

Revista número 78–79. Año 1954

Los esponsales en el derecho civil argentino y en la legislación comparada

Francisco M. Ferrer

Profesor titular de Derecho Civil V y VI

1. Las instituciones de la familia y la reforma de la ley civil

La inminencia de la reforma del Código Civil plantea el trascendental problema de verificar la vitalidad de las instituciones legisladas por Vélez. Sarsfield y su eficacia en relación a las necesidades y aspiraciones de la sociedad actual. La igualdad jurídica de los cónyuges, que la Constitución postula, requiere derogaciones de algunas normas relativas a los efectos personales y patrimoniales del matrimonio, institución que, por otra parte, debe ser sometida a una sistemática y orgánica revisión, en consonancia con los tiempos que vivimos, los sentimientos morales de nuestro pueblo y su adelanto cultural y técnico.

2. El pensamiento de Vélez Sarsfield y la ley sobre esponsales

He de referirme aquí a la promesa bilateral de futuro matrimonio, conocida con el nombre de esponsales, sobre los que Vélez tuvo ideas claras y definidas, en tajante oposición con el derecho tradicional de la colonia, que se nutría de los principios romanos y canónicos. Su fidelidad a las ideas individualistas lo llevó a extremar el silencio deliberado del Código Napoleón, que, al decir de Planiol, los redujo a una «nada jurídica», pues el repudio del codificador argentino adopta una forma de expresión positiva, concebida de modo terminante y enérgico. Inspirado en las reflexiones de García Goyena, se propuso asegurar de ese modo la espontaneidad y libertad de las personas que se unen en matrimonio, despojando de toda significación externa los compromisos anteriores a la celebración del acto matrimonial.

Consecuente con ello el artículo 166 del Código dispone: «La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningún tribunal admitirá demanda sobre la materia, ni por indemnización de perjuicios que ellos hubieren causado».

Vélez en la nota manifiesta que se aparta de la Partida 4^o, Título 1 de la ley 18; Título 2, Libro 10 de la Novísima Recopilación, y del Código Sardo y los de Baviera, Prusia y Austria. Recuerda que Seoane, en su obra sobre legislación comparada, dice, que los esponsales en toda Europa están desusados. Invoca como fuente el proyecto de García Goyena, cuyo artículo 47 dispone: «La ley no reconoce esponsales: de futuro. Ningún tribunal civil o eclesiástico admitirá demanda sobre ello».

El texto de Vélez parecería más riguroso en sus proyecciones negativas que su misma fuente, aunque ambas fórmulas se identifican en cuanto no acuerdan validez a la promesa matrimonial en el ámbito del derecho, ni le reconocen ningún efecto ante los tribunales.⁽¹⁾ El autor español fundamenta el precepto en un comentario tan expresivo como elocuente cuyo pensamiento Vélez Sarsfield ha debido compartirlo sin hesitaciones. «Los esponsales de futuro —decía— eran las más de las veces tan funestos a la moral, como contrarios a la santidad del matrimonio y a la libertad con que debe ser contraído».

«En manos de un seductor hábil era un arma para combatir la virtud de una joven apasionada o de inferiores circunstancias; en la de una mujer artera e hipócrita de pudor era un lazo para enredar a un hombre locamente enamorado; más de una vez, los padres o tutores los empleaban para asegurar sus combinaciones de interés, de ambición o de vanidad comprometiendo anticipadamente a sus hijos o menores».⁽²⁾

El legislador argentino de 1888, que sancionó la ley de matrimonio civil, en el artículo 8 dejó intacta la disposición redactada por Vélez.

3. Matrimonio antiguo y matrimonio moderno

Anulados los esponsales en nuestro derecho patrio, su evolución a través de los siglos, como en tantas otras instituciones, es fruto de la lucha incesante del hombre, a impulsos de ideas y sentimientos que lo mueve a no soportar hoy lo que hasta ayer admitía como justo y legítimo.

En la Edad Media los esponsales tenían suma importancia, pues los matrimonios eran principalmente alianzas entre las familias, destinadas casi siempre a restablecer la armonía.⁽³⁾ Con su radical aniquilamiento y la supresión de todo efecto jurídico a la ruptura de esponsales, las corrientes revolucionarias de 1789 destinadas a barrer una tradición antiquísima y dar al matrimonio una fisonomía nueva, en defensa de la libertad de la persona humana, reciben plena acogida en nuestra tierra. Y es que el matrimonio moderno se presenta como un asunto que lo resuelve particularmente el individuo. Una vieja anécdota refleja bien el orden de relaciones que la revolución vino a poner fin. Un joven abogado, hijo de un consejero del Parlamento de Dijón, inquieto por la noticia de que su padre ya le había asignado esposa, con explicable timidez se atrevió a satisfacer su natural curiosidad, y se presentó al estudio de su progenitor deseoso de conocer la verdad, pero solo obtuvo de él esta hoy incomprensible como áspera respuesta: «Caballero, ocúpese de sus propios asuntos».

Entonces, por lo visto, el matrimonio no incumbía a quien lo celebraba porque la tiranía paterna era una realidad que se sufría, aunque frente a ella se levantase como escudo una protección familiar realmente efectiva. En nuestros días la libertad lleva a veces a los jóvenes a formular promesas ligeras, y en sustitución de la caduca potestad familiar, el fallo de los tribunales decide soberanamente los conflictos de esta índole entre padres e hijos.⁽⁴⁾

⁽¹⁾ Pavón, Cirilo, Tratado de la familia, T. 1, p. 201, N° 310 y ss. Contra, Cordeiro Álvarez, *Los esponsales en el derecho civil contemporáneo*, Bol. Inst. Der. Civil, Córdoba, 1943, junio, p. 15.

⁽²⁾ García Goyena, Florencio, *Concordancias, motivos y comentarios del C. Civil Español*, Madrid, 1852, t. 1, p. 57.

⁽³⁾ Borja, Luis F., *Estudios sobre el Código civil chileno*, París, 1907 t. 3, p. 9; ESMEIN, *Le mariage en droit canonique*, I, 151.

⁽⁴⁾ Campoamor, Clara, *El noviazgo ante el derecho*, La Ley, t. 16, p. 38, Sec. doct. Estudio de sumo interés por sus refe-

Colin y Capitant dan cuenta de la evolución que ha tenido en Francia la presencia de la voluntad de los padres en la celebración del matrimonio. A su juicio en determinados casos, la encuentra razonable, porque es un acto demasiado grave, por lo cual es lógico que los hijos sean guiados por sus consejeros naturales, por lo menos hasta que tengan la mayor edad. «No hay que olvidar —reflexionan— que el matrimonio no interesa solamente a los que lo celebran, sino también a su familia; él da a los padres de los esposos herederos de su nombre, acreedores a alimentos en las personas de sus futuros nietos, de su yerno o nuera; hace que la persona elegida participe de una situación familiar y social que este, por regla general, no ha creado, sino que debe a sus padres, a sus ascendientes. Por muy libre que esté de prejuicios aristocráticos y patriarcales, el legislador no puede hacer abstracción de este punto de vista. Pero se concibe fácilmente que las tendrá en cuenta más o menos, según las tendencias políticas y filosóficas de la sociedad que rigen sus prescripciones».⁽⁵⁾

También para Josserand el matrimonio interesa a la familia toda entera y no debe celebrarse contra su consentimiento, aunque admite que la autoridad paterna ha declinado al mismo tiempo que se ha debilitado la cohesión de la familia. No conviene —dice— que por respeto a esa autoridad y a esa cohesión, el legislador siembre de obstáculos el camino que conduce al matrimonio. Por eso aplaude las leyes liberales que en los últimos cuarenta años han facilitado en Francia la unión legítima, pues este es el objetivo esencial que ha de anteponerse a la mayor parte de las consideraciones por respetables que sean.⁽⁶⁾

Una breve reseña de las legislaciones antiguas abandonadas por Vélez Sarsfield ha de mostrarnos el curso de estas sucesivas transformaciones hasta llegar a la época actual, en que los esponsales han perdido la tremenda significación y la intensidad de los efectos jurídicos que antes tenían, aunque de su ruptura, en casi todos los derechos nacionales europeos y americanos, emergen consecuencias jurídicas de considerable importancia, en visible contraste con lo que sucede entre nosotros.

