

LOS ESPONSALES, NATURALEZA JURIDICA

Por Moisés HURTADO GONZÁLEZ.

Profesor de la Facultad de Derecho
de la U.N.A.M.

1. *Concepto.*

Cuando el hombre institucionalizó la unión matrimonial, creó al mismo tiempo las prácticas religiosas y las costumbres legales pertinentes. Entre ellas, una de las más importantes por su trascendencia social y jurídica fueron los esponsales.

Esta palabra *esponsales* proviene de la voz latina *spondeo*, promesa, porque —afirma Ulpiano—¹ fue costumbre de los antiguos romanos estipular las condiciones según las cuales se prometía a la mujer para un enlace próximo. Y de aquí también que a la prometida se le llamara esposa, y al sujeto a quien se prometía, esposo.

Los esponsales, por lo tanto, en un sentido estricto son *futurarum nuptiarum promissa*, es decir, la promesa de futuras nupcias. Es el mismo sentido en que se pronuncia Florentino en el Libro III de sus Instituciones al decir que los esponsales son mención y promesa de matrimonio futuro.²

En nuestra época, el artículo 139 del Código Civil para el Distrito Federal determina que “la promesa de matrimonio que se hace por escrito y es aceptada, constituye los esponsales”.

Sin embargo, la palabra esponsales tiene también otros sentidos, a saber:

- a) En un sentido impropio, se toma por las arras y los regalos que se intercambian los futuros esposos.

¹ RODRÍGUEZ DE FONSECA, Bartolomé Agustín. *Digesto teórico práctico*. (Madrid: Imprenta Real, 1788, tomo VIII, pp. 83 ss.

² GÓMEZ SALAZAR, Francisco. *Instituciones de Derecho canónico*. (León. Imp. de Herederos de Miñón, 1891), Tomo II, p. 595.

- b) Indica el matrimonio, aún no celebrado, porque en los esponsales hay cierta promesa de entrega mutua.
- c) Se refiere a la promesa de futuro matrimonio, llamándose entonces esponsales de futuro, para distinguirlos del matrimonio propiamente tal, al cual se le daba el nombre de esponsales de presente.
- d) En el Derecho canónico se les conoce también con los nombres de *fides pactionis*, *fides consensus*, *spes matrimonii*, *seu nuptiarum* y también *sacramentalia matrimonii* (porque constituyen una disposición previa para el sacramento de matrimonio).³

No agregaremos nada en cuanto al inciso a). En cuanto al b), hemos de rechazar que los esponsales sean un matrimonio preliminar. En cuanto al c), tal distinción es insostenible después de las precisiones del Concilio de Trento, y por la misma razón anterior, siendo hoy en día criterio general el que los esponsales han de ser siempre de futuro. En cuanto a los diferentes nombres consignados en el d), creemos también que lo que enuncian posee la claridad racional suficiente.

En resumen, la palabra alude a dos fenómenos profundamente diferentes. Por un lado, a las relaciones prematrimoniales —que constituían, como ya hicimos ver, un matrimonio hecho—, y, por el otro, el convenio estrictamente intelectual y moral y, por su naturaleza misma, completamente distinto del matrimonio que se celebrará gracias a ese acuerdo.

En la actualidad, sin embargo, los esponsales se refieren exclusivamente a la promesa mutua de matrimonio futuro o, como escribe Lagomarsino, “la promesa bilateral de matrimonio” o “promesa mutuamente aceptada de matrimonio”.⁴

2. Teoría de la obligación natural.

El Derecho francés estima, después de negarles toda eficacia jurídica, que los esponsales engendran una obligación natural, aun cuando la jurisprudencia dominante admite solamente la naturaleza extracontractual de las obligaciones que producen. Igualmente el Derecho chileno, y los que en él se inspiran, asume la misma posición naturalista al someter a los esponsales “enteramente al honor y conciencia del individuo” (artículo 98) y hace de ellos, por lo tanto, un deber de conciencia sin efecto civil ninguno. En ambos casos, el carácter de obligación natural de la promesa matrimonial lo prueba el hecho de que tanto el Derecho francés como el chileno rechacen la pretensión repetitoria.

³ Ibidem, p. 594.

⁴ LAGOMARSINO, Carlos A.R. *La promesa de matrimonio*. (Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1962), p. 48.

Esta teoría parece haber tenido plena aceptación entre los canonistas anteriores a la publicación del *Codex iuris canonici*, quienes distinguían los pactos que producían obligaciones civiles de aquéllos que no daban lugar a éstos sino únicamente a una obligación natural, e incluían en esta segunda categoría a los esponsales.⁵

Cabría apuntar aquí que no siempre se identifica el deber moral o de conciencia con la obligación natural, dependiendo ésto del enfoque particular de cada Derecho positivo. Por ejemplo, los Derechos francés y alemán parecen confundir ambas nociones.

Pero donde la cuestión se plantea con mayor rigor, es en aquellas legislaciones en que los esponsales no producen ningún efecto legal y que, no obstante ello, niegan el derecho de pedir la devolución de la multa estipulada en el caso de que se hubiese pagado. Por ejemplo: para el Derecho chileno, que distingue entre deber de conciencia y obligación natural, al ver en ésta una obligación civil imperfecta que sólo puede darse bajo determinados supuestos taxativamente señalados en el artículo 1470 del Código Civil, la promesa de matrimonio queda excluida de poder ser un mero deber moral. Sin embargo, en cuanto a los Derechos en que se equipara obligación natural y deber moral, bien se puede decir que “la no repetición se ampara en la existencia de una obligación de esta especie”.⁶

Desde luego, la teoría de la obligación natural, explica perfectamente la negación de la pretensión repetitoria. Pero, puesto que la obligación natural, como quiera que la conciban los códigos antes estudiados, no hace surgir efecto civil alguno, ¿cómo daría cuenta esta teoría de las acciones civiles que producen los esponsales, como la de resarcir? Y esto basta para invalidarla, pues todos los Derechos acogen la obligación de indemnizar como un efecto propio de la promesa de futuro matrimonio y buena parte de los mismos admite también la obligación de restituir lo donado.

