

## EFFECTO JURIDICO DE LA RUPTURA DE ESPONSALES

Por

ERNESTO B. FRIEDMAN y CARLOS A. B. LAGOMARSINO

### I. — CONCEPTO Y LEGISLACIÓN COMPARADA.

Espousales es el contrato de derecho de familia por el cual dos personas de distinto sexo, se comprometen a celebrar matrimonio en virtud de una promesa recíproca tendiente a ese fin<sup>1</sup>.

De este concepto podemos extraer cuales son los presupuestos necesarios de dicho acto: a) distinto sexo en los celebrantes; b) promesa de contraer matrimonio; y c) que la promesa sea recíproca. Resulta obvio destacar que el mismo debe realizarse con las formalidades que cada ley nacional exija y concurriendo en los dos promitentes capacidad suficiente.

Sentadas estas bases previas, resultará útil a nuestro estudio un breve examen histórico y una ligera visión de la legislación comparada, adelantando desde ya, que son dispares las soluciones que nos ofrecen los derechos positivos y la jurisprudencia extranjeras.

Esta institución hunde sus raíces en el tiempo, sin que pueda afirmarse con precisión cuándo y dónde nació. Lo cierto es que el derecho romano ya la conoció y existían normas concretas que hacían referencia a ella. Entre los pobladores del Lacio, los espousales estaban garantizados con la *actio ex sponsa* que obliga-

<sup>1</sup> Advertimos que este concepto o definición está formulada en términos generales y no es válida para nuestro derecho positivo actual. Véase n° II de este trabajo.

ba al que quebrantaba su promesa al pago de una cantidad<sup>2</sup>. Por el contrario, en el derecho romano se priva de efectos a la cláusula penal que se hubiere estipulado para asegurar su cumplimiento, aunque luego en la época romano-helénica se importa de Oriente<sup>3</sup> el sistema de afianzar su cumplimiento por medio de las arras sponsalicias, con lo que se vino a reducir a bien poco la utilidad de la cláusula penal<sup>4</sup>.

Des son los efectos que suelen destacar los autores como propios de los esponsales en el derecho romano: a) el otorgar al novio la *actio injuriarum* por la ofensa inferida a la novia y b) el considerar adulterio la infidelidad de la prometida. Esto sin desconocer que mismo en Roma, la promesa matrimonial tenía otros efectos como por ejemplo, el constituir un impedimento para la celebración del matrimonio y ser considerado como parricidio el homicidio del futuro suegro o suegra.

Posteriormente, al ser recibida la institución por el derecho canónico y las Leyes de Partida, comenzó a generalizarse, pero esa generalización trajo con ella su desprestigio. El hecho de que los esponsales (tal como lo estableciera Justiniano) pudieran ser celebrados a la edad de siete años<sup>5</sup>, se prestó a toda clase de abusos y favoreció los casamientos concertados por los padres a espaldas de sus hijos, que llegó a constituir un mal frecuente, tan fielmente reflejado en obras como *El sí de las niñas* de Moratin.

Las Partidas establecían que los esponsales podían celebrarse al llegar el menor a los siete años, aunque luego para que el matrimonio se celebrase era menester que el menor llegado a los catorce años los ratificase. Por otra parte, si bien los esponsales no autorizan a exigir casamiento, el juez eclesiástico podía negar al que quebrase la promesa, la licencia para casarse con otro y el juez civil condenarlo a pagar los perjuicios<sup>6</sup>.

Aquel desprestigio del que habláramos fue el que influyó en el espíritu de los legisladores franceses y los hizo guardar silencio sobre los mismos y el que decidió a Vélez a redactar su artículo 186, citando en la nota la opinión de Seoane de que los esponsales estaban "desusados" en toda Europa.

El derecho canónico actual, consagra la validez de los espon-

<sup>2</sup> Véase Benfante, Pedro: *Instituciones de Derecho Romano*, 2ª Ed., Edit. Reus, Madrid, 1931, n° 62, pág. 195.

<sup>3</sup> Arangio Ruiz, Vincenzo: *Instituciones de Derecho Romano*, Ed. Depalma, 1932, pág. 322.

<sup>4</sup> Benfante, P.: *op. cit.*, pág. 195.

<sup>5</sup> Partida 4, Tít. 1, Ley 2.

<sup>6</sup> Para una amplia información sobre la materia en Leyes de Partida, véase Escriche, Joaquín: *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia*, Librería de la Vda. de Ch. Bourat, Paris-Méjico, 1923, págs. 644 y 645.

sales formalizados por escrito (Decreto *Ne temere* de 1907) y si bien ellos no autorizan a exigir casamiento, permiten al inocente reclamar del culpable que ha dejado incumplida su promesa una justa indemnización (Cánon 1017 del Código de 1917).

El Código Francés, ya lo hemos dicho, nada estableció sobre la materia, pero la jurisprudencia, que en un primer momento fue vacilante, admitió a partir de un fallo de 1838 que si bien no nacen de ellos ninguna obligación civil, hacen surgir en cambio, una obligación natural y, por lo tanto, lo pagado voluntariamente no puede ser luego repetido. Aún más, los tribunales franceses, negándose a valorar como contrato a los esponsales, han admitido la responsabilidad extracontractual del que incurre en el no cumplimiento de su promesa y por lo tanto, éste se encuentra obligado a indemnizar no sólo el daño material, sino también el moral<sup>7</sup>.