4. Antecedentes históricos

a. Primeros orígenes

En las tribus salvajes y bárbaras la joven no dispone de su mano porque se la considera como una propiedad y como tal se la trata. En los tiempos primitivos del matrimonio por rapto los esponsales eran desconocidos. Al decir de Ennecerus⁽⁷⁾ aparecen en la etapa del matrimonio por compra, relativamente reciente en la historia de las relaciones familiares de la humanidad. Para Westermarck este matrimonio debe su origen al hecho de que las solteras tienen siempre un valor como trabajadoras, de manera que no pueden ser dadas sin retribución.⁽⁸⁾

rencias a obras famosas de la literatura universal y a la evolución de los esponsales en la historia del derecho. Critica resueltamente la posición negativa del Código civil argentino.

⁽⁵⁾ Colin y Capitant, Madrid, 1922, trad. de Demófilo De Buen, t. 1, p. 284.

⁽⁶⁾ Josserand, *Derecho civil*, La Familia, Buenos Aires, 1950, t. 1, V. II, p. 33.

⁽⁷⁾ Ennecerus-Kipp-Wolff, *Derecho civil*, t. IV, Familia, v. I. p.na 24.

⁽⁸⁾ Westermarck, *Historia del matrimonio*, Buenos Aires, 1946, trad. de Julio Azurmendi, pp. 173 y 178.

Según las leyes de Manú, la muchachita, la joven y la anciana nada deben hacer por propia voluntad, aún en su casa. Durante la infancia, depende de su padre; durante la juventud, de su marido; muerto el marido, de su hijo; si no tiene hijo, de los próximos parientes de su marido, pues una mujer nunca debe gobernarse a su antojo.⁽⁹⁾

En los pueblos más antiguos el matrimonio fue siempre precedido por una promesa. Entre los hebreos a los prometidos se los considera casados. La novia es llamada esposa, y el novio, yerno. La falta de virginidad que la mujer debía conservar inviolada a su novio constituía un delito sancionado con la pena capital: era lapidada.⁽¹⁰⁾

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

b. Derecho romano

El *Digesto* regula los esponsales y no pone límites a la autoridad del «pater» familia para decidir el matrimonio de los hijos. Según Ulpiano, los esponsales son una promesa que ambas partes se dan recíprocamente de futuro matrimonio.⁽¹¹⁾ Viene de la voz latina *spondeo*, porque en principio se hacían en forma de estipulación. Se formaban con el consentimiento de los dos novios y del jefe de su familia. Bastaba que los novios tuviesen más de siete años y en adelante fuesen capaces de contraer matrimonio.

En Roma, en la época clásica, los efectos de los esponsales eran estos: a) confería acción al prometido contra un tercero que hubiese injuriado a la prometida; b) acordaba acción contra la prometida en caso de que ella tuviera después de los esponsales relación sexual con un tercero; e) hacía recaer el dicitio de infamia sobre quien contrajere nuevos esponsales sin haber roto previamente los anteriores; d) creaba a favor de la prometida que entregaba su dote, los mismos privilegios que corresponden a la legítima esposa después de establecerse el estado matrimonial.

En la época del Derecho Imperial eran usuales las arras esponsalicias. En tiempos de Constantino se estableció que el que rompiera sin motivo la promesa debía perder los regalos que hubiera hecho y restituir lo que hubiese recibido, gravándose la sanción con el pago del cuádruplo y en el derecho justiniano del triple al prometido que sin causa justificada rompiera los esponsales. La devolución de lo regalado por ambas partes correspondía siempre que no hubiese habido ósculo.⁽¹²⁾ Esta regulación del ósculo, de origen gentil, con el andar del tiempo se transmitió a los tiempos cristianos, del mismo modo que la antigua costumbre de cambiar los anillos de compromiso que perdura hasta nuestros días y que se colocan en el dedo anular de la mano izquierda, porque originariamente se creía que existía un nervio, llamado anular, que llegaba hasta el corazón.

⁽⁹⁾ Leyes de Maú, Libros IV, vers. 147 y 148; IX, ver. 3, versión castellana de Juan España, ed. Bergua, Madrid, s/f.

⁽¹⁰⁾ Génesis, cap. XIX, ver. 12; Deuteronomio, cap. XXII, vers. 23 y ss.; Goldstein, Mateo, *Derecho Hebreo a través de la Biblia y el talmud*, Buenos Aires, p. 256; Degni, *Il Diritto di famiglia*, Padova, 1943, p. 23.

⁽¹¹⁾ D, 23, T. 1, 2, 3, 4, 12 y 14. Ortolán, *Explicación histórica de las Instituciones del Emperador Justiniano*, Madrid, s/f., t. 1, p. 103; Puig Peña, *T. de Der. Civil Español*, Madrid, 1947, t. II, v. 2, p. 68.

⁽¹²⁾ Rébora, *La familia*, Buenos Aires, 1926, t. 2, p. 14; STOLFI, *Diritto Civile*, 1921, t. V, N° 47; Campoamor. La Ley, 16, p. 39, s. doct.

c. Derecho canónico

El derecho canónico, de acuerdo con la tradición romana, incorporó los esponsales como acto que precedía por modo habitual, pero no necesario al matrimonio, no sometiendo los para su validez a formalidad alguna. Los canonistas distinguieron los *sponsalia de presente* de las *sponsalias de futuro*, estimando aquellos como matrimonio, y estas como una promesa de futura nupcias, que se convertía en matrimonio si a ellas seguía la cópula carnal.⁽¹³⁾

Conforme al derecho de las Decretales y al Concilio de Trento, los esponsales de futuro válidamente contraídos producían todos sus efectos, y por tanto, obligaban a contraer matrimonio. De ellos surtía un *actis matrimonialis* para compeler al prometido remiso a celebrarlo. La Iglesia forzaba al incumplidor indirectamente imponiéndole penas, pero desde el Papa Lucio III, se dispuso que, en caso de resistencia, más bien fuesen amonestados que obligados a cumplir penitencia como estableció el Concilio de Espina, o imponerles la pena de excomunión.⁽¹⁴⁾

En síntesis, en el derecho canónico anterior al Código de 1917 los efectos eran los siguientes: a) constituían una promesa de hacer, cuya resolución culpable quedaba sujeta a una pena canónica y a una indemnización por daños; b) daban nacimiento a un impedimento dirimente denominado de pública honestidad que imposibilitaba el matrimonio en cualquiera de los desposados con los consanguíneos en primer grado del otro prometido; e) creaban un impedimento impediendo que impedía la unión conyugal con un tercero; d) originaba la filiación legítima del hijo que pudiera nacer en caso de relaciones sexuales entre los vinculados por esponsales, porque en ese caso la consumación establecía el estado matrimonial.

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

Pío X en el decreto *Ne temere*, de 2 de agosto de 1907, declaró únicamente válidos y con efectos jurídicos los esponsales realizados por escrito y firmados por las partes, el párroco o el obispo, o a lo menos, por dos testigos. Y si los prometidos no sabían firmar debía hacerse constar en la escritura añadiéndose otro testigo. De ese modo la Iglesia derogó los esponsales privados, con lo cual de su incumplimiento desde entonces no se deriva efecto alguno en ningún fuero.

El Código canónico de 1917, promulgado por el Papa Benedicto XV, en el canon 1017, reproduce el texto del decreto *Ne temere*, sobre la exigencia de la forma escrita para su validez.

En cuanto al efecto de los esponsales, dispone: «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 para pedir la reparación de los daños, si alguno se debe».

d. Derecho hispano

Los esponsales de futuro se celebraban con ceremonias especiales en las cuales los contrayentes se hacían donativos y regalos y se canjeaban el anillo simbólico, llamado arras,

⁽¹³⁾ Knecht, *Derecho Matrimonial católico*, Madrid, 1932, p. 111.

