. Falta de admisión de un procedimiento de demanda en que se pretende el cumplimiento de una promesa de matrimonio.

El artículo 42 es claro en su último párrafo no se admitirá la demanda en que se pretende su cumplimiento, esto implica el rechazo *ad liminen* de las demandas que se dirijan única y exclusivamente a exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio, así como la admisión a trámite de las que pretendan el resarcimiento conforme al artículo 43 del Código Civil.

Como se menciona anteriormente aludiendo a la regulación que existía en el año de 1981, no se admitía demanda en caso de incumplimiento ya que los esponsales no obligaban a contraer matrimonio, teniendo como consecuencia el no poder demandar por la vía civil ya que no cuenta con argumentos necesarios para entablar un juicio.

En el Estado de Hidalgo en el Código Familiar y de Procedimientos Familiares la reclamación en caso de incumplimiento de la promesa de matrimonio se realiza mediante comparencia ante el Oficial del Registro del Estado Familiar al cual se le expondrá las causas de su comparencia, explicando cual fue la causa grave que genero la terminación del compromiso. Los incidentes que surjan en el juicio si el procedimiento es oral, se resolverán dentro de la misma audiencia sin suspender.

La parte reclamante acudirá ante el juez exponiendo solamente el motivo de su comparencia. El juez familiar ordenará se levante una acta consignando lo expuesto resolviendo dentro de las 24 horas siguientes, lo que proceda. Con copia y documentos presentados se correrá traslado a la parte demandada, emplazándola para que en un término de cinco días comparezca a contraer las pretensiones. En ambas comparencias se ofrecerán las pruebas respectivas si algunas de estas no pudieran presentarse por lo reducido del término, acreditando el oferente que gestiona su abstención, el juez las requerirá de oficio a quien deba proporcionarlas.

En la comparencia del demandado, el juez señalara día y hora para la audiencia de pruebas y alegatos dentro de los quince días siguientes, permitiendo disponer siempre de un mínimo de cinco días.

En la audiencia de pruebas, alegatos y una vez desahogadas las primeras, se concederán quince días como mínimo a cada parte, para alegar oralmente lo que a su derecho convenga.

El juez dictará sentencia dentro de los cinco días hábiles con vista al Ministerio Público, si el transcurso ese tiempo no la dicta, incurre en responsabilidad.

El fallo el juicio oral expresará los elementos de prueba en que se fundó para dictarlo.

El día y hora señalados para la realización de la audiencia de pruebas y alegatos se notificara al Ministerio Público y se llevara a cabo asistan o no las partes.

Así dicha autoridad competente citará a la parte culpable para una breve audiencia, fijando la indemnización prudentemente en cada caso, teniendo en cuanto los recursos del prometido culpable y al gravedad de los perjuicios causados al inocente. A igual se establecerá la devolución de las donaciones que se hubieran hecho mutuamente los futuros contrayentes.

Por lo anterior es comprobado que la admisión de una demanda para el cumplimiento de dicha promesa de matrimonio que no ser realizada no tiene realización practica ya que no permite por ninguna instancia resolver ante un tribunal.

3.6. Actividad realizada del incumplimiento sin causa.

Las consecuencias que se derivan del incumplimiento de la promesa de matrimonio produce casi nulos efectos, sin embargo, esto no produce para desproteger al interviniente que confía de buena fe en la realidad de lo prometido y realiza actividades económicas con la mira puesta en dicha comunidad futura.

“El incumplimiento puede ser tanto directo (negativa directa a la celebración de las nupcias) como indirecto (una de las partes incide sobre la otra en conducta que motivo a la otra para apartarse de la celebración)”.²³

Estamos ante un acto recepticio e inidentificable (debido a que es el término a quo para contar el plazo de caducidad de la acción).

Cuyo contenido es una declaración de voluntad y no parece que sea necesaria conciencia de infracción, ya que basta con la contradicción de hecho entre la promesa pasada y la presente negativa a contraer matrimonio, no hay voluntad de casarse, pese a la promesa.

“El incumplimiento sin causa, en regulación estricta que la anterior, dado que antes se exigía que fuese justa la causa (lo que añadía un matiz de gravedad a la cuestión, tal y como señalaba BADOSA COLL)”.²⁴

Respecto de lo que deba entenderse como causa, dada su importancia (si hay

²³ Albacar y Martín Granizo, Comentario a los artículos 42 y 43, en Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia, tomo I, Ed. Trivium, Madrid 1991. Pág. 498 a 499.