Lo que se acaba de decir no implica, evidentemente, que además de la obligación civil la promesa no origina una obligación natural; por esta razón, la jurisprudencia francesa y los códigos que no distinguen el deber moral de la obligación natural, como el alemán y el suizo, consideran que de los esponsales se desprende tanto un deber de conciencia, cuanto un deber extracontractual o contractual.

⁵ RODRÍGUEZ ARIAS BUSTAMANTE, Lino y ARROYO, Dulio. *Derecho de esponsales*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, tomo X (Buenos Aires: Bibliográfica Argentina, 1959).

⁶ Ibidem, p. 782.

3. *Teoría del hecho social.*

Esta doctrina, sustentada casi exclusivamente por varios tratadistas germanos —Meisner, Jacobi, Titze, Landsberg, Junghans, Reichel, Hellmann, Kohler, Lehmann—⁷ afirma que el vínculo esponsalicio, al igual que la relación de amistad, constituye una situación de puro hecho,⁸ esto es, un mero hecho social o, en palabras de Lehmann: “un pacto social no reglamentado especialmente”.⁹ Como tal vínculo de puro hecho los esponsales se inscriben en el terreno de lo social, donde no pueden dar origen más que a obligaciones de orden puramente moral, a saber, el deber moral de cumplir lo prometido. Con esto, la teoría del hecho pretende sustraer a los esponsales de las normas jurídicas de la contratación y de las consecuencias específicas del Derecho civil alemán, pero, en realidad, viene a negarle todo valor como negocio jurídico. Por otra parte, no consigue explicar la falta de obligatoriedad del vínculo concertado ni menos la acción indemnizatoria que su incumplimiento infundado engendra en materia civil.

Es obvio que la teoría del hecho, en la imposibilidad de reconocer el carácter civil de la obligación que producen los esponsales, cae en la misma inconsecuencia de la teoría de la obligación natural. Pero no sólo esto, sino que saca a la institución del ámbito del Derecho para reducirla a una situación social, esto es, restringe a mero acto social lo que a todas luces es un acto del Derecho positivo.

El propio Lehmann, uno de los partidarios más connotados de esta doctrina, ha renunciado a ella en favor de la doctrina del contrato de derecho de familia, por estimar que así se eluden los serios inconvenientes —que acabamos de ver de la teoría del hecho.¹⁰

4. *Teorías extracontractuales.*

Aquellos Derechos, principalmente el francés y el italiano, que juzgan que la promesa de matrimonio no puede ser materia de contrato por su objeto mismo, encuentran en la responsabilidad aquiliana o extracontractual el fundamento de los efectos jurídicos a que da lugar. En el caso particular de la jurisprudencia francesa, reconoce en los esponsales una obligación natural que obra sobre los prometidos. Pero en lo que se re-

⁷ ENNECCERUS, Ludwig, KIPP, Theodor y WOLFF, Martin. *Tratado de Derecho civil, Derecho de familia*, Tomo IV, vol. 1 (Barcelona: Bosch, 2a. ed., 1953), p. 30.

⁸ PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho civil español*, Tomo II, vol. I (Madrid: Revista de Derecho Privado, 1953), p. 69.

⁹ LEHMANN, Heinrich. *Tratado de Derecho civil*. Vol. IV, (Madrid. Revista de Derecho privado, 1953), p. 50.

¹⁰ Ibidem, p. 51.

fiere a la causa que obliga a indemnizar por romperlos injustificadamente, la concibe como de fuente aquiliana, es decir, considera que el resarcimiento tiene su origen en el daño ocasionado a la parte inocente y no en la índole contractual del compromiso. Por lo mismo, ve en el daño que se resarce un daño extracontractual culposos.

Algo semejante ocurre en el Derecho italiano, en donde un buen número de autores de prestigio indudable como Bianchi, Brugi, De Ruggiero, Lomonaco, Pedrella Venzi y, sobre todo, Cicu, Jemolo, Messineo y Gangi, han precisado con admirable agudeza la tesis extracontractualista en las diferentes soluciones que vamos a examinar enseguida. Más aún, cuando los tratadistas italianos son los que han perfilado mejor y elaborado con mayor amplitud la responsabilidad aquiliana del perjuicio que producen los esponsales, no debemos dejar de mencionar que también algunos alemanes —Hellmann y Nathan, por ejemplo— sustentan la teoría extracontractual.¹¹

De todos los autores italianos mencionados arriba, Antonio Cicu es acaso el más terminante en negar la posibilidad de incluir a la promesa matrimonial entre los negocios del Derecho de familia, puesto que no engendra en su opinión ningún vínculo familiar, de manera que al efecto que le concede el artículo 81, “debe considerarse como teniendo su causa en una relación extracontractual”.¹²

En esto, Cicu es enteramente consecuente con su original tesis de que el matrimonio es un acto del poder estatal, dado que el Estado es el que une en matrimonio, y, por lo mismo, no cabe hablar de contrato entre los esposos, es decir, de un acuerdo de voluntades.