⁽¹⁴⁾ Puig Peña, *op. cit.*, t. II, v. 2, p. 72, nota II.

como garantía del cumplimiento de la promesa y de la dote estipulada. Algunas veces se entregaban la mitad de los bienes que harían parte de la dote. Luego de la entrega de los presentes era usual que los futuros cónyuges se diesen recíprocamente un beso, con efectos jurídicos distintos, sobre la devolución de las arras, según quien lo diera.

La ley del ósculo, o la ley del beso, pasó como costumbre de los romanos a España. Séneca refiere las costumbres de los cordobeses que transformaban los esponsales en nupcias por medio del ósculo. Es una de las leyes españolas más antiguas.⁽¹⁵⁾ Fue adoptada en el año 336 por Constantino, en una Constitución a Tiberiano, Vicario de las Españas en Sevilla. Luego pasó al Código de Teodosio, después al justiniano, y posteriormente al Fuero Juzgo, al Fuero Gótico, al Fuero Real y el Fuero Viejo de Castilla.

En el caso de haber mediado ósculo, la mujer hacía suyo todo, o la mitad de lo dado por el esposo con vistas al matrimonio. Por eso adquiría suma trascendencia la prueba de si había o no mediado el beso.

El beso es femenino y no masculino, subraya Clara Campoamor, apoyada en reflexiones de Alfonso el Sabio⁽¹⁶⁾, quien, en una de sus leyes de Partida, dice: «E la razón porque se movieron los sabios antiguos es porque la desposada da el beso a su esposo e non se entiende que lo recibe de él. Cuando recibe el esposo el beso ha ende placer e es alegre, e la esposa finca en vergonzada».

Una hazaña curiosa resuelta en el Fiero Viejo de Castilla muestra a una tal doña Elvira a quien un caballero reclama cuanto en trajes y joyas la había regalado al prometerse en matrimonio; y se ve al Adelantado Mayor de Castilla declarar que «si la doña Elvira otorgaba que había abrazado y besado al caballero, todo lo recibido sería suyo». Y como esta pudorosamente se rehusó a reconocer que había besado al caballero, debió restituir todos los regalos recibidos.

El Fuero Juzgo, libro II, título I, leyes 2 y 3, disponía: «Si alguno depositar la manceba de voluntad de su padre, e la manceba contra la voluntad de su padre quisiera casar con otro e non con aquel a quien la prometió su padre, aquesto non lo sofrimos por enguna manera»; «la sortía fuere dada e recibida por nombre de arras, maguer que otro escripto non sea ender fecho, por ninguna manera el prometimiento no sea crebantado».

La Partida 4^o, título I, leyes 1, 2 y 3, reglamentaba la institución de los esponsales, confiriendo derecho a los prometidos para acudir a la jurisdicción eclesiástica con el fin de apremiarse recíprocamente, a realizar el matrimonio. Los esponsales podían contraerse válidamente desde la edad de siete años porque ya tienen entendimiento «e son de hedad que les plaze las desposajas», más para el casamiento era menester 14 años en el varón y 12 en la mujer, ley VI, tít. I, part. 4^o.

Elizondo, en su *Práctica Universal*, citado por García Goyena, recuerda que las amonestaciones y censuras eran el último auxilio de la jurisdicción espiritual. Pero, al fin, fue indispensable establecer cárceles para ablandar a los incumplidores, al punto que en ciertas curias había una cadena llamada de los novios, que debían sufrir hasta ejecutoriarse la causa por tres sentencias conformes. Y cuando estos accedían a casarse se los sacaba al patio o a las puertas de la cárcel, sin grillos, para que se dijera que se casaban en plena

⁽¹⁵⁾ Campoamor, *La Ley*, t. 16, p. 39, sec. doct.

⁽¹⁶⁾ Clusellas, *La responsabilidad precontractual en la promesa de matrimonio*, Rev. Jurídica y de Ciencias Sociales, año 1932, p. 476; Campoamor, *op. cit.*, p. 39.

libertad. «De esta ridícula libertad —concluye Elizondo— han derivado acto continuo las separaciones, o a corto tiempo los divorcios, los uxoricidas, el abandono de los mismos esposos, el odio entre estos y sus familias, y la mala educación de los hijos».⁽¹⁷⁾

La ley española de matrimonio civil de 1870, influenciada por las doctrinas revolucionarias, en su artículo 3, anula toda consecuencia de los esponsales, cualquiera sea su forma. Pero el decreto de 1875 derogó esa ley, con lo cual los esponsales quedaron restablecidos en sus anteriores disposiciones hasta la sanción del Código de 1889.

5. Naturaleza jurídica de los esponsales

En los derechos nacionales que admiten ciertos afectos jurídicos a la promesa matrimonial se discute su naturaleza jurídica.

En Francia, cuyo Código de 1804 ignora los esponsales, inmediatamente después de su promulgación, la validez de la promesa de matrimonio fue objeto de vivas discusiones. Aunque siempre se reconoció que se trataba de una obligación inejecutable de manera directa, autores como Merlin y Toullier, considerándolo un antecrónimo jurídicamente válido, pensaban que el culpable de la ruptura debía pagar daños y perjuicios por aplicación del artículo 1142. Algunas Cortes de Apelación compartieron ese criterio, pero la Corte de Casación, lo rechazó en las sentencias de 30 de mayo y 11 de junio de 1838. Se afirmaba, acorde con Laurent, que el matrimonio está fuera del comercio y que no puede ser objeto de una obligación de hacer. Pero, en rigor, el argumento esencial que decidió al tribunal a negar eficacia a la promesa radicaba en el carácter absolutamente libre que debe tener el consentimiento en el matrimonio. Y no lo tendría, ciertamente, ante la perspectiva abierta de pagar daños y perjuicios en caso de retractación de los esponsales.

Planiol, Ripert y Rouast⁽¹⁸⁾, juzgan que la idea de antecrónimo no puede ser aceptada porque el matrimonio no es un puro contrato, sino una institución a la cual se adhiere la voluntad de los esposos con toda libertad, criterio que también es el de Vélez Sarsfield, y que compartimos plenamente.

Josserand, por su parte, critica la doctrina y la jurisprudencia que asigna a la promesa matrimonial el alcance de un simple deber de conciencia, sin efecto obligatorio, ni siquiera como obligación natural. A su juicio, los esponsales son unos de esos contratos, como el arrendamiento de servicios de duración indeterminada, que llevan consigo la anulación unilateral, pero con la reserva de que el autor de la ruptura compromete su responsabilidad si se retira sin motivo justo, porque así incurre en un abuso del derecho que da lugar a la otra parte a exigir reparación.⁽¹⁹⁾

La doctrina de Josserand no ha tenido mayormente aceptación en su país, porque supone el retorno a la idea de un contrato de esponsales civilmente obligatorio que en Francia no se acepta. «Nos parece imposible —advierten Planiol y Ripert— que se diga que un contrato cuya ejecución implica una prestación única, puede estar dotada de una facultad de rescisión unilateral. Esta pretendida rescisión no sería ya un término puesto

⁽¹⁷⁾ García Goyena, *Coscordancia, motivos y comentarios del C. Civil español*, 1852, t. 1, p. 57.

⁽¹⁸⁾ Planiol, Ripert y Rouast, *Trat. de Der. Civil francés*, Habana, 1939, traducción de Mario Díaz Cruz, La familia, t. 2, p. 67, N° 81; Planiol, *Tr. Elementaire de Droit Civil*, París, 1925, t. 1, p. 275.