El Código Alemán dedica los artículos 1297 a 1302 a esta materia. El primero de ellos consagra el usual principio de que los esponsales no autorizan a exigir matrimonio, agregando que es nula la cláusula penal que se añade para asegurar su cumplimiento. Los artículos siguientes obligan a la indemnización del daño por parte del que desiste de los esponsales, siempre y cuando no haya tenido "un importante motivo" para hacerlo. Se hace responsable también al prometido que da lugar al otro a la resolución "por culpa que constituya un motivo importante". El artículo 1300 autoriza a exigir la indemnización del daño moral si la mujer siendo "intachable" ha permitido a su prometido la cohabitación. El art. 1301 establece que si no se lleva a cabo el matrimonio "cada prometido puede exigir del otro la restitución de aquello que le ha donado o que le ha dado como símbolo de los esponsales, según las disposiciones de la restitución de un enriquecimiento sin causa". El último artículo que hace referencia a esta institución, establece que "las acciones que emergen de las disposiciones precedentes prescriben a los dos años de la disolución de los esponsales".

Lehmann<sup>8</sup> aclara que los esponsales no necesitan forma especial, que pueden ser celebrados por apoderado, que son nulos los esponsales simulados y que la existencia de algún impedimento no dispensable los hace también nulos. El mismo autor<sup>9</sup> explica que la calidad de mujer intachable no es sinónima de mujer virgen, ya que la viuda puede ser intachable, y que los prometidos tienen entre sí un vínculo similar al de los parientes lo que pro-

<sup>7</sup> Véase especialmente Masséol, Henri, León y Jean: *Lecciones de Derecho Civil*, Trad. de Alcalá Zamora y Castillo, E.J.E.A., Ed. An., 1938, Parte I, Vol. III, n.º 723, págs. 83 y 84.

<sup>8</sup> Lehmann, Heinrich: *Tratado de Derecho Civil*, Vol. IV; *Derecho de Familia*, 2.ª ed., Madrid, 1933, n.º 6, págs. 49 y 50.

<sup>9</sup> Lehmann, Heinrich: *op. cit.*, pág. 52.

duce efectos tanto en el derecho penal como en las leyes procesales.

El Código suizo, como lo hacen notar Rodríguez Arias Bustamante y Dulio Arroyo<sup>18</sup>, si bien establece un régimen similar al Código Alemán, ofrece algunas peculiaridades, ya que da el carácter de legítimos a los hijos de padres que entre sí hayan celebrado esposales (art. 260) y otorga un carácter más amplio a la indemnización, pues ésta procede en todo caso como reparación del daño moral y no limitada como en el artículo 1300 del Código alemán.

El Código español de 1889 trae dos artículos, el 43 y el 44 que hacen referencia a nuestra institución. El primero declara que los esposales no producen obligación de contraer matrimonio. El art. 44 por su parte prescribe: "Si la promesa se hubiese hecho en documento público o privado por un mayor de edad, o por un menor asistido de la persona cuyo consentimiento sea necesario para la celebración del matrimonio, o si se hubieran publicado las proclamas, el que rehusare casarse, sin justa causa, estará obligado a resarcir a la otra parte los gastos que hubiese hecho por razón del matrimonio prometido. La acción para pedir el resarcimiento de gastos a que se refiere el párrafo anterior, sólo podrá ejercitarse dentro de un año, contados desde el día de la negativa a la celebración del matrimonio."

En Estados Unidos de Norte América, dice Oliva Vélez<sup>19</sup>, las rupturas de esposales "ocasionan frondosos litigios" al punto de que existe un nombre especial para designarlos: "breach of promise suit". Claro, que a estar a las informaciones que el autor nos suministra, los jueces admíten con excesiva facilidad la procedencia de esta acción, lo que viene a introducir complicaciones de trascendencia en la institución, ya que de ese modo son los propios tribunales los que dan pie a que se desarrolle una verdadera industria de estos pleitos, que más de una vez tendrán como protagonista o accionante a una mujer oportunista que no teme el escándalo, sino que por el contrario lo busca como coadyuvante de su finalidad.

Así se encuentra justificada la crítica que cita Oliva Vélez hecha en un artículo aparecido en *Harvard Law Review* de que constituye una manifiesta injusticia "el requerir la prueba escrita para probar un contrato de venta de mercaderías por valor de cincuenta dólares y autorizar en cambio, a una mujer a demandar

<sup>18</sup> Lina Rodríguez Arias Bustamante y Dulio Arroyo en *Enciclopedia Jurídica Osmía*, Edt. Bölling Arg., B. A., 1939, Tomo X, pág. 740.

<sup>19</sup> Oliva Vélez, Héctor Alberto: *Los juicios por ruptura de esposales en los Estados Unidos de Norte América*, La Ley, Tomo 33, pág. 940 y sig.

cuarenta mil dólares o más sobre la base de su propia palabra, negada estruendosamente por el demandado”<sup>21</sup>.