Este punto de vista extremo es, sin duda, exagerado. La voluntad de los prometidos y en su debido momento, la de los contrayentes, tiene que ser soberano y no expeditada a un poder superior, en este caso el Estado, como quiere Cicu. Claro es que esto no implica necesariamente que se está frente a un contrato, y menos en el Derecho italiano, en el cual los esponsales a diferencia del alemán, no hacen surgir un vínculo familiar de *cuasi* afinidad ni ningún vínculo que obligue a cumplirlos. Pero si reparamos en que el negocio familiar no se caracteriza únicamente por constituir relaciones de familia, sino por producir consecuencias relativas a la formación, modificación o disolución de este organismo —como hace ver acertadamente Puig Peña—,¹³ no puede haber duda, en este sentido, de la naturaleza de negocio jurídico familiar que tiene la promesa de matrimonio.

¹¹ NOVARA, Giampaolo. *La promesa di matrimonio* (Génova: Edizioni L.V.P.A., 1950) p. 313.

¹² CICU, Antonio. *El Derecho de familia* (Buenos Aires: EDIAR, 1947) p. 313.

¹³ Op. cit. p. 70.

4. A). *Hecho ilícito extracontractual.*

Mucho más sensata que la de Cicu, es la posición de aquellos tratadistas que ven el fundamento de la indemnización del daño culposo en la existencia de un acto ilícito, a saber, la negativa sin justo motivo de cumplir la promesa, cuya ilicitud radica en que semejante negativa se opone a una declaración de voluntad previamente manifestada. Así, escribe De Ruggiero,¹⁴ que "La obligación de resarcir los gastos nace solamente cuando existe una injusta negativa de contraer las nupcias, y en esta negativa injusta reside lo ilícito, no ya en la negativa por sí misma, que en principio constituye un hecho lícito". En efecto, la sola ruptura de la promesa de matrimonio no conlleva una culpa aquiliana, puesto que la ley otorga a los novios amplia libertad de desistimiento. No obstante, en vista de que esa libertad "debe entenderse —agrega De Ruggiero— conferrida con la limitación de que la promesa no haya provocado gastos orientados a la celebración del matrimonio", por lo cual se tiene que concluir aquí en la culpa extracontractual o aquiliana.

Al mismo criterio se adhiere Arturo Carlo Jemolo¹⁵ después de plantear las distintas tesis que pretenden dar cuenta de la esencia jurídica de los esponsales para rechazar la teoría contractual y para disentir a continuación, enérgicamente de la tentativa de trasladar por entero el instituto matrimonial al dominio del Derecho público, desvinculándolo del Derecho privado. A este último respecto, Jemolo sostiene, en contra de la concepción de Cicu, que el matrimonio se halla dominado por la necesidad del amor recíproco y por el principio de la libertad de arrepentimiento, lo que garantiza la plena confluencia de voluntades, garantía que también persigue respecto de los esponsales, la libertad de desistimiento de que hablábamos líneas arriba. En atención a todo esto, Jemolo se inclina a contemplar en el incumplimiento de la promesa matrimonial un hecho ilícito extracontractual. Y estima que la obligación aquiliana de resarcir se desprende del comportamiento culposo y de la irrogación de un daño que importa la disolución sin justa causa del pacto concertado.

La teoría del hecho ilícito extracontractual no explica, sin embargo, satisfactoriamente, cómo de un hecho lícito —la ruptura de la promesa de matrimonio— puede surgir un acto ilícito, sobre todo configurado a través de una culpa aquiliana. Por otra parte, "no concuerda con la aplicación de las reglas sobre los vicios de la voluntad —como el error, el dolo y la violencia— ni sobre los vicios de los negocios jurídicos —como la reserva mental bilateral o simulación—; tampoco armoniza con aque-

¹⁴ DE RUGGIERO, Roberto. *Instituciones de Derecho civil*, Tomo II, vol. segundo (Madrid: Reus, s.f.) p. 74.

¹⁵ JEMOLO, Arturo Carlo. *El matrimonio*, (Buenos Aires. EJE, 1954) pp. 69-71.

llas reglas que deciden sobre la eficacia del negocio celebrado con declaración de voluntad no sería (*jocandi causa*)”, como observa con razón Spota.¹⁶ y para rematar su crítica, añade este autor que las exigencias legales del código italiano sobre la capacidad para concertar los esponsales “más hablan de una convención, cuyo injusto quebrantamiento acarrea una responsabilidad no *aquiliana* que de un supuesto acto ilícito.

4. B) *Convención preliminar no vinculante.*

Una posición diferente, pero contraria también a la naturaleza contractual de la promesa de matrimonio, es la de Francesco Messineo. Para este autor, hay una diferencia notoria en la legislación italiana entre la promesa matrimonial y la promesa de carácter patrimonial que implica vínculo y es, por tanto, obligatoria para el promitente. La primera, en cambio, puede ser violada impunemente, incluso en el caso de existir cláusula penal; esto es, se trata de una promesa sin valor jurídico. Sin embargo, quedan a salvo ciertos efectos de carácter patrimonial, como son la restitución de los regalos y el resarcimiento del daño.

Messineo hace notar que la reciprocidad de la promesa de matrimonio no equivale a lo que se entiende por consentimiento en materia contractual. Pero ya el solo hecho de que el contenido de la promesa sea personal y no patrimonial impide ver en ella un contrato. Por consiguiente, después de negar su naturaleza contractual, (o, para algunos tratadistas, precontractual) Messineo concluye que los esponsales son a lo sumo una “‘convención’ preliminar, pero de todos modos, una convención no vinculante”.¹⁸

La tesis de Messineo parece estar muy cerca de la teoría del hecho. Pero su negativa a reconocer en los esponsales el vínculo jurídico se funda más en la distinción que hace entre promesa de matrimonio y promesa patrimonial, gracias a lo cual puede demostrar de manera irreproachable que la primera, en vista de su contenido no patrimonial, no es un contrato. Desde luego, Messineo está en lo justo al situar a los contratos en el ámbito de lo patrimonial, pues un contrato, ciertamente es un acto jurídico de contenido patrimonial. Mas el que los esponsales tengan un alcance extrapatrimonial no prueba sino que no son un contrato *in stricto sensu*. Y no lo son, en efecto.