⁽¹⁹⁾ Josserand, *Derecho civil*, t. 2, v. II, p. 43.

a la ejecución del contrato, como en el inquilinato o el seguro, sino una condición que suspende esa ejecución a voluntad de cada uno. Más bien sería una condición puramente potestativa, y la promesa de matrimonio tendría que ser anulada en virtud del artículo 1174. No hay, pues, que hablar de abuso del derecho de ruptura, puesto que no hay derecho definido de ruptura; hay simplemente la libertad de orden público de no celebrar el matrimonio. Nos parece pues inútil que se apele a la teoría del abuso del derecho. La inmensa mayoría de las sentencias se colocan sencillamente en el terreno del derecho común de la responsabilidad».^[20]

En Alemania, cuyo Código de 1900 promueve una decidida reacción contra la actitud negativa del Código Francés seguida luego por la mayoría de las legislaciones europeas y americanas, los civilistas han ensayado diversas teorías para explicar el fundamento de las obligaciones que de ellos derivan. Heinrich Lehmann señala la importancia práctica que tiene la posición que se adopte a su respecto por cuanto la ley civil germana nada dice sobre los requisitos que han de concurrir para la validez de los esponsales, al punto que su determinación ha quedado librada a la doctrina y la jurisprudencia.^[21]

Tres son las doctrinas elaboradas en el derecho germano: a) La teoría del hecho, que ve en los esponsales un pacto social no reglamentado especialmente; b) la teoría del contrato, que considera los esponsales como un contrato de contenido obligacional en el sentido de la parte general del Código civil; y, e) la teoría del contrato de derecho de familia, que justifica una relación social —noviazgo— a la que en virtud de sus peculiaridades sociales, no son de aplicación inmediata las disposiciones sobre la declaración de voluntad.

Lehmann, en la segunda edición de su *Derecho de Familia*, abandona el criterio antes expuesto de ver en los esponsales simplemente un pacto de índole social que solo produce obligaciones de orden moral, estimando como más acertada la doctrina del contrato de derecho de familia. En cambio, sustentan la teoría del hecho Meinser, Jacobi, Tizze, Kohler, Hellmann y otros tratadistas de renombre.^[22]

Sin embargo, la doctrina dominante, tanto en Alemania como en Suiza, considera la promesa matrimonial como vínculo de naturaleza contractual: naturalmente, no engendra todos los efectos comunes de los contratos, lo cual es propio de ciertas obligaciones de hacer.

Ennecerus–Kipp–Wolff^[23] dedican a esta materia un análisis detenido, y entienden que para el derecho germano los esponsales son un contrato del derecho de las obligaciones y del derecho de familia, puesto que los prometidos se obligan a contraer matrimonio, y si bien el compromiso no crea una acción judicial, ni puede reforzarse mediante pena convencional, porque la conclusión del matrimonio debe ser libre, determina de todos modos para cada una de las partes un deber subsidiario de indemnización, si el contrato se resuelve sin causa, o si por su culpa, da lugar a la resolución por la otra. Además, aunque los esponsales se limiten tan solo a preparar el matrimonio, en el derecho germano derivan de ellos ciertos efectos que son inherentes al derecho personal del matrimonio mismo. El prometido es «familiar» en el sentido del Código Penal, lo cual tiene importancia ante todo

^[20] Planiol, Ripert y Rouast, t. 2, p. 69 y S.

^[21] Lehmann, Heinrich, *Derecho de familia*, Madrid, 1953, p. 50; Loewenwarter, Víctor, *Derecho civil alemán comparado*, 2a ed., Chile, 1943, p. 531 y ss.

^[22] Lehmann, *op. cit.*, p. 51; Ennecerus–Kipp–Wolff, *Derecho de Familia*, ed. Bosch, 1948, t. 1, v. 1, p. 29, notas 1 y 2; Puig Peña, *op. cit.*, t. 2, v. 1, p. 69.

^[23] Ennecerus, Kipp–Wolff, *Der. de Familia*, t. 1, v. 1, pp. 31 y ss.

para la exención de pena en caso de estado de necesidad o complicidad y está autorizado, lo mismo que el cónyuge, a negar su testimonio o su dictamen pericial en juicio civil o criminal contra su prometido. Asimismo, las facilidades que el Código Civil da para los contratos sucesorios y de renuncia a la herencia entre cónyuges las extiende a los prometidos, todo lo cual acredita suficientemente el carácter mixto de esta relación contractual.

En el derecho italiano Antonio Cicu, en su original y profundo estudio del Derecho de Familia, expone con singular agudeza pero también con cierta exageración, que este derecho más bien participa del derecho público que del derecho privado, al punto de considerar al matrimonio como acto del poder estatal. Así también para este autor los esposales no tienen carácter contractual y ni siquiera constituyen un acto del derecho de familia, pues, a diferencia de los derechos romano, canónico y germánico actual, tampoco producen un vínculo de cuasi afinidad. Sostiene, por lo demás, que el efecto indemnizatorio previsto por el artículo 81 del Código Italiano vigente se origina puramente en una relación extracontractual.⁽²⁴⁾ De Ruggiero y Bianchi, lo acompañan en cuanto a la culpa aquiliana como elemento de la acción del resarcimiento. Pero la gran mayoría de los autores y de la jurisprudencia se declara en franca oposición con esta doctrina, afirmando el fundamento contractual emergente de la ruptura de los esposales.⁽²⁵⁾

6. La ruptura de los esposales y sus efectos en los distintos sistemas de la legislación comparada

En el derecho civil contemporáneo se destacan distintas direcciones bien definidas sobre la regulación de las consecuencias jurídicas de la ruptura de esposales, que pueden reducirse a tres grandes grupos:

- a. Legislaciones que niegan todo efecto patrimonial a la ruptura de esposales;
- b. legislaciones que conceden efectos limitados;
- c. legislaciones que acuerdan eficacia contractual al vínculo esposalicio y reglamentan cuidadosamente los efectos jurídicos de la ruptura.

a. Legislaciones de tipo negativo

I. Derecho francés

El primer grupo estaría representado por el Código Francés y por todas las codificaciones que se han inspirado en ese cuerpo legislativo de comienzos del siglo XIX; es decir, no conceden ningún efecto patrimonial al incumplimiento de los esposales, considerándolos

⁽²⁴⁾ Cicu, Antonio, *Derecho de Familia*, trad. de Sentis Melendo Buenos Aires, 1947, p. 313.

^(24a) de Guijarro, en su enjundioso y magistral Tratado de Derecho de Familia recoge algunas enseñanzas del esclarecido maestro italiano, pero lo refuta con notable precisión y eficacia en las exageraciones de su doctrina sobre la tripartición del derecho. Ver: pp. 271 y ss. de esta obra de valores excepcionales en la literatura jurídica argentina por la sistematización original y completa que hace del derecho de familia y la claridad expositiva que es peculiar de su autor.

⁽²⁵⁾ De Ruggiero, *Instituciones de Der. Civil*, trad. de la 4a ed., t. II, v. 2, p. 73 y s.; Degni, *Il Diritto di famiglia*, Padova, 1943, p. 41 y s.; Jemolo, *El matrimonio*, trad. de Sentis Melendo, Buenos Aires, 1954, p. 60 y ss.

como un mero deber de conciencia, ajeno a toda regulación contractual. Así en Bélgica, Inglaterra, Rusia, Argentina, Paraguay.

Sin embargo, en Francia y Bélgica, el derecho vive de muy distinta manera al nuestro por obra de su doctrina y jurisprudencia creadoras. En efecto, en esos derechos nacionales aunque la promesa de matrimonio carece de valor jurídico, en ciertos casos, la ruptura injustificada, mediando culpa o dolo, da lugar a indemnización. Se sanciona de ese modo al autor de un hecho pérfido o desleal y se lo condena a reparar los daños causados, en virtud de los artículos 1382 y 1383 del Código Civil, que regulan la responsabilidad por hechos ilícitos.