²⁴ Badosa Coll, Comentario al Artículo 43 del Código Civil, tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993. Pág. 259.

causa ya no entra en aplicación un proceso) cabe aludir a conductas o estados de salud del otro promitente de tal relevancia que sean susceptibles de provocar la no celebración del matrimonio, algo que debe ser valorado en cada supuesto concreto, atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso (de los intervinientes, costumbres del lugar y familiares habiendo quien alude a la necesidad de valorar cada caso conforme a los hábitos e ideas dominantes en la época o esfera social. Se pretende que pese a respetarse esa libertad matrimonial que nunca debe verse condicionada, no se llegue a una absoluta desprotección del interviniente que, confiando en dicha celebración, celebra negocios contando con la misma.

La promesa de matrimonio debe ser cierta, esto es, de innegable existencia y con auténtica voluntad de celebración de matrimonio: debe resultar probada por cualquiera de los medios admitidos en derecho esa verdadera promesa de matrimonio concepto que excluye cualquier tipo de manifestación de sentimientos o declaraciones de voluntad aparentes así como relaciones prematrimoniales de hecho, pese a que fuesen duraderas.

3.7. Cuestiones procesales de interés sobre esponsales.

En las distintas legitimaciones procesales, hay que señalar el ejercicio activo y pasivo de las acciones son los novios que eran futuros contrayentes, la legitimación activa corresponde a quien no hubiere roto la promesa, mientras que la legitimación pasiva recae en quien opero la ruptura.

La legitimación pasiva no se alcanza por alguien que hubiese abonado directamente los gastos citados, como podrían ser los padres de alguno de los futuros contrayentes.

Se alude al plazo de caducidad de la acción; la acción que se prevé caducará el año contado desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio. El no ejercicio durante dicho plazo provoca su extinción, en vista de la caducidad existente, aunque realmente lo que caduca es el derecho de crédito existente no la acción.

"Se plantea un importante problema probatorio para determinar el día de la negativa a la celebración del matrimonio, en vista de las previsibles discrepancias entre cada parte y sus testigos respecto de la otra parte y sus testigos."²⁵

Dado que la prueba documental se presenta difícil, los problemas son previsibles.

La competencia para entender la demanda es el Juez no del lugar donde se iba a celebrar el matrimonio, sino el del domicilio del perjudicado.

²⁵ Albarac y Martín Granizo, Comentario a los artículos 42 y 43, en Código Civil, Doctrina y Jurisprudencia, tomo I, Ed. Trivium, Madrid 1991. Pág 498 a 499.

Capítulo 4

4.1. Propuesta de derogación al Capítulo Segundo del Código Familiar y de Procedimiento Familiares del Estado de Hidalgo respecto de a la figura jurídica de los esponsales.

Como es señalado en los capítulos anteriores la figura jurídica, institución o contrato de esponsales como son llamados por varios autores, en la actualidad no es utilizada, ya que los usos y las costumbres de nuestro país cambian constantemente.

En el Código Civil del Estado de Hidalgo se han conservado el Título Quinto del matrimonio Capítulo I de los esponsales que abarcan los artículos 141 al 147 porque según el artículo 2 transitorio del Código Familiar son aplicables a un a los negocios que al entrar en vigor dicho Código, estuviesen en trámite.

"En el Código Familiar y de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo encontramos los esponsales en el Capítulo Segundo con la siguiente redacción en los artículos 7 al 10".¹

Capítulo Segundo De los Esponsales

Artículo 7.- Los esponsales son fuente de obligaciones, cuando se otorguen por escrito, sean aceptados por los presuntos esposos, y ratificados ante el Oficial del Registro del Estado Familiar o un Notario Público.

Artículo 8.- Pueden celebrar esponsales, el hombre y la mujer que han cumplido 18 años, conforme al requisito de la edad para contraer matrimonio.

Artículo 9.- Los pretendientes pueden estipular alguna sanción para el caso de incumplimiento de los esponsales.

Artículo 10.- Si alguno de los pretendientes rehusare cumplir su promesa de matrimonio o la difiriera indefinidamente tendrá la responsabilidad de indemnizar a la otra parte de los gastos que hubiere realizado, con motivo del matrimonio prometido, esta acción puede ejercitarse dentro de un lapso de seis meses, contados a partir del vencimiento de la promesa.

Mi propuesta de derogación de los esponsales en el Estado de Hidalgo tiene como finalidad la actualización de las costumbres sociales y jurídicas que enmarca el Estado.

¹ Código Familiar y de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo. 3era Edición Editorial Cajica, México, 2003.

En una encuesta realizada en diferentes municipios el 70% de las personas desconoce esta figura y el otro 30% de ellas solamente los reconocen como pedida de mano ósea de forma verbal.

Al igual que en la mayoría de los Oficiales del Registro del Estado Familiar en estos últimos 3 años cuentan con un Registro de 24 casos en los que se registran esponsales antes contraer matrimonio.

Y comentan que como no son requisito para contraer matrimonio seguramente son hechos solamente de manera verbal.