Ahora bien, como en los esponsales se da un acuerdo de voluntades, no es posible desconocer su carácter vinculatorio, cosa en la que yerra

¹⁶ *Tratado de Derecho civil*. tomo II. vol. 1 (Buenos Aires: Depalma, 1962). p. 375.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho civil y comercial*. Tomo III (Buenos Aires. EJE, 1954). p. 41.

Messineo. Y, así, aún cuando no cabe hablar de contrato en sentido estricto respecto de esta institución, sí podemos decir que se está ante una convención o contrato del Derecho de familia, esto es, ante un acto jurídico bilateral de objeto extrapatrimonial.

4. C) *Obligación extracontractual que nace de la ley.*

Esta tesis es conocida comúnmente como teoría de la obligación *ex lege*, con lo que se quiere decir que la obligación que surge de la promesa de matrimonio la impone directamente la ley por razones de equidad. Este punto de vista rechaza por principio cualquier tipo de responsabilidad contractual. Pero, en rigor, al ver en la ley la fuente exclusiva de la acción indemnizatoria, rechaza también la responsabilidad aquiliana, por cuanto la decisión de incumplir la promesa, aun sin mediar justo motivo, no puede constituir un acto ilícito.

Partidarios de la obligación *ex lege*, son Azzariti, Barassi, Ferrara, Santoro-Passarelli, Gangi, Ferrara Santamaría y otros. Se puede sintetizar este criterio valiéndonos del claro resumen que Jemolo hace de los conceptos de Ferrara Santamaría. Para éste, según Jemolo, la promesa de matrimonio sería el presupuesto de mero hecho de una garantía jurídica que adquiere importancia para el Derecho cuando dicha garantía es violada sin motivo justo; la ruptura injustificada del compromiso sponsalicio daría lugar a una responsabilidad que no es contractual, pero la ajuricidad de la relación, y que no se puede decir que nazca de un delito civil, aunque esté más próximo a la responsabilidad extracontractual que a la contractual; pero que sí se debe considerar *ex lege* en vista de que surge de la reglamentación jurídica que ha dado la ley a una situación que no es ni negocio ni hecho ilícito. El caso tendría alguna analogía con el daño que deriva del falso juramento decisorio.¹⁹

El tratadista, sin embargo, que ha defendido con mayor congruencia el carácter extracontractual de la obligación *ex lege* es Calogero Gangi. Como sus otros colegas italianos, Gangi rechaza con sólidos argumentos la naturaleza contractual de la promesa de matrimonio, y por ende, la de la obligación de reparar que engendra; pero tampoco juzga aceptable el contemplar esta obligación como una obligación extracontractual nacida de un hecho ilícito, que es el criterio de De Ruggiero y de Jemolo, como antes lo vimos. La razón de ello la expusimos al criticar la teoría del hecho ilícito extracontractual; a saber, que la ruptura de la promesa de matrimonio, aun sin justo motivo, no puede reputarse como un acto jurídicamente ilícito, dado que la promesa no produce ninguna obligación de cumplirla y que la ley asegura a los prometidos una libertad to-

¹⁹ JEMOLO, *op. cit.*, p. 73.

tal de desistimiento. No existe, pues, ninguna ilicitud en retractarse de la promesa en cualquier momento o circunstancia y esté justificada o no dicha retractación, Gangi cree, entonces, que es mejor ver "la obligación de resarcimiento como una obligación extracontractual que nace no ya de un hecho ilícito, sino de la ley",²⁰ la cual prescribe, por razones de equidad, esa obligación dentro de los límites fijados por ella misma. Y añade líneas adelante: "Se tendría aquí uno de aquellos casos en que el ejercicio de un derecho (el receso de la promesa representa, en efecto, el ejercicio de un derecho) está acompañado por razones de equidad de la obligación de reparar el daño consiguiente a tal ejercicio".²¹

Frente a la opinión de Gangi, lo primero que se nos ocurre es preguntar por qué la responsabilidad que sólo tiene su fuente en la ley, ha de considerarse extracontractual, sobre todo no mediando un acto ilícito. Pero la crítica más poderosa contra la teoría de la obligación *ex lege*, es que pasa por alto el acuerdo de voluntades que constituye la recíproca promesa de casarse (es decir, un convenio de Derecho de familia), acuerdo que es el que se viola con la negativa a cumplir la promesa y del cual surge la acción resarcitoria, aun cuando la ley fije los términos de su alcance. En otras palabras, no es la ley la que hace que surja la obligación de resarcir, sino la ruptura injusta del convenio de Derecho de familia que los esponsales son, lo cual, por supuesto, no es obstáculo para que las diferentes legislaciones determinen los límites de dicha obligación.

4. D) *Teoría delictual.*

Así como las teorías estudiadas en el inciso precedente son peculiares a los tratadistas italianos y la teoría del hecho es característica de los alemanes, así también la doctrina que vamos a examinar ahora es propia de autores franceses, por ejemplo, Carbonnier, Colín y Capitant, Marty y Raynaud, etcétera.