No ha escapado esta jurisprudencia a la crítica de autores de la jerarquía de Gén y Jossierand que han denunciado la contradicción en que se debate por no haber admitido llanamente el valor obligatorio de la promesa matrimonial, ya que si no lo tiene, no se comprende que la inexecución pueda ser nunca generadora de responsabilidad. Y la contradicción aparecería tanto más patente cuanto que los tribunales franceses no aceptan que el prometido abandonado pruebe con testigos la existencia de la promesa sin acreditar, por lo menos, un principio de prueba por escrito. No obstante, fuerza es reconocer el fondo innegable de equidad de estas soluciones y el plausible ingenio puesto en la interpretación de la ley civil para que la justicia no sea burlada. En rigor, los jueces de esos países latinos no condenan el incumplimiento de una promesa considerada como contrato, sino que indemnizan a la víctima de un acto desleal, juzgado como cuasi delito. Por lo tanto, el novio abandonado debe probar, inexcusablemente, el dolo o culpa, como así también el daño material y moral sufrido y su relación de causa a efecto. Desde luego esta acción es más amplia que la emergente de culpa contractual, ya que el perjuicio no está restringido por el artículo 1150, ni se da solo contra el novio, sino aún contra terceros responsables de la ruptura. Los tribunales franceses y belgas toda vez que haya habido «capricho o ligereza», «deslealtad o perfidia» han admitido las acciones resarcitorias de esta especie.⁽²⁶⁾

II. Derecho inglés

El derecho inglés no legisla sobre sponsales, pero concede acción por incumplimiento injustificado. A partir de 1573 quedó abolida la obligación de contraer matrimonio que hasta entonces comporta la acción en *Breach of promise of marriage*. Parece ser que en Inglaterra fuese muy difícil toda burla prematrimonial en perjuicio de uno u otro novio, pero sobre todo de la mujer. En los casos de incumplimiento, que son numerosos, se actúa ante el juez asistido de un jurado especial. El jurado emite veredicto sobre dos cuestiones: 1) si existe o no promesa, y 2) la suma que integra la indemnización. En este último aspecto el jurado es soberano, pero respecto de la primera, el juez se reserva la facultad de examinar si las pruebas que el jurado estimó suficientes para declarar la existencia de la promesa son conformes a la ley, transformando mediante este hábil recurso una cuestión de hecho en otra de derecho. La reparación que el derecho inglés concede en el supuesto de ruptura injustificada puede tener alcances extraordinarios. No solo abarca el daño emergente, sino también el lucro cesante, estimándose hasta el daño moral. Por este último concepto se impone una pena ejemplar llamada *exemplary damages*.

⁽²⁶⁾ Planiol, Ripert y Rouast, t. 2, p. 71.

III. Derecho brasileño

El Código Brasileño de 1917 debe ser incluido entre los que no legisla sobre esponsales. Empero, en cierto sentido ha recogido normativamente la doctrina y jurisprudencia francesas, pues, el artículo 1548, inserto en el título VIII, cap. II, libro III, sobre liquidación de obligaciones resultantes de actos ilícitos, dispone: «La mujer agraviada en su honra tiene derecho a exigir del ofensor, si este no pudiere o no quisiera reparar el mal por medio del casamiento, una dote correspondiente a su condición y estado; 1) si virgen y menor, fue desflorada; 2) si, mujer honesta, fue violentada o intimidada por amenazas; 3) si fue seducida por promesa de casamiento; 4) si fue raptada».

b. Legislaciones de tipo restringido

En el segundo grupo de legislaciones cabe incluir a España, Italia, Portugal, Chile y otros países americanos que han adoptado idénticas soluciones.

I. Derecho español

En el Código de 1889, artículos 43 y 44, si la promesa se hubiese hecho en instrumento público o privado, por mayor de edad o menor asistido legalmente, o si se hubiesen publicado las proclamas, el que rehusare a casarse, sin justa causa, estará obligado a resarcir a la otra parte los gastos que hubiere hecho por razón del matrimonio prometido. En los casos de resolución o imposibilidad del compromiso esponsalicio, los prometidos han de restituirse lo recibido por donación o en señal de compromiso. En principio, se rechaza el daño moral, aunque algunos autores consideran que es pertinente si ha mediado cópula. La acción derivada del incumplimiento prescribe al año a contar desde el día de la negativa a casarse.

Los Códigos de Cuba, Costa Rica y Panamá se inspiran en estas mismas disposiciones.

II. Derecho italiano

El Código de 1865, en los artículos 33 y 54, disponía que la promesa recíproca de futuro matrimonio no produce obligación legal de contraerlo ni de cumplir lo que se hubiere pactado en previsión de incumplimiento de la misma. Y la ruptura no trae otra sanción para el prometido culpable que la de reembolsar a la otra parte los gastos hechos por causa del futuro matrimonio, si la promesa fue concertada por persona capaz, o por menor autorizado por las personas requeridas para contraer matrimonio válidamente y que conste en instrumento público o privado. La acción prescribe al año de la ruptura.

El Código de 1942 mantiene los mismos principios y en concordancia con los códigos alemán y suizo ha agregado dos nuevas disposiciones: el prometido cuya conducta da lugar a la ruptura incurre en la misma responsabilidad que aquel que quebrante la promesa. Además, también se puede demandar la restitución de los regalos hechos a causa de la promesa, si el matrimonio no se realiza.

III. Derecho portugués

No trata de los esponsales, pero el Código Civil en el artículo 1067 autoriza una acción de daños y perjuicios cuando estos son producidos por la negativa injustificada a contraer matrimonio expresamente prometido.

IV. Derecho chileno

El Código de Chile, en los artículos 98 a 101, dispone que los esponsales constituyen un hecho privado sometido al honor y conciencia de las personas, sin valor ante la ley civil, de tal modo que la multa prevista para caso de incumplimiento no podría exigirse, pero si voluntariamente se pagara, no podrá demandarse su devolución. Se la asimila a una obligación natural. No impide, además, reclamar la restitución de las cosas donadas bajo condición de matrimonio, sino llegare a realizarse. Y, finalmente, no admite la prueba de los esponsales como circunstancia agravante del delito de seducción.

Los Códigos del Uruguay, Colombia, Ecuador y Salvador se inspiran en la misma fuente.

c. Legislaciones de tipo amplio

El tipo característico del tercer grupo de legislaciones está constituido por los códigos alemán y suizo que asignan a los esponsales la eficacia de un antecrato con serias consecuencias jurídicas para el incumplimiento injustificado. Se ha observado con exactitud evidente que en el siglo XIX el Código Napoleón fue el modelo inspirador de las codificaciones posteriores; en el siglo, XX ese rol le ha correspondido al Código Alemán de 1900 al que ha seguido la mayoría de las legislaciones en el curso de los últimos treinta años.

I. Derecho alemán

En el Código Alemán, artículos, 1297 a 1302, los esponsales no engendran acción para pedir la conclusión del matrimonio, ni puede obtenerse ese efecto mediante cláusula penal. Pero la parte que incumple sin causa importante debe indemnizar al otro prometido. Igual responsabilidad tiene el que da motivo para la resolución del compromiso. La jurisprudencia establece las causas importantes en relación a la esfera social del interesado y las circunstancias del caso, tales como la infidelidad, malos tratos, ofensas de parientes, enfermedad grave, cambio de fortuna, graves defectos de carácter, etc. Además del otro prometido, son titulares de la acción sus padres y las personas que hagan sus veces. También los terceros pueden pedir indemnización por las expensas y obligaciones contraídas durante el tiempo del noviazgo con vistas al matrimonio. En principio, no se indemnizan sino los daños materiales; se exceptúa el caso de la novia intachable que ha permitido la cohabitación, en cuyo supuesto cabe el daño moral. En los demás casos de extinción de los esponsales hay lugar a la restitución de las donaciones en virtud de los principios del enriquecimiento sin causa. Estos derechos prescriben en el plazo de dos años de la extinción de los esponsales.

II. Derecho suizo

El Código suizo, en los artículos 90 a 95, legisla los esponsales en forma análoga. El prometido culpable de la ruptura debe pagar los gastos hechos con motivo del matrimonio, y, además una reparación por el daño moral. Autoriza la devolución de los regalos que somete a los principios del enriquecimiento sin causa y fija el plazo de prescripción en un año a contar de la fecha de la ruptura.

III. Derecho mexicano

El Código de México de 1932, en los artículos 130 a 144, se inspira en las disposiciones de los Códigos Alemán y Suizo. Constituyen esponsales la promesa de futuro matrimonio

por escrito y aceptada, que pueden celebrar los varones de 16 años y las mujeres de 14, asistidos por sus representantes legales. El que sin justa causa, a juicio del juez, rehusara cumplir su compromiso o lo difiera indefinidamente, deberá pagar los gastos que el otro hubiere hecho con motivo del matrimonio. Además, aquel que sin justa causa grave falte a su compromiso, debe indemnización, a título de reparación moral, cuando por la duración del noviazgo, la intimidad establecida, la publicidad de las relaciones y otras causas semejantes, la ruptura causa un grave daño a la reputación del prometido inocente. La indemnización será fijada por el juez teniendo en cuenta los recursos del culpable y la gravedad del perjuicio del inocente. Asimismo, si el matrimonio no se celebrare los prometidos pueden exigirse la devolución de lo donado. La acción prescribe al año de la negativa injusta o de la resolución del compromiso.