Al darnos cuenta de esta situación también podemos plantear que una ley secundaria no pudo sobre pasar a la principal refiriéndome al Código Familiar y de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo y al Código Civil del Estado de Hidalgo respectivamente.

Al no encontrar ningún uso en la actualidad sobre esta institución convendría su derogación.

4.2. Los esponsales figura jurídica vigente en el Código Familiar y de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo.

Los esponsales son señalados como fuente de obligaciones cuando se otorguen por escrito y como es de nuestro conocimiento esto solamente se hacía anteriormente ya que ahora han pasado a ser obsoletos.

Sean aceptados por los presuntos esposos y ratificados ante el Oficial del Registro del Estado Familiar o un Notario Público.

Procedimiento que no se realiza ya que no es un requisito formal para contraer matrimonio.

La única acción que puede ejercitarse en caso de incumplimiento caduca en seis meses contados a partir del vencimiento de la promesa, acto que será muy difícil de comprobar en un juicio.

"El motivo por el cual todavía los encontramos vigentes en esta legislación es por que se favorece a un grupo social de buena solvencia económica y perjudica en su mayoría a los demás ya que ni siquiera se tienen el conocimiento de sus existencia".²

Otro punto importante que debe ser señalado son las publicaciones que existen de esponsales en los diarios de mayor circulación, sin que estos hayan sido

² Martínez Ramos, Martha Elena. Inaplicabilidad de los esponsales en el matrimonio. 3era Edición. Editorial FCE. México, 1994.

registrados ante la autoridad competente, simplemente es manejado como un acto solemne.

"El Código Familiar Reformado y de Procedimiento Familiares del Estado de Hidalgo ambos ordenamientos se publicaron en el Alcance al Periódico Oficial del Gobierno del Estado de Hidalgo, Número 46, del 8 de diciembre de 1986".³

Guillermo Rosell de la Lama, Gobernador constitucional del Estado de Hidalgo anuncio la quincuagésima segunda Legislatura del Estado Libre y Soberano de Hidalgo en donde expide en el decreto 157 del Código Familiar y de Procedimientos Familiares

Decreto 158 teniendo como único motivo de edición los negocios pendientes que existan al entrar en vigencia como se menciona en el artículo segundo transitorio que a la letra dice:

Artículo 2 transitorio.- Sus disposiciones regirán los efectos jurídicos de los actos anteriores a su vigencia, si con su aplicación no se violan derechos adquiridos.

4.3. Los esponsales figura jurídica no utilizada en la actualidad.

Como sabemos actualmente los usos y las costumbres de nuestro país han ido evolucionando constantemente ya que al transcurrir los años el México actual en el que vivimos en este momento se ha adecuado de tal forma que algunos aspectos de la vida cotidiana que resultaban importantes anteriormente, en la actualidad ya no son utilizados

En el medio jurídico una de las figuras que podemos encontrar en desuso es la de los esponsales dicho anteriormente como la promesa de matrimonio que se realizaban mutuamente las parejas que deseaban contraer matrimonio, era un medio utilizado para comprometerse públicamente aunque legalmente no tiene razón de forzar un cumplimiento por la vía procesal ya que solamente el Juez era el que determinaba la sanción que se daría al que cayera en dicho incumplimiento.

Los novios que ahora desean contraer matrimonio solamente confirman los requisitos para contraer dicho enlace, pero no tienen en mente el realizar esponsales ya que esta etapa matrimonial para algunos resulta antigua y a veces innecesaria ya que la mayoría de las personas no saben de él.

"¿Porque los esponsales ya no son utilizados en la actualidad? Podemos encontrar muchas respuestas a esta pregunta; la primera sería porque fue una figura jurídica regulada en el Código Civil del Distrito Federal, pero a hora y a la

³ Código Familiar y de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo. 3era Edición Editorial Cajica. México, 2003.

encontramos derogada ya que por si sola cayo en desuso".⁴

Ósea nos referimos a que cuando una figura jurídica regulada en el Código Civil deja de utilizarse en la práctica se tienen muchos motivos para su derogación.

En el Estado de Hidalgo al igual que en el Distrito Federal su derogación ya ha sido hecha, pero siendo un absurdo en el Código Familiar y de Procedimientos Familiares encontramos aun esta figura aunque solamente existen muy pocos casos de que las personas la utilizan en la vida cotidiana.

Como es bien sabido la única forma en la se utilizan esponsales en la actualidad se hace de manera verbal, cuando los futuros contrayentes anuncian las personas mas allegadas a ellos el futuro matrimonio, al igual que se hacen publicaciones en los diarios locales, de la ciudad.

4.4. Falta de fundamento para la figura de esponsales.

Como sabemos los esponsales jurídicamente habían sido regulados en la Legislación, pero actualmente han sido derogados por la falta de utilidad en la practica, ya que actualmente es utilizado solamente como un acto solemne de forma verbal entre los futuros contrayentes.