Como el calificativo lo enuncia, para la teoría delictual aquel que se retracta sin justa causa de la promesa matrimonial, comete un delito, o al menos, incide en una culpa que por las circunstancias o por disponerlo así el código civil, configura la responsabilidad delictual. En realidad se trata de un caso de responsabilidad extracontractual, pues se acude a la tipificación de delito civil únicamente después de desechar toda posibilidad de considerar como contractual la obligación resarcitoria que engendra la ruptura de los esponsales.

El Derecho francés, al no reconocer la calidad de contrato a los esponsales, su ruptura culpable no es de índole contractual, sino extracon-

²⁰ GANGI, Calogero. *Derecho matrimonial* (Madrid: Aguilar, 1960) p. 53.

²¹ *Ibidem*.

tractual y, en virtud de los artículos 1382 y 1383 de su Código Civil, delictual o cuasidelictual.²² Con esto se proporciona, a diferencia de lo que ocurría en el antiguo Derecho francés, “una base, no ya contractual, sino delictiva a los daños y perjuicios ocasionados al desposado que ha sido víctima de una ruptura injustificada y caprichosa”.²³

Por su parte, la jurisprudencia abona la misma tesis, comenzando por el célebre fallo del 30 de mayo de 1838, o sea, a partir de esta sentencia y la del 11 de junio del mismo año, los tribunales privaron de validez legal a la promesa de matrimonio y decidieron que su incumplimiento sólo puede dar lugar a acciones de daños y perjuicios cuando concurren los requisitos de la culpa delictual, pero jamás por sí sola.

Como lo dice Josserand con mucha claridad, tanto la doctrina como la jurisprudencia admiten “que la víctima tiene derecho a daños y perjuicios si el autor del desistimiento ha incurrido en una culpa delictual, si ha obrado dolosa o intempestivamente, su responsabilidad queda entonces comprometido, merced a los artículos 1382 y 1383, delictualmente y no contractualmente”.²⁴

Pero el autor que nos descubre la justificación interna de la teoría delictual es Carbonnier cuando en su análisis de la esencia jurídica de los esponsales afirma, frente al problema de conciliar la obligatoriedad jurídica de éstos con la condena del autor de la ruptura exclusivamente mediante la prueba de su culpa, que puesto que (en el Derecho francés, se entiende) “no era posible delimitar técnica y estrictamente la existencia de un contrato, se imponía el recurso a la responsabilidad delictual”.²⁵

Rebatir a Carbonnier y con ello la teoría que tan pobremente funda no es difícil. Nótese, de entrada, que con la misma lógica podría aducirse el recurso a la responsabilidad extracontractual, como lo hace la jurisprudencia francesa dominante. Entre otras cosas, porque parece excesivo elevar a delito civil la ruptura de esponsales, por desleal, ligera o malvada que pudiera ser, cuando el ver en ella un hecho ilícito extracontractual basta para explicar sus efectos, a más de estar más acorde con el tenor de los artículos 1382 y 1383. Sin embargo, la objeción decisiva es que nada impide considerar un contrato a los esponsales. Y en ello finca Josserand su réplica demoledora contra el sistema francés.

²² MAZEAUD, Henri y León y MAZEAUD, Jean. *Lecciones de Derecho civil*, vol. III (Buenos Aires: EJE, 1959), p. 86. También FERNÁNDEZ CLÉRIGO, Luis. *El Derecho de familia en la legislación comparada*. (México: UTEHA, 1947), p. 21.

²³ COLIN, Ambroise y CAPITANT, Henri. *Curso elemental de Derecho civil*, tomo I. (Madrid: Reus, 3a. ed., 1952), p. 314.

²⁴ JOSSERAND, Louis. *Derecho civil*, tomo I, vol. úu (Buenos Aires: EJE, 1950), pp. 42-43.

²⁵ CARBONNIER, Jean. *Derecho civil*, tomo I, vol. II (Barcelona: Bosch, 1961), p. 30.

En efecto, dijimos ya al refutar la tesis de Messineo que los esponsales son un contrato o convenio del Derecho de familia, pero el Derecho francés mismo conoce contratos análogos al de esponsales, de acuerdo con Josserand, como el de arrendamiento de servicios de duración indeterminada, tal como lo establece el artículo 1780 del Código Civil.²⁶

Por lo tanto, no hay razón para negar la naturaleza contractual de la institución y buscar salidas como la tesis examinada.

5. *Teorías contractuales.*

Como en el caso de las doctrinas extracontractuales, las teorías que consideran un contrato a los esponsales, comprenden ciertas variantes que obedecen a las particularidades de las concepciones jurídicas plasmadas en los diferentes códigos civiles europeos y que se pueden resumir en dos; la concepción germánica, de gran tradición contractualista, que ve en los esponsales un elemento constitutivo de la familia y la concepción que nosotros llamaríamos latina (más que romana), que tiende a consolidarlos, ya desde la época clásica del Derecho romano²⁷ y en la actualidad con el Derecho francés a la cabeza, un convenio privado sin repercusión jurídica ni, por ende, legal.

A la primera concepción pertenecen, obviamente, los modernos Derechos alemán y suizo, y todas aquellas legislaciones que en número considerable, la de nuestro país incluida, han adoptado sus soluciones. Para estos Derechos, desde luego, la promesa de matrimonio es un contrato en mayor o menor grado.

A la concepción latina corresponde el Derecho francés, el belga, el italiano, el portugués, en muchos aspectos el español, y las legislaciones latinoamericanas, como la chilena y la argentina en primerísimo lugar, en las que, según observa agudamente Spota,²⁸ se completó ya con exceso la evolución del desprestigio de los esponsales con la abolición de que hacen objeto no sólo a la institución misma sino a toda consecuencia jurídica dimanante de ella.