IV. Derecho peruano

El Código Civil del Perú, de 1936, en los artículos 75 a 81, reglamenta los esponsales en forma análoga a los anteriores. La promesa de matrimonio mutuamente aceptada constituye los esponsales, siempre que ella conste de manera indubitable. Son válidos los de los menores de edad, si se celebran con el consentimiento de las personas que el Código exige para el matrimonio. Los esponsales no producen obligación de contraer matrimonio, ni de ajustarse a lo estipulado para el caso de incumplimiento; pero el rehusar cumplirlos sin justa causa, está obligado a resarcir equitativamente a la otra parte los gastos que hubiese hecho de buena fe y los perjuicios sufridos por razón de la promesa. Igual responsabilidad para el que diere justo motivo a retirarla. Además, cuando el matrimonio deje de celebrarse por culpa exclusivamente imputable a uno de los prometidos, y su no celebración dañe gravemente los derechos inherentes de la personalidad del otro, el juez podrá conceder al inocente una suma de dinero en concepto de reparación personal. Sin embargo, pasará a los herederos si el deudor lo hubiere reconocido, o hubiese sido ya demandado al tiempo de abrirse la sucesión. Si los esponsales se disuelven por causa diversa de la muerte, podrán las partes demandarse la restitución de las cosas que se hubiesen donado, o si fuere imposible, el valor de lo donado. Todas estas acciones prescriben al año de la negativa injusta.

V. Derecho venezolano

El Código Civil de Venezuela de 1942, en los artículos 41, 42 y 43, establece que la promesa no produce obligación legal de contraerla para el caso de incumplimiento. Pero si constare las proclamas u otros documentos públicos, quien rehusare celebrarlo, sin justa causa, satisfará a la otra los gastos que hubiere hecho por causa del matrimonio prometido. La acción no se admite si no se acompaña los avisos o el documento público o han transcurrido dos años desde el día en que pudo exigirse la promesa.

VI. Derecho de los Estados Unidos de Norte América

La legislación de los Estados Unidos de Norte América es similar a la inglesa. Allí son comunes los juicios por indemnización de daños y perjuicios denominados «breach of promise suits». Constituyen una peculiar actividad de las cortes norteamericanas y con frecuencia se los hace objeto de una publicidad escandalosa. Los tribunales, por su parte, se han caracterizado por una extrema amplitud y generosidad en las indemnizaciones, al punto que en algunos Estados como Nueva York, Illinois e Indiana, se han sancionado

leyes que prohíben estos juicios. Hoy existe una porfiada controversia que divide al pueblo norteamericano en dos grandes sectores de opinión: una decididamente favorable a este tipo de litigios por entender que asegura la seriedad de los esponsales, moraliza las costumbres y protege los intereses de las mujeres frente al abuso de los hombres, y otra contraria a su mantenimiento, por reputar que estas acciones han sido usadas como instrumentos de fraude y chantaje, y porque significan el más material de los remedios a la situación más romántica y sentimental.⁽²⁷⁾

7. Opinión de los autores nacionales

La doctrina nacional, en su mayoría, se manifiesta contraria a la restricción extrema del Código vigente. Machado⁽²⁸⁾ afirma que la supresión de la promesa de matrimonio no constituye precisamente un adelanto de nuestra avanzada civilización, porque importa una restricción de la libertad de contratar que no se explica sino asignándole un carácter inmoral que está muy lejos de tener. No concibe porque no han de pagarse los perjuicios de un incumplimiento, o ejecutarse la pena que se hubiere estipulado. El precepto legal vigente solo se justifica, a su juicio, tratándose de esponsales entre menores, como se hacían antiguamente. Recuerda el Código Alemán y apunta que para evitar explotaciones debe impedirse que la sola promesa matrimonial autorice a demandar, armonizándose al precepto con el artículo 1109 que establece la responsabilidad por los hechos ilícitos.

En concepto de Segovia,⁽²⁹⁾ lo mismo que de Guastavino,⁽³⁰⁾ los esponsales en nuestro derecho constituyen una obligación natural; por lo tanto, les son aplicables los artículos 515, inciso 5 y 516 del Código Civil. Y así, en caso de ruptura, pagada una multa estipulada, no podría pedirse su devolución. De igual manera la restitución de regalos sería exigible de acuerdo con los principios del pago indebido. Salvat cree que ello es admisible respecto de las verdaderas donaciones, pero no de los simples regalos.⁽³¹⁾

En cambio, Llerena expresa que Vélez ni siquiera aceptó el criterio del artículo 99 del Código chileno, que no admite repetir la multa pagada,⁽³²⁾ A su entender, el espíritu de nuestras leyes no acepta este orden de relaciones ni siquiera como obligaciones naturales. Podría así pedirse la devolución de lo que se hubiera dado en razón del matrimonio y la estipulación de una pena sería nula por serlo la obligación principal, artículo 525, Código civil.

Lafaille⁽³³⁾ opina que la ley argentina debiera conceder el resarcimiento que siempre reconocieron los cánones y que aceptan casi todos los códigos modernos, criterio compartido por Pavón.⁽³⁴⁾

⁽²⁷⁾ Fernández Clérigo, Luis, *El derecho de familia en la legislación comparada*, México, 1947, p. 20 y ss. Oliva Vélez, Horacio Alberto, *Los juicios por ruptura de esponsales en los EE. UU. de Norte América*, La Ley, t. 59, p. 940. Se trata de un estudio muy provechoso sobre la legislación, doctrina y jurisprudencia de los estados norteamericanos. Su autor no oculta su opinión desfavorable a la admisibilidad de esta especie de litigios.

⁽²⁸⁾ Machado, *Exposición y Comentario del C. Civil Argentino*, 2a ed., 1920, t. 1, p. 276 y ss.

⁽²⁹⁾ Segovia, *El Código Civil de la República Argentina*, etc., 1881, t. 1, p. 48.

⁽³⁰⁾ Guastavino, *Notas al Código Civil*, t. 2, p. 38.

⁽³¹⁾ Salvat, *Tratado de derecho civil*, Familia, 1949, t. 11, p. 18.

⁽³²⁾ Llerena, *Código Civil Argentino*, 3a. Ed. 1931, t. 1, p. 372.

⁽³³⁾ Lafaille, *Derecho de Familia*, t. 1, pp. 48 y 50.

⁽³⁴⁾ Pavón, *Tratado de la familia*, t. 2, p. 203.

Solamente Prayones⁽³⁵⁾ alaba sin reservas la doble solución negativa de Vélez, advirtiendo que los argentinos por temperamento separan los intereses pecuniarios de todo lo que afecta a los sentimientos del corazón. Este instituto, a su juicio, no estaría en nuestra índole y menos aun tratándose de simples noviazgos, que se rompen con la devolución de cartas, anillos y regalos, sin que se le ocurra a nadie pedir un puñado de dinero al que se retira, pues, el carácter ético del matrimonio no admite como equivalente jurídico la sanción pecuniaria, propia de las relaciones contractuales patrimoniales, pero no de las de orden familiar. Nuestra ley —concluye— no puede ser criticada por la supresión de los esponsales de futuro que no obedecen a ningún fin jurídico ni social, ni pueden ser materia de coerción para el derecho.

Es evidente que Prayones generaliza demasiado. Bien está que la ley civil niegue validez a la promesa de futuro matrimonio, pero ya no es razonable que también prohíba reclamar en justicia la reparación de daños materiales o morales. Son cuestiones distintas. No es tolerable que se invoque el orden afectivo de las relaciones, ni el temperamento de los hombres de esta tierra para cubrir con ello una conducta inmoral y dejarla sin sanción porque esto contraría los principios del derecho y la equidad y los más elementales conceptos de la ética y de las buenas costumbres que sin duda tienen valor para los sentimientos argentinos.