La figura de los esponsales tuvo sus inicios en el derecho romano en donde la única autoridad presente para su realización era el Paterfamilias el cual daba su visto bueno para dicho acto; posteriormente fue regulada en el derecho mexicano aunque siempre existió pero solamente de manera verbal aludiendo posteriormente que fueren por escrito ante autorizada para darle valor legal.

Pero como es posible que se manifieste un acto solemne como lo son los esponsales dentro de una regulación jurídica no teniendo manera de proceder legalmente en caso de incumplimiento (ósea mediante juicio) siendo que las obligaciones que genera es el compromiso que realizan dos personas que posteriormente contraerán matrimonio, pero que en ningún caso pueden ser obligadas a contraerlo siendo solamente un pacto de común acuerdo, la formalidad que se requiere para realizar los esponsales es que deben ser en presencia de una autoridad, teniendo mayor valor la voluntad que tienen las partes y en caso de ser menores de edad, la de sus representantes legales.

Los esponsales en el Estado de Hidalgo todavía se encuentran vigentes en el Código Familiar y de Procedimientos Familiares, siendo una ley secundaria mientras que en el Código Civil ya han sido derogados aunque se siguen editando por asuntos pendientes al entrar en vigencia.

⁴ Entrena Klett, Carlos Ma. Matrimonio, Separación y Divorcio, en la legislación actual y en la historia. 3era Edición. Editorial Aranzadi, España, 1990.

Lo mencionado con anterioridad es uno de los motivos por los cuales actualmente los esponsales carecen de fundamento jurídico, a lo que me refiero con ello es que existe una contradicción, al regular esta figura en el Código Familiar siendo que no existe una admisión de demanda en caso de incumplimiento, por lo cual esta figura carece de un proceso jurídico para dicha regulación.

4.5. Efectos negativos que generaría la exposición de la figura de esponsales en la legislación.

“En los países de derecho escrito, la legislación es la mas rica e importante de las fuentes formales. Podríamos definirla como el proceso por el cual uno o varios órganos del Estado formulen y promulgan determinadas reglas jurídicas de observancia general, a las que se da el nombre específico de leyes”.⁵

Históricamente, las costumbres fueron anteriores a la obra del legislador. En los estados primitivos de la evolución social existía una costumbre indiferenciada, mezcla de prescripciones éticas, religiosas, convencionales y jurídicas. Al independizarse el derecho de la religión y la moral, conservo su naturaleza consuetudinaria y no fue sino en época relativamente reciente cuando un proceso legislativo se inicio y aparecieron los primeros códigos.

La tendencia siempre creciente hacia la codificación del derecho, es una exigencia de la seguridad jurídica. A pesar de su espontaneidad del derecho consuetudinario carece de una formulación precisa, lo que hace difícil su aplicación y estudio. Por otra parte, su ritmo es demasiado lento. El legislador, en cambio, además de su precisión y carácter sistemático puede modificarse con mayor rapidez y se adapta mejor a las necesidades de la vida moderna.

“Al igual que en la Legislación cabe mencionar un factor muy importante que impera en la vida cotidiana como lo es la costumbre como fuente de derecho, la costumbre es un uso implantado en una colectividad y se considera por ello como jurídicamente obligatoria, es el derecho nacido consuetudinariamente, el *ius moribus constitutum*”.⁶

Es un uso existente en un grupo social, que expresa un sentimiento jurídico de los individuos que comprende dicho grupo.

Con gran frecuencia el legislador remite al magistrado para la solución de determinadas controversias, a los usos locales o profesionales. Tal cosa ocurre en el tema que hemos expuesto los esponsales los cuales anteriormente eran una costumbre y su uso era general entre la sociedad hasta que se regularon en la ley.

⁵ Eduardo García Maynes. Introducción al estudio del Derecho. Cuadragésima Octava Edición. Editorial Porrúa. México 1996. Pág. 51-52.

⁶ Bravo. Primer Curso de Derecho Romano. 5ta Edición. Editorial UNAM. México, 1993.

Se trataba de una práctica, general, algunas especialmente como un precontrato, y que en virtud del principio de la autonomía de la voluntad se sobreentiende cómo todos esos actos, inclusive, con algunas reservas en los de carácter solemne para interpretar o complementar la voluntad de las partes.

Es por ello que en la actualidad el hecho de que una figura jurídica que ya a caído en desuso desde hace muchos años como lo son los esponsales no puede seguir en la legislación y causaría efectos de retroceso en las costumbres que actualmente marcan nuestra época.

En un principio, las normas jurídicas rigen los hechos que durante este lazo de su vigencia, ocurren en concordancia con sus supuestos se realiza mientras una ley esta en vigor, las consecuencias jurídicas que la disposición será la de imputarse al hecho condicionante. Realizo este, ipso facto se actualizan sus consecuencias normativas. Las facultades y deberes derivados de la realización de un supuesto poseen una existencia temporal más o menos larga. Algunas veces, la disposición normativa indica la duración de aquellos; otras, tal duración indefinida, y la extinción de las consecuencias de derecho depende de la realización de ciertos supuestos.