Vamos a analizar, entonces, las variantes de la tesis contractual empezando por las más débiles, que son, evidentemente, las que se inscriben dentro de la segunda concepción, a saber, la fórmula de conciliación del decano francés Josserand y las soluciones precontractuales de algunos au-

²⁶ Henri y León MASEAUD y Jean MASEAUD, op. cit. p. 96, JOSSERAND, op. cit., p. 43.

²⁷ GANGI, op. cit., pp. 40 y 41.

²⁸ Op. cit., p. 347.

tores italianos y españoles. Y terminaremos con las variantes correspondientes a la primera concepción; a saber, la doctrina vigente en los códigos alemán y suizo y nuestra propia postura, que se inspira en ella, pero que se aparta de la forma en que la ha copiado el Código Civil mexicano.

5 A). *Abuso del derecho.*

Esta es la solución que propone Josserand para resolver la contradicción en que cae el sistema jurisprudencial francés en relación con la institución esponsalicia, solución en la cual apoyamos más arriba nuestra crítica a la teoría delictual. Como indicábamos allí, los esponsales son, a juicio de este autor, un contrato que, tal como el de arrendamiento de servicios de duración indeterminada, lleva consigo la facultad de rescisión unilateral, “pero con la reserva de que el autor de la ruptura compromete su responsabilidad si se retira sin justo motivo, (porque) comete entonces un abuso del derecho de anulación unilateral”.²⁹

La teoría del abuso del derecho ha sido recogida por alguna jurisprudencia y ha recibido el aplauso de tratadistas como los Mazeaud. Sin embargo, no ha logrado una aceptación mayor, porque implica un retorno al criterio de un contrato de esponsales civilmente obligatorio, que ni Francia ni ninguna nación admiten hoy en día. Pero la réplica de fondo es que no se puede hablar de abuso del derecho en la ruptura de los esponsales cuando no existe tal derecho de ruptura, que es la objeción que dirigen Planiol, Ripert y Rouast contra la opinión de Josserand. “Nos parece imposible —escriben— que se diga que un contrato, cuya ejecución implica una prestación única, puede estar dotado de una facultad de rescisión unilateral. Esta pretendida rescisión no sería ya un término puesto a la ejecución del contrato, sino una condición que suspende esa ejecución a voluntad de cada parte. Sería, antes bien, una condición puramente potestativa y la promesa de matrimonio tendría que ser anulada en virtud del art. 1174. No hay, pues, que hablar de abuso del derecho de ruptura, puesto que no hay derecho definido de ruptura; lo que hay es simplemente la libertad de orden público, de no celebrar el matrimonio.”³⁰

5. B) *Precontrato.*

Bojo este breve encabezado vamos a agrupar todos los criterios doctrinales que ven un antecontrato, un precontrato y un contrato (o convención) preliminar o preparatorio en la promesa de matrimonio: es decir, un anticipo o antecedente necesario del matrimonio, aun cuando no con-

²⁹ JOSSERAND, op. cit., pp. 43-44.

³⁰ PLANIOL, RIPERT y ROUAST. *Tratado práctico de Derecho civil francés*. tomo II, pp. 69-70 (Habana Cultura, S. A. 1939).

la naturaleza precontractual del vínculo esponsalicio a la índole contractual del matrimonio, negocio jurídico del cual depende la existencia misma de aquél. Por ello puede decir un distinguido partidario de esta doctrina, que los esponsales no pueden estimarse "como un negocio autónomo, sino únicamente como la etapa preliminar de otro negocio: el matrimonio".³¹

La acción resarcitoria surge, de acuerdo con esta tesis, de la culpa precontractual en que incurre el promitente que desiste del compromiso de casarse sin motivo serio o, en otras palabras, que rompe infundadamente los arreglos (*trattative*) conducentes a la conclusión del contrato matrimonial. Bien mirado, pues, la culpa precontractual pertenece al ámbito categorial de la responsabilidad contractual, pese a la oposición dentro del Derecho italiano del jurista De Cupis.³²

Aunque la mayoría de los defensores de este criterio son italianos, también se cuentan entre ellos algunos juristas españoles y franceses. De los españoles podemos mencionar, por ejemplo, a De Diego, que afirma resueltamente que los esponsales "en su naturaleza son un convenio... un contrato accesorio y preparatorio del matrimonio, pero que no conduce necesariamente a éste; son una imagen anticipada del matrimonio, sin la intensidad ni la extensión de efectos de éste".³³

Entre los franceses destacan Merlin y Toullier, quienes opinaban que el matrimonio era un contrato sometido a las reglas del Derecho común y la promesa un antecontrato válido que obligaba al pago de daños y perjuicios por su incumplimiento injustificado en virtud del artículo 1142 del código francés, criterio que condenó para siempre la Corte de Casación en sus sentencias de 30 de mayo y 11 de junio de 1838.³⁴

La crítica de la doctrina precontractual corrió entonces a cargo de Laurent, para quien el matrimonio se halla fuera del comercio jurídico y, por tanto, no puede ser objeto de una obligación de hacer, cual es la que engendra la promesa de matrimonio. Se sigue de aquí que ésta es diferente de la promesa de contenido patrimonial, como la hecha por un deudor a un acreedor, con lo que estamos totalmente de acuerdo.

Pero la crítica más reciente es la de Planiol, Ripert y Rouast. Estos autores juzgan inaceptable la tesis del antecontrato, "porque el matrimonio no es un puro contrato, sino una institución a la cual se adhiere la voluntad de los esposos con toda libertad".³⁵

³¹ NOVARA, op. cit., p. 37.