Rébora es quien ha estudiado entre nosotros este problema con más hondura, exacto enfoque y mayor acopio de antecedentes doctrinarios y jurisprudencias.⁽³⁶⁾ Según él, Vélez exageró el concepto moderno, resolviendo negativamente y de una sola vez dos cuestiones diferentes: la obligación de efectuar el matrimonio, que ninguna ley civil contemporánea admite, y la de indemnización en caso de culpa o dolo, aceptada por todas. De ese modo la, ley argentina ha cerrado el paso a posibles soluciones de justicia, cuya importancia puede medirse en relación con la necesidad de organizar un sistema jurídico que realice eficazmente la protección de lo moral. En 1926 previó que el Congreso no tardaría en promover la reforma necesaria del texto vigente, pero, lamentablemente, aún no se ha realizado.

Más todavía: juzga que los tribunales nacionales, de igual manera que los jueces franceses y belgas, con las normas de derecho vigente, estarían autorizados a recoger acciones resarcitorias de este tipo. Participamos de su criterio que expone con resuelta firmeza: «La protección del derecho a la castidad y de los elementos morales que se le asocian debe considerarse como una doctrina definida. Las leyes y jurisprudencia de Suiza, Alemania, Estados Unidos, Bélgica, Italia, Francia, confirman, su existencia. Por eso, en la interpretación de las leyes argentinas ha faltado una orientación clara, de sentido protector, que algún día, alguien, con la autoridad y eficacia necesarias, infundirá a los intérpretes. No faltará a estos la base indispensable para establecer el verdadero punto de vista: la encontrarán en el sentimiento colectivo, que exige la modificación; en las reglas de la equidad, que imponen la reparación: en los textos de nuestro derecho actual, mucho más abundantes y expresivos que los utilizados para la elaboración del hermoso cuerpo de derecho pretoriano de los tribunales franceses y belgas. Tenemos —concluye Rébora con acierto evidente— por una parte el artículo 1109, y por la otra., los artículos 1067, 1068, 1075, 1077, 1081, 1083 y concordantes. Solamente —hay que saber todavía— que la interpretación de estos textos no ha de hacerse con arreglo al edicto de 1770 (n° 21) y al criterio de la mujer-serpiente (n° 19); de hacerse en cambio, con el ánimo advertido

⁽³⁵⁾ Prayones, *Derecho de Familia*, 1939, p. 30 y ss.

⁽³⁶⁾ Rébora, *Derecho de Familia*, 1932, t. 1. pp. 168 y ss. t. 2, p. 13.

de la necesidad de una protección eficaz cuya satisfacción se hace más y más imperiosa a medida que las sociedades aumentan en complejidad».⁽³⁷⁾

Busso⁽³⁸⁾, en concordancia con Rébora, piensa que la doctrina de los tribunales franceses puede tener cabida entre nosotros, porque el artículo 8 de la ley de matrimonio civil elimina solamente la obligación contractual derivada de los esponsales, sin extinguir la responsabilidad delictual o cuasidelictual respecto de la cual el convenio de esponsales no es fuente directa. Será pues una cuestión de hecho la de apreciar si la conducta del prometido que se niega al matrimonio constituye un acto ilícito. Respecto de los daños que podrá invocar el novio que sufre la ruptura podrán ser materiales o morales. Entre los primeros se contarán los gastos que haya hecho en vista a la boda, y entre los segundos, el agravio que recibe con la ruptura y que es particularmente sensible cuando la realización era inminente y pública, porque hace suponer la existencia de razones ocultas que la maledicencia se encargará de investigar o inventar.

8. Jurisprudencia de los tribunales

Un texto tan rotundo como el de Vélez explica que no se hayan ventilado causas de este género en nuestros tribunales, por lo demás, tan comunes en otros países, sobre todo en los anglosajones. Sin embargo, recientemente la Cámara Civil, sala C, de la Capital Federal, juzgó un caso que bien pudo tener otra solución más en consonancia con la equidad y con claros principios de nuestra ley civil.⁽³⁹⁾

El caso es el siguiente: Una joven ingresó a una empresa comercial donde trabajó relaciones con el contador, quien, afirmaba ser soltero y así figuraba en el personal. Este empezó a cortejarla y pidió su mano a los padres. Después de dos años de público noviazgo fijóse el 17 de febrero de 1949 la fecha para el casamiento. A mediados de enero de ese año concurrieron a la iglesia para precisar los detalles de la ceremonia y el 21 del mismo mes concurrieron juntos, con los testigos, para levantar el acta para las amonestaciones. En la víspera de la boda la novia recibió una carta del prometido en la cual le expresaba en forma confusa que no podrían casarse. El motivo de su actitud la conoció más tarde: su novio era casado y tenía tres hijos. La mujer de tal modo burlada, en su demanda por indemnización de daños y perjuicios, expresaba que su novio la hizo renunciar al puesto que desempeñaba con un sueldo mensual de 225 pesos y, además, con motivo de la frustrada boda había efectuado muchos gastos para el ajuar con dinero de su peculio y del de sus padres, por lo cual, estimaba los daños materiales en la suma de cinco mil pesos, cuya acción fundaba en el artículo 1893 del ccvil, que dispone «La incitación o el consejo, en el interés exclusivo de aquel a quien se da, no produce obligación alguna, sino cuando se ha hecho de mala fe y en este caso el que ha incitado o dado consejo debe satisfacer los daños y perjuicios».

El juez Dr. Lozada Echenique no halló mérito para admitir la acción fundada en el artículo 1893, del Código civil, «no obstante la incalificable conducta moral del demandado para con la actora». A su vez, el señor vocal doctor Chute, en su voto, al cual adhieren los

⁽³⁷⁾ Rébora, *op. cit.*, 1, pp. 185 y ss. Ver N° 114; t. 2, pp. 16 19, núms. 219 y 222.

D. del Senado, 1918, t. 1, p. 41, proyecto de E. del Valle Iberlucea, artículo 33.

C. de Diputados, 1924, t. 5, p. 497, proyecto de Leopoldo Bard, artículo 26.

⁽³⁸⁾ Busso, *Código Civil Anotado*, Familia, 1945, p. 37, N° 25 y 26.

⁽³⁹⁾ *La Ley*, t. 65, pg. 199.

doctores Alsina y Coronas, afirma que con la categórica prueba testimonial y documental rendida por la novia engañada probó todos los extremos de su demanda. Y aun cuando reconoce que el demandado «burló despiadadamente a su prometida ocultándole su verdadero estado civil hasta el día antes del fijado para la boda», el tribunal, en virtud del artículo 8 de la ley de Matrimonio Civil, desestima la reclamación, a pesar que con ello —declara— «se sancione una verdadera injusticia».

«Yo estoy —decía el Dr. Chute— con la interpretación que fluye sin esfuerzo del artículo en discusión, vale decir, por la negativa de la acción resarcitoria. Bien sé que la solución de nuestra ley no es justa, por cuanto la promesa, sin atacar la libertad del matrimonio, puede crear situaciones que merecen la contemplación del ordenamiento jurídico, y que se aparta de la orientación seguida al respecto por algunos códigos modernos, entre ellos, el alemán, el suizo, el brasileño, el peruano, la ley sueca del 11 de junio de 1920, etc., pero creo, como dije al compulsar los antecedentes que sirvieron de guía a nuestro codificador, que la acción de daños y perjuicios no tiene cabida en nuestra ley cuando la promesa del matrimonio deja de cumplirse, cualquiera sea el motivo invocado para ello».

«Pienso —concluía el mismo magistrado— que el precepto legal que nos rige debe ser modificado armonizándolo con los principios generales del Código civil que acuerdan reparación contra todo aquel que ocasiona un daño, vale decir, con el artículo 1109. No implica ello admitir, desde luego, que la violación de toda promesa de matrimonio dé acción para demandar. El ejercicio de ese derecho ha de quedar supeditado a las circunstancias de cada caso y su reconocimiento al prudente arbitrio de los jueces. Ello impedirá abrir las puertas al abuso y que queden sin condigna sanción actitudes tan inmorales y reprochables, como la que se ha puesto de manifiesto en este expediente».