“Una de las principales tesis que marcan las consecuencias de la retroactividad de una ley es la Tesis de Planiol. Este autor propone la siguiente formula para la explicar la noción de retroactividad: las leyes son retroactivas cuando vuelven sobre el pasado, sea para apreciar las condiciones de legalidad de un acto, sea para modificar o suprimir los efectos ya realizados de un derecho. Fuera de estos casos no hay retroactividad y la ley puede modificar los efectos futuros de hechos o de actos incluso anteriores, sin ser retroactiva”.⁷

La tesis de Bonnacase se basa en la distinción entre situaciones jurídicas abstractas y concretas. Una ley es retroactiva, según el autor francés, cuando modifica o extingue una situación jurídica concreta: no lo es, en cambio, cuando simplemente limita o extingue una situación abstracta, creada por la ley cedente. Habrá, pues, que fijar los conceptos de situación jurídica abstracta y situación jurídica concreta.

Por situación jurídica se entiende cómo la manera de ser de cada uno, relativamente a una regla de derecho o a una situación jurídica. Las situaciones jurídicas pueden ser abstractas o concretas.

Situación jurídica abstracta es la manera de ser eventual o teórica de cada uno en una relación con una ley determinada. Supongamos que una ley establece que las

⁷ Planiol y Georges Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil. 2ª Edición. Editorial Cárdenas. México 1991.

personas son capaces de heredar. Relativamente a todas ellas, la ley es cuestión crea una situación jurídica abstracta, en cuanto determina, modo genérico, que requisitos deben concurrir en un sujeto para que se halle en condiciones de ser instituido heredero.

Otro ejemplo (edad que rige los esponsales) es que una ley rebaja a los 18 años la edad de la mayoría, todos los menores de 18 años se encuentran, relativamente a la nueva ley, en una situación jurídica abstracta. Pero al cumplir esa edad la situación jurídica abstracta se transforma en concreta.

Lo anterior demuestra que la derogación de los esponsales ha dado un avance importante en Legislación ya que al no ser una figura utilizada en la actualidad con mayor razón debe desaparecer su regulación en la ley.

4.6. Diferentes legislaciones de la República mexicana donde ha sido derogado el Capítulo correspondiente a los esponsales y sus motivos.

Posterior al estudio comparativo realizado sobre algunos estados de la República en donde todavía se encuentran en vigencia la figura de los esponsales, a continuación haré referencia a otras entidades en donde ya ha sido derogado el Capítulo correspondiente a los esponsales y los motivos que tuvieron para dicha derogación.

A diferencia del Código Civil del Distrito Federal que regula los esponsales como promesa de matrimonio que engendra una indemnización en caso de ruptura los Códigos Civiles de los Estados de México, Oaxaca, San Luis Potosí y Yucatán, no regulan esa institución ni imponen por tanto sanción alguna en caso de incumplimiento o de ruptura del noviazgo

En cambio si regulan la materia de los esponsales en forma idéntica al Código Civil del Distrito Federal de 1928, los Códigos de los estados de Aguas Calientes, Baja California, Coahuila, Colima, Durango, Chiapas, Chihuahua, Guerrero Hidalgo Jalisco, Michoacán, Morelos, Nayarit, Nuevo León, Querétaro, Sinaloa, Tabasco y Veracruz.

El Código Civil de Campeche aunque regula la materia de los esponsales idéntica a la del Código Civil del Distrito Federal de 1928, modifica la disposición que dice: que no puede estipularse en ellos pena alguna por no cumplir la promesa, estableciendo por el contrario que si puede hacerse una estipulación en la que se pacte pena por no cumplir la promesa ya que esa pena se aplicara cuando la falta de cumplimiento a los esponsales sea injustificada a juicio de la autoridad judicial.

En los códigos de Guanajuato, Puebla y Zacatecas esta vigente esta materia, la ley de Relaciones Familiares en su artículo 14 estableció el pago de daños y perjuicios por ruptura de esponsales cuando estos constaran por escrito y porque el Código de Tlaxcala incorporó en su articulado este mismo precepto de la ley de Relaciones Familiares.

Encontrándonos entonces con la definición de que en la mayoría de los estados de la República siguen en vigencia, pero observando varias modificaciones en las sanciones en caso de incumplimiento, aunado a ello su vigencia no significa en la mayoría de los casos que en la actualidad se sigan realizando en la práctica.

También hago mención de los diferentes Estados en donde ya ha derogado la figura de los esponsales ya que resulta obsoleta y fuera de práctica.