³² Ibidem, pp. 48-49 y 50.

³³ CLEMENTE DE DIEGO, Felipe. *Instituciones de Derecho civil español*, tomo II (Madrid: Imprenta Juan Pueyo, 1930), p. 355.

³⁴ FERRER, Francisco M. *Los esponsales en el Derecho civil argentino y en la legislación comparada*. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1954, ns. 78-79, pp. 39-40.

³⁵ Ibidem, p. 40.

Esto por lo que se refiere a la institución a la que están íntimamente ligados, en cuanto arreglo previo, los esponsales. Pero por lo que hace a éstos, es de notar que en los Derechos en que su concertación es formal, han dejado de ser la antesala natural del matrimonio en lo jurídico, pero también en lo social; a menos que se los quiera identificar con el noviazgo, relación ésta sí preliminar en la que sólo implícitamente puede hablarse de promesa. En una palabra, hoy puede llegarse al matrimonio sin el antecedente de los esponsales. Y como lógico corolario, si los esponsales no son un contrato previo o precontrato, la acción de daños y perjuicios que producen, no pueden tener su fundamento en una culpa precontractual.

5. C) *Culpa in contrahendo*.

La doctrina de la *culpa in contrahendo*, creada a mediados del siglo pasado por Ihering, el más ilustre de los juristas alemanes del siglo XIX, tiene necesidad, como la del precontrato, de considerar al objeto de la promesa, el matrimonio, como un contrato jurídicamente eficaz; pero a diferencia de la culpa precontractual, esta teoría no tiene que decidirse por la naturaleza de la promesa celebrada, sino que, como la expresión latina lo indica, basta para que emerja la culpa "*in contrahendo*", es decir, que uno de los aceptantes se aparte sin causa grave del arreglo conducente a contraer el futuro contrato de matrimonio, objeto de la promesa concertada por ambas partes.

La teoría de la *culpa in contrahendo* ha conocido partidarios de renombre. Así Scheurl y Jacobi en Alemania; después de Ihering, Demogue y Leduc en Francia; Dusi, Coviello, Borsetto y otros autores en Italia, país en el que ha tenido el mayor número de seguidores.³⁶ Lo último no deja de resultar extraño, por cuanto que en Italia la ley priva a la promesa de matrimonio de eficacia vinculativa, y con esta base, contraria a la responsabilidad contractual, no es difícil refutar la teoría que nos ocupa, lo mismo que las varias teorías que nosotros hemos reunido bajo el apelativo de precontractuales.

Por lo anteriormente dicho, se entiende que buena parte de las objeciones a la culpa precontractual hechas más arriba, se aplican sin reservas a la culpa *in contrahendo*, principalmente aquella que revela que del carácter contractual del matrimonio extraen los esponsales el suyo de contrato previo o, en el caso presente, de *pactum de contrahendo*. De esta suerte, la culpa que nace de la ruptura del pacto, equivaldría a la engendrada por la revocación de una propuesta (la de matrimonio que tendría su fundamento en la obligación de *contraer nupcias*).

³⁶ NOVARA, op. cit., pp. 29 n. y 49 n. 3.

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

Resumiendo, el falso presupuesto de que parten tanto la teoría de la culpa *in contrahendo*, como la de la culpa precontractual, es que los esponsales son los preliminares de un contrato y no una declaración de voluntad común. En efecto, los esponsales constituyen un acuerdo libre de contraer matrimonio y este acuerdo sólo puede lograrse si es ajeno a todo vicio de consentimiento.

5. D) *Teoría mixta.*

Se denomina así la doctrina que sostiene que los esponsales son un contrato de naturaleza mixta, esto es, que participan al mismo tiempo de las características del Derecho de obligaciones y del Derecho de familia. Pertenecen al campo del Derecho de obligaciones, porque mediante ellos las partes se obligan a contraer matrimonio, aun cuando legalmente no lleguen a su conclusión, pues ésta debe ser libre, y porque determinan, en caso de retractación injustificada de una de las partes, la obligación de indemnizar. También pertenecen al Derecho de familia, porque dan lugar a una relación o negocio familiar, el estado de prometidos, de consecuencias y alcance varios respecto del matrimonio y de otras figuras como el estupro o la seducción.

En el Derecho alemán, en donde, además, los esponsales originan ciertos efectos de derecho personal, los principales representantes de esta teoría son Enneccerus, Kipp y Wolff. Para ellos, los esponsales constituyen claramente un contrato "sujeto a las disposiciones que establece el código civil para los contratos y para los negocios jurídicos".³⁷ Y apareciendo como una relación familiar especial, les es sencillo argumentar su doble naturaleza contractual.

Esta tesis híbrida se ha sustentado también en la doctrina española por connotados autores: José Castán Tobeñas, Calixto Valverde, Sánchez Román y Puig Peña. Por ejemplo, Valverde escribe que los esponsales son "a la vez una relación obligatoria, que requiere las condiciones generales de todo negocio jurídico, y una relación familiar, que necesita, por lo mismo, los requisitos precisos para la posibilidad legal del matrimonio".³⁸

³⁷ *Ibidem.*

³⁸ VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *Tratado de Derecho civil español*. Tomo IV (Valladolid: Talleres Tipográficos Cuesta, 1926). p. 75.