Lástima que los jueces olvidaran la aleccionadora y firme orientación preconizada por Rébora y extraída de sustanciales principios jurídicos concretados en normas positivas de nuestro Código Civil. La equidad, al decir de Mercadé, siempre es un principio de derecho, y si se reconoce que el artículo 1893 no legisla propiamente sobre el mandato, la mala fe evidente con que el demandado había procedido exigía de todos modos una justa reparación por los daños ocasionados, sobre todo si como antes señalé el artículo 8 de la ley de Matrimonio Civil rechaza la obligación contractual derivada de los esponsales, pero no extingue la responsabilidad delictual o cuasidelictual, en cuyo caso no serían estos la fuente directa de la acción.

9. Bibiloni y el proyecto de reformas de 1936

Bibiloni en su Anteproyecto mantuvo la redacción primitiva del artículo 8 de la ley de matrimonio civil, sin hacer comentario alguno. Por cierto, es curioso el silencio de quien tanto siguió al Código Alemán en las reformas que propuso al Código vigente. En cambio, la Comisión Reformadora, en el artículo 338 suprimió la frase última de esa disposición redactada así: «No habrá acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio». El informe que precede al proyecto anota que suprime toda referencia a la prohibición de reclamar daños y perjuicios derivados de esa causa, dejando que se gobiernen, si fueren procedentes, por los principios generales».⁽⁴⁰⁾

⁽⁴⁰⁾ Bibiloni, *Anteproyecto*, 1939, t. 1, p. 195, artículo 543; Reforma del Código Civil, 1936, p. 41; Observaciones y Actas

En el seno de la comisión, el doctor Lafaille, invocando los Códigos modernos, dijo que debía establecerse el derecho a indemnización de los daños y perjuicios por la falta de cumplimiento de la promesa de matrimonio a cuya sugestión adhirió el Dr. Tobal, señalando que ello contribuiría a fomentar la buena fe. Por su parte el doctor Martínez Paz objetó que reglas de esa especie no están de acuerdo con nuestra manera de ser y de pensar, por lo que no convenía incorporarlas a nuestra legislación, a lo cual replicó el doctor Lafaille que no era menester disponer expresamente en qué casos procede la indemnización, ya que ellos se regirán por los principios generales, proposición que de común acuerdo fue aceptada.

A pesar de estos antecedentes y de la modificación del texto legal en vigor, el profesor cordobés doctor Cordeiro Álvarez afirma la inocuidad de la reforma proyectada, porque, a su juicio, no establecida como una obligación emanante de un vínculo contractual, habría que recurrir a las normas sobre hechos ilícitos.⁽⁴¹⁾ Y como el artículo 864 del proyecto repite las reglas de Bibiloni, en cuya virtud no hay más actos ilícitos que aquellos prohibidos por las leyes, reglamentos municipales u otros dictados por autoridad competente, tampoco habría medio de fundar el derecho a indemnización por la ruptura de esponsales, vínculo no reconocido por la ley en parte alguna del proyecto. Conforme a su articulado opina que la indemnización solo procedería como cumplimiento de una obligación natural, de acuerdo con el artículo 857, inciso 5 que dispone que no podrán repetirse los pagos «realizados para satisfacer deberes morales o de conciencia».

Creo, por mi parte, que Cordeiro Álvarez exagera sus argumentos a tal punto que no los estimo aceptables, pues con los antecedentes expuestos y las normas que el proyecto contiene, no podría desconocerse la obligación de indemnizar de quien por su culpa o dolo ocasiona un daño a otro.⁽⁴²⁾ El fundamento de la responsabilidad por una ruptura injusta sería así de índole aquiliana, con lo cual habría necesidad de acreditar el elemento subjetivo del dolo o la culpa como lo entienden la doctrina y la jurisprudencia francesa.

Empero, el mismo doctor Lafaille respondiendo a una propuesta de ampliación de la regla del artículo 338 del proyecto de reforma presentada por el doctor Alberto G. Spota, en el Instituto Argentino de Estudios Legislativos, hizo presente que podía aplicarse la norma del artículo 794, en cuya virtud el incumplimiento responsabiliza al promitente. En cierto sentido, decía, el consentimiento de ambas partes vendría a caracterizar un precontrato o contrato preparatorio, pero como de todos modos podrían suscitarse dudas interpretativas, le parecería más ventajoso agregar varios preceptos aclaratorios, aun cuando con prescindencia de toda modificación, en el proyecto está bien claro que la promesa de matrimonio daría lugar a responsabilidades. Con todo, es innegable que el proyecto ampliatorio del doctor Spota regula con adecuada precisión los efectos del incumplimiento de la promesa de matrimonio, si bien allí la responsabilidad tendría una base contractual como acontece en el sistema del Código Alemán.⁽⁴³⁾

de la Comisión, 1938, t. 2, p. 260.

⁽⁴¹⁾ Cordeiro Álvarez, *Los esponsales en el derecho civil contemporáneo*, Bol. Inst. Der. Civil, Córdoba, 1943, junio, p. 27.

⁽⁴²⁾ Pavón, *op. cit.*, t. 1, p. 203, nota 364 bis.

⁽⁴³⁾ Spota, *Tratado de derecho civil*, t. 1, v. 2, p. 720; Estudios Legislativos, Proyecto de reforma del C. Civil, Libro II, actas de la Sec. de D. Civil, Buenos Aires, 1946, pp. 39 y ss.

10. Conclusiones

La extensa y fatigosa revista que acabamos de hacer a través del tiempo y del espacio de legislaciones contemporáneas y pretéritas nos permite formular algunas conclusiones sobre el objeto de nuestro estudio que dejamos concretadas del modo siguiente:

- a. Los esponsales han permanecido en las costumbres y hábitos sociales de todos los pueblos civilizados. Y si con los principios de la revolución francesa perdieron los abusivos y extraños efectos de las legislaciones antiguas y medievales, constituyen aun hoy, como ya lo observara Portalis, «la educación de la vida conyugal».
- b. En los modernos cuerpos legislativos, con fines éticos plausibles, sin atacar la libertad de matrimonio, la promesa incumplida, sin motivo justo, crea consecuencias jurídicas que el derecho en la necesaria protección contra los agravios materiales y morales está en el deber de amparar y proteger;
- c. El Código Civil argentino en su doble y extrema posición negativa se presenta en el cuadro de las legislaciones vigentes de los países americanos y europeos, con un carácter verdaderamente excepcional. No presta amparo a las víctimas de daños ciertos y efectivos y deja sin sanción a autores de actos condenables y antisociales.
- d. El Código Civil vigente requiere una reforma imperativa y concreta, que a la vez que reprima en forma adecuada los actos ilícitos de este tipo, asegure a las víctimas la reparación debida por los daños materiales y morales. La indemnización no debe establecerse como efecto de la ruptura de un vínculo contractual, según el modelo del Código Alemán, ni dejarse librada al juego común de los principios generales de los hechos ilícitos, conforme a la jurisprudencia de los tribunales franceses y belgas, sino que ha de regularse su alcance preciso teniendo en cuenta la índole particular de estos actos contrarios a las buenas costumbres y a la integridad moral de las personas. De este modo, no imputando la indemnización a un vínculo contractual anterior, se afirma la absoluta libertad de matrimonio y no se castiga el simple cambio de sentimientos, pero tampoco se dejará como hasta ahora totalmente desamparada a la víctima de una conducta ilícita.

Dice Westermarch que el matrimonio es la historia de una relación en la cual las mujeres han triunfado gradualmente de las pasiones, de los prejuicios y de los intereses egoístas de los hombres. Y Max Nordau, con gráfica exactitud, señala «El derecho es el guardián del orden, pero ignora el amor». Precisamente el derecho existe porque no es posible garantizar que siempre haya amor o caridad. Así es como hemos de procurar que el derecho acuda en salvaguardia de los bienes espirituales contra los groseros agravios. Es este un bello ideal de los hombres en su afán inextinguible de progreso. Ahora que el orden constitucional postula la igualdad jurídica de los cónyuges y condena el abuso del derecho, hagamos todos de nuestra parte lo que esté a nuestro alcance para que esos objetivos se concreten en normas jurídicas de vigencia plena y creen un mundo donde haya más bien, más verdad y más justicia.