4.7. Razón de ser: Derogación del Capítulo correspondiente a los esponsales y argumento jurídico.

El proyecto propuesta de derogación del Capítulo Segundo del Código Familiar y de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo, tiene como finalidad mantener la libertad incondicional que deben tener los contrayentes al celebrarse el matrimonio, por ello el Legislador estableció que los esponsales no producen obligación de contraer nupcias.

Por lo tanto no están sujetos a las normas de los contratos, ni producen la obligatoriedad que sería necesaria para sostener su naturaleza jurídica, en el caso del Capítulo de esponsales es incongruente que en el Código Civil del Distrito Federal y que en el Código Civil del Estado de Hidalgo haya sido derogado siendo la base de nuestra Legislación Civil, y sigamos encontrando su existencia en el Código Familiar y de Procedimientos Familiares.

En la actualidad no se realizan esponsales en la etapa prematrimonial por ello su existencia no tiene razón de ser.

Nunca se ha hecho mención de que esta figura sea un requisito indispensable para contraer matrimonio, la ley nunca lo ha estipulado ya que es una promesa de matrimonio, no un contrato, en el que se pudiera obligar a un individuo a contraer forzosamente matrimonio, ya que estaríamos violando sus garantías individuales.

La libertad social u objetiva del hombre se revela como la potestad consistente en realizar trascendentalmente los fines que el mismo se forja por conducto de los medios idóneos que su arbitrio le sugiere, que es en lo que se estriba su actuación externa, la cual solo debe tener las restricciones que establezca la ley en aras de un interés social o estatal o de un interés legítimo privado ajeno.

"La libertad individual, como elemento inseparable de la personalidad humana, se convirtió, pues en un derecho público cuando el Estado se obliga a respetarla".⁸

Por ello es indispensable respetar la libertad que tienen los individuos a comprometerse o no en matrimonio, siendo clara la idea de no poder estar obligado a contraerlo aunque haya hecho una promesa la cual no se sabe a ciencia cierta si será efectuada por las partes, por ello la legislación debe mantener la figura jurídica de los esponsales como un acto solemne privado que realiza la sociedad, y ningún motivo debe permitir que sean realizados por escrito y ante una autoridad determinada como lo es el Oficial del Registro del Estado Familiar o un Notario Público ya que no se trata de un contrato, sino de una promesa hecha entre dos personas mutuamente, de la cual se originan solamente obligaciones del noviazgo y por e tiempo que este haya durado.

Siendo necesaria su derogación del Código Familiar y de Procedimientos Familiares para el Estado de Hidalgo ya que en dicha Entidad Federativa ya no son realizados como la ley los enuncia.

⁸ Cárdenas Marmolejo José Luis. Necesidad de derogar los esponsales de la legislación civil del distrito Federal. Derecho de Familia. Editorial Limusa, México 1993.

CONCLUSIONES

Siendo probada la hipótesis en su variable independiente que dice: los esponsales son una figura jurídica ya que se contempla en la ley, a pesar de que ya ha caído en desuso en la actualidad, lo que se desvirtúa en su existencia en el Código Familiar del Estado de Hidalgo vigente que se cita en el punto 2.2 y 2.5 del capitulado que anteriormente expongo.

En el temario dividido en cuatro capítulos se hace mención de lo siguiente:

1.- Los esponsales como hemos podido constar, tienen su origen en el Derecho Romano, los cuales eran realizados en la mayoría de los casos por los padres de los contrayentes por intereses familiares o por disposición del paterfamilias ya que podían ser realizados desde la edad de siete años, aunque los jóvenes contrayentes no tuvieran la disposición o el conocimiento de que en un futuro lejano contraerían matrimonio con algún miembro de otra familia por voluntad familiar.

En el México Antiguo también eran realizados esponsales y al igual que en el Derecho Romano el jefe de familia era el que disponía con quien debía casarse un miembro de la familia, ya fuera por intereses familiares o por amistad entre dichas familias.

En Europa al igual que en otras partes del mundo se realizaban esponsales entre príncipes y princesas o gente de la nobleza.

En la mayoría de los casos los requisitos eran muy similares ya que la entrega de arras, la publicidad del noviazgo y la fecha en que se contraerían matrimonio destacaban, como al igual era la pedida de mano y la promesa de matrimonio que realizaba el novio a la novia y dando así inicio a la etapa prematrimonial que se realizaba desde esa época.

2.- La regulación jurídica que existía en México no manejaba la figura de esponsales como tal, sino como promesa de matrimonio. La cual podía hacerse desde la pubertad ósea desde los 14 años y 16 años para la mujer y el hombre respectivamente, hecha por escrito y aceptada por ambas partes, teniendo como requisito la voluntad y consentimiento de las partes, añadiendo a esto una sanción en caso de incumplimiento del prometido matrimonio.