Y Puig Peña, por su parte, dice que son “ciertamente un contrato de Derecho de obligaciones, dado que los prometidos se obligan a contraer matrimonio, determinando su incumplimiento una pretensión de indemnización; pero, por otra parte, aparecen con indiscutible influencia en el Derecho de familia, determinando el “estado” de novios que produce consecuencias de diversa índole y alcance”.³⁹

Contra la teoría mixta tenemos que señalar que la fórmula de transacción que intenta, no es más que una manera de rehuir la cuestión, complicando inútilmente la naturaleza del contrato de esponsales. Hemos de repetir que éstos son un convenio jurídico bilateral del Derecho de familia, el cual encuadra mejor en las relaciones de familia que en las meramente obligaciones, sobre todo teniendo presente que su contenido no se agota en lo puramente patrimonial, como lo veremos enseguida.

5. E) *Contrato de Derecho de familia: nuestra posición.*

Después de la minuciosa revisión crítica del problema de la esencia jurídica de la promesa de matrimonio efectuada hasta aquí y de las diversas refutaciones hechas a cada una de las teorías que se han propuesto para explicar dicha esencia, así como el fundamento de los efectos que nacen de la ruptura, creemos haber demostrado que la única solución acertada es la contractual, cualquiera sea el Derecho desde el que se la contemple.

Nosotros partimos del hecho de que si el autor de la ruptura es responsable del daño causado, entonces la promesa es la fuente de la obligación, y dado que ésta no es de índole natural, extracontractual o delictual, por las razones que adujimos en su oportunidad, no puede ser más que contractual, a pesar de que no conduzca a concluir su fin expreso y principal, el matrimonio.

En esta última circunstancia radica el *quid* de la cuestión que da pie a la objeción más formidable contra la naturaleza contractual de la promesa de matrimonio. Este *quid*, por cierto, no se resuelve diciendo, como lo hacen algunos autores, que los esponsales son un contrato o convención lícita de efectos reducidos,⁴⁰ pues ahora habría que explicar el origen de semejante reducción. Como no puede argumentarse que la limitación de los efectos provenga de la ley, porque caeríamos en el supuesto de la obligación *ex lege*, no nos resta sino atenernos al carácter especial de la convención esponsalicia.

Ya lo adelantamos al impugnar la tesis extracontractualista de Mes-sineo: la promesa matrimonial no es un contrato en estricto sentido jurídico, esto es, un negocio bilateral patrimonial, sino un contrato extrapa-

³⁹ PUIG PEÑA, op. cit., p. 70.

⁴⁰ VALVERDE, op. cit., p. 76; anotación de Pérez y Castán a ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, op. cit., p. 33.

rimonial de contenido fundamentalmente familiar o, en pocas palabras, un contrato de Derecho de familia.

Debemos, por tanto, convenir plenamente con Spota en que respecto de la promesa de matrimonio “no cabe hablar de contrato, ya que este es el acto jurídico bilateral y patrimonial”, aun cuando tampoco “puede negarse que existe un acuerdo de voluntades que configura una convención de Derecho de familia, de alcance extrapatrimonial, de la cual surge el deber resarcitorio si media (su) ruptura sin justa causa”.⁴¹ La responsabilidad, entonces, no es estrictamente contractual u obligacional, pero tampoco es extracontractual ni delictual. Su fuente radica, en realidad, en esa convención o contrato extrapatrimonial, que en derecho se conoce como contrato de Derecho de familia.

De acuerdo con esta tesis, que es la de los civilistas argentinos Spota y Lagomarsino, entre otros, y la del alemán Lehmann, la incapacidad de los sponsales para obligar a concluir el matrimonio se explica precisamente por su carácter no patrimonial o, con otras palabras, por sus peculiaridades sociales, gracias a lo cual se aparta, en base a razones de alto interés social y ético, de las reglas generales de la contratación. No obstante, sí obligan en lo que respecta a las acciones de indemnización y de restitución, según lo disponga cada código civil, de modo que el incumplimiento de la promesa esponsalicia debe entenderse como la rescisión indebida de un contrato, si bien —hemos de repetirlo— de un contrato propio del Derecho de familia.

Por último, el hecho de que los sponsales den origen también a ciertos efectos patrimoniales, no desmiente lo que acabamos de afirmar, pues ello es característico, según observa Lagomarsino,⁴² de los contratos que la doctrina contemporánea define como de Derecho familiar. Tampoco se opone a nuestra tesis el que la ley regule la intensidad de tales efectos, porque la responsabilidad que los explica, aun limitada por la ley, tiene su fundamento en la violación de un contrato.

6. Consideraciones finales.

Creemos que ha llegado el momento de circunscribirnos a lo que ocurre con los sponsales en México, sobre todo después de haber alcanzado una conclusión teórica en cuanto a su naturaleza jurídica. Es evidente que nuestro Código trata a esta institución como un contrato de Derecho de familia, señalando con precisión su alcance y sus efectos. Sin embargo, pese al detalle con que la regula, en la práctica su aplicación está en desuso.

⁴¹ SPOTA, op. cit., p. 377.

⁴² *La promesa de matrimonio*. (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1962) pp. 46-47.

En efecto, consideramos que en nuestro medio, los convenios escritos esponsalicios carecen hoy en día de importancia, pues las consecuencias que a su ruptura señala el código, nunca ha trascendido, que sepamos, al campo del conocimiento de nuestros tribunales, y las escasas repercusiones que al respecto pueden encontrarse en nuestras costumbres, se reducen fundamentalmente a lo social, todo sin contar que el único beneficio que aportan con su celebración, es poder lograr una indemnización pecuniaria cuando no se lleva al cabo la unión matrimonial.

Desde un punto de vista histórico, los esponsales fueron importantes cuando por medio del matrimonio se concertaban alianzas y se obtenían coronas, puesto que con ellos se aseguraban los enlaces que convenía celebrar; pero en la actualidad son sólo una reminiscencia de períodos medievales, que encuentran eco solamente en ciertas clases sociales.