Pero existiendo una falta de procedimiento en cuanto a demandar el cumplimiento ya que los esponsales no obligan a contraer matrimonio, y solamente te podrá indemnizar de los gastos erogados a la parte inocente, esta acción se puede ejercitar dentro de los seis meses, contados a partir del rompimiento de la promesa.

Los esponsales eran vistos por varios autores como un contrato de promesa, otros lo mencionaban como una institución o figura jurídica utilizada por los futuros contrayentes para regular el compromiso y las donaciones antenupticiales que rehiceran mutuamente en el transcurso del noviazgo.

3.- Con el transcurso del tiempo esta figura cayó en desuso ya que era vista como una institución antigua y que no generaba ninguna seguridad de que se cumpliera el matrimonio prometido, ya que en caso de incumplimiento el daño moral no puede ser reparado con una cantidad de dinero, así que empezó a realizarse de forma verbal, siendo la costumbre que los padres del novio asistieron al domicilio de la novia a pedirla en matrimonio, frente a familiares y amistades.

La idea fundamental que se tiene para la derogación de los esponsales es que en nuestro sistema jurídico no existe forma de cómo demandar el cumplimiento de promesa que no genera una obligación de contraer matrimonio además que siendo ya una figura obsoleta manejada por muy pocas personas, dichas personas no se presentan ante el Oficial del Registro del Estado Familiar para la realización de los esponsales.

4.- En el Código Civil del Estado de Hidalgo ya han sido derogados, pero en el Código Familiar siguen vigentes manejados como fuente de obligaciones mientras se otorguen por escrito, y sean ratificados ante la Autoridad correspondiente, debemos tomar en cuenta que no existe tal presentación de los futuros contrayentes ante dicho acto, ya que la mayoría lo realiza de manera verbal, la edad necesaria para contraer esponsales de 18 años conforme a los requisitos del matrimonio, no siendo requisito indispensable para contraer matrimonio la realización de los esponsales.

Otro punto muy importante que debemos resaltar es que los pretendientes estipulen alguna sanción en caso de incumplimiento de los esponsales, siendo que dicha disposición debe ser realizada por la autoridad competente en caso de incumplimiento, dejando fuera la posibilidad de pedir la reparación del daño moral que ocasionara el contrayente que diere motivo grave para no contraer matrimonio.

Como hemos podido observar mediante el estudio de los esponsales dicha figura no tiene ningún fundamento para seguir vigente, siendo la exposición de motivos que ya no es realizada en la actualidad, que no asegura el cumplimiento y que es un daño moral difícil de resarcir y la indemnización de gastos realizados para un matrimonio que no sabemos si en un futuro se contraerá. Dicha figura a mi parecer debería utilizarse como un acto solemne para la publicidad de un compromiso, que tiene como finalidad un matrimonio.

Con dicho estudio si se acredita la variable dependiente que dice que los esponsales deben ser considerados como un acto solemne, citados en el punto 1.5, 2.6 y 4.3 del capitulo expuesto con anterioridad.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Arguello, Luis Rodolfo. Manual de Derecho Romano. 24ª Edición. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1994.
- 2.- Baqueiro Rojas, Edgar. Derecho de Familia y Sucesiones. 3ª Edición. Editorial Harla. México, 1990.
- 3.- Bravo Primer Curso De Derecho Romano. 5ª Edición. Editorial UNAM. México, 1980.
- 4.- Cárdenas Marmolejo, José Luis. Necesidad de derogar los esponsales de la Legislación Civil del Distrito Federal. Derecho Familiar. Editorial Limusa. México 1993.
- 5.-Chávez Ascencio, Manuel F. Matrimonio, (Compromiso jurídico de vida conyugal.) 1ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1998.
- 6.- Chávez Ascencio, Manuel F. La Familia en el Derecho de Familia, Relaciones Jurídicas Familiares. 4ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1998.
- 7.- Díez-Picasso, Luis Guillón Antonio. Sistema de derecho Civil, Volumen IV, Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, Tecnos, Madrid 2001.
- 8.- De Ibarrola Antonio. Derecho de Familia. 4ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1993.
- 9.- Delgadillo H, Luis. Introducción al Derecho Positivo Mexicano. 2ª Edición. Editorial Limusa. México, 1994.
- 10.- Entrena Klett, Carlos Ma. Matrimonio, Separación y Divorcio, (en la legislación actual y a la historia). 3ª Edición. Editorial Aranzadi, España, 1990.
- 11.- Flores Sedano Alejandra. Estudio Jurídico sobre el Capítulo Civil de Esponsales en el Código Civil para el Distrito Federal. Matrimonio Civil. Editorial Limusa. México, 1993.
- 12.- Galindo Garfías, Ignacio. Estudios de Derecho Civil. 3ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1997.
- 13.- Gutiérrez de Pineda, Virginia, La Familia Trasfondo Histórico. 2ª Edición. Editorial Universidad de Antioquia, Ministerio de Cultura, 1997.
- 14.- Heli Abel Torrado, De la Sociedad Conyugal. Editorial Universidad Sergio Arboleda, México, 2001.

- 15.- Juárez, Silvia. Apuntes de Nociones de Derecho Positivo Mexicano. Atoyac, México, 1999.
- 16.- Magdant S, Guillermo Floris. El Derecho Privado Romano. Como introducción a la cultura jurídica contemporánea. 24ª Edición. Editorial Esfinge. Naucalpan, Estado de México, 2000.
- 17.- Magdant S, Guillermo Floris. Introducción a la Historia del Derecho Mexicano. 14ª Edición. Editorial Esfinge. Naucalpan, Estado de México, 1997.
- 18.- Magallon Ibarra, Jorge Mario. El matrimonio, (sacramento, contrato, institución). 4ª Edición. Editorial Porrúa. Mexicana. México, 1994.
- 19.- Martínez Ramos Martha Elena, Inaplicabilidad de los esponsales en el matrimonio. 3ª Edición. Editorial FCE. México, 1994.
- 20.- Morineau I. Duarte, Marta. Derecho Romano Diccionario Jurídicos. Temáticos, Oxford University Press. México, 2002.
- 21.- Moto Salazar Efraín y Moto José Miguel. Elementos de Derecho. 44ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1992.
- 22.- Pacheco E. Alberto. La familia en el Derecho Civil Mexicano. 2ª Edición. Editorial Panorama. México, 1994.
- 23.- Pérez Duarte y N, Alicia Elena. Derecho de Familia. 3ª Edición. Editorial UNAM. México, 1994.
- 24.- Planiol y Georges Ripert. Tratado Elemental de Derecho Civil. 2ª Edición. Editorial Cárdenas. México, 1991.
- 25.- Rojina Villegas, Rafael. Compendio de Derecho Civil. 22ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1999.
- 26.- Sánchez Márquez, Ricardo. Derecho Civil. Parte General, Personas y Familia. 1ª Edición. Editorial Porrúa. México, 1998.

LEGISLACION CONSULTADA

- 1.-Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos. Editorial Porrúa. México, 2002.
- 2.- Constitución Política del Estado de Hidalgo. 3ª Edición. Editorial Cajica. México, 2003.
- 3.- Código Civil para el Distrito Federal. Editorial Porrúa. México, 2003.
- 4.- Código Civil para el Estado de Hidalgo. 3ª Edición. Editorial Cajica, México 2003.
- 5.- Código Familiar y de Procedimientos Familiares del Estado de Hidalgo. 3ª Edición. Editorial Cajica. México, 2003.
- 6.- Código Civil para el Estado de Campeche. Editorial Anaya. México, 2003.
- 7.- Código Civil para el Estado de Chiapas. 4ª Edición Editorial Cajica. Puebla, México 2003.
- 8.- Código Civil para el Estado de Sinaloa. Editorial Anaya. México, 2003.
- 9.- Código Civil para el Estado de Sonora. Editorial Anaya. México, 2003.
- 10.-Código Civil para el Estado de Tabasco. Editorial Cajica. México, 2003.
- 11.- Código civil para el Estado de Tamaulipas. Editorial Cajica. Puebla México, 2003.
- 12.- Código civil para el Estado de Tlaxcala. 6ª Edición. Editorial Cajica. México, 2003.

OTRAS FUENTES

Paginas de Internet.

www.anfitrion.cl/actualidad/realcion/legialcion/ccmodif/indice.

www.incamex.org.mx

www.bcn.cl/imag/pdf/indioceleyes/actualizacion/c.civil.pdf

www.congreso.gob.hn/sil.codigos/civil

www.pci204.cindoc.csic.eltesauros/Derechointroduccion

www.-ar.geocities.com/magisterio_iglesia.com

www.fiscalia.org/doctdocu/jurdrae

Enciclopedias.

1. Enciclopedia Jurídica Básica. 4 Tomos. Editorial Civitas. Año 1995. Primea Edición. Pág. 7136.
2. Enciclopedia Jurídica Cabellenas. 8 Tomos. Autor caballeras, Guillermo Editorial Heliasta. Año 1990. 2ª Edición. Pág. 8000.

Diccionarios Jurídicos.

1. Pina Rafael. Diccionario de Derecho, Vigésima Cuarta Edición. Editorial Porrúa, México, 1997.
2. Diccionario Jurídico, Autores: J. Fonseca Herrero, Raimundo. Maria J. Iglesias Sánchez. Edición, 1999.
3. Diccionario de la Lengua Española (dos tomos) Editorial Espasa. Edición 2001.
4. Diccionario de Derecho CD. ROM para Windows. Ribo Duran. Edición, 1995.