Varios estados norteamericanos. —Nueva York fue el primero— han abolido los juicios por ruptura como consecuencia de las severas críticas que suscitaren en la opinión pública de aquel país<sup>22</sup>.

El Código Civil brasileño de 1917 al tratar de los actos ilícitos, en el artículo 1548 dispone que la mujer que ha sido agraviada en su honra puede reclamar del ofensor una dote (que debe ser de acuerdo a su condición) si fuese seducida con promesa de casamiento y no quisiere o no pudiere remediar el hecho con la celebración del matrimonio.

En el derecho uruguayo, el art. 81 del Código Civil dispone: “Los esponsales, o sea la promesa de matrimonio mutuamente aceptada, es un hecho privado, que la ley somete enteramente al honor y conciencia del individuo y que no produce obligación alguna en el fuero externo. No se puede alegar esta promesa, ni para pedir que se efectúe el matrimonio, ni para demandar indemnización de perjuicios”. El art. 82 niega valor a la cláusula penal inserta para asegurar el cumplimiento de la promesa, no dando lugar a la restitución si la multa se hubiese pagado voluntariamente, de acuerdo a los principios que rigen las obligaciones naturales.

El Código Civil italiano de 1942 por su parte, consagra una solución similar a la del derecho canónico, exigiendo la escritura y dando lugar al resarcimiento de los gastos. Por igual sistema se pronuncia el Código de Méjico. El moderno Código venezolano de 1942, también admite la acción por indemnización, aunque no requiere la escritura.

Cabe finalmente destacar que en Francia, el Anteproyecto de Reformas al Código Civil, tratando de adecuarse a la más actual tendencia legislativa mundial y haciéndose eco de las soluciones jurisprudenciales adoptadas en ese país, dedica algunos preceptos a nuestra institución, estableciendo no sólo la responsabilidad del promitente incumplidor, sino también la de las personas que por tener autoridad sobre él, lo hayan incitado a romper el noviazgo cuando el promitente sea menor de edad.

También se responsabiliza como en el Código alemán (art. 1289) al que haya dado al otro celebrante justos motivos para romper. Además, se admite toda clase de pruebas y se establece el término de un año como plazo para intentar la acción.

<sup>21</sup> Oñes Vilas, Horacio A.: op. cit.

<sup>22</sup> Berón, Guillermo: *Tratado de Derecho Civil Argentino, Familia*, 2ª ed., Ed. Perrot, Bs. As., 1938, T. I, n° 64, pág. 70.

Un fallo de la Corte de París de noviembre de 1857 <sup>14</sup>, basándose en que los esponsales no son un contrato, sino un hecho, ha admitido toda clase de pruebas, tendencia ésta a la que se encuentran adheridos prestigiosos juristas franceses y que como acabamos de ver se adoptó expresamente en el Anteproyecto de Reformas, aun cuando todavía no es solución unánime de los tribunales, ya que hay Cortes que exigen principio de prueba por escrito <sup>15</sup>.

## II. — NATURALIZA JURÍDICA DE LOS ESPONSALES.

Como lo pone de manifiesto Lehmann <sup>16</sup>, tres doctrinas tratan de explicar la naturaleza jurídica de los esponsales: la teoría del contrato, la del hecho y la del contrato de derecho de familia.

Fácil es advertir que así como en Alemania se ha abierto paso sin dificultad la concepción de que los esponsales son un contrato, (ya de mero contenido obligacional, ya de contenido especial, de derecho de familia) tal posición resultaría insostenible en nuestro país, donde un texto expreso como lo es el art. 8 de la Ley de Matrimonio Civil dice enfáticamente que no se reconocen esponsales de futuro.

Puede pues, concluirse afirmando que no es posible, dado el estado actual de la legislación comparada, sostener categóricamente una concepción determinada con validez general; más acertado será decir que mientras para algunas legislaciones (Alemania, España, etc.) los esponsales constituyen un contrato, en otros, (Argentina por ejemplo) un simple hecho <sup>17</sup>. Esto, sin negar que la más moderna concepción doctrinaria parece inclinarse por considerarlo como un contrato de derecho de familia.

Lo que no creemos útil, ni siquiera real (ni en nuestro país, ni en ningún otro) es distinguir como lo hacen los juristas Mazeaud entre esponsales y promesa de matrimonio <sup>18</sup> argumentando que los esponsales dan origen a una mayor indemnización, porque llevan además del elemento intencional, un elemento de publicidad que es el anuncio de la promesa hecha a los parientes y amistades. Nada autoriza esta distinción que juzgamos artificial y que creemos que no encontrará eco en la doctrina.

Esponsales y promesa de matrimonio recíproca, son pues si-

<sup>14</sup> Véase Orta, *Manuel: Jurisprudencia y Doctrina Francesas en el Segundo Trimestre del año 1858*, J. A., 1939-1; Ser. Doct., págs. 12 y 13.

<sup>15</sup> Mazeaud: *op. cit.*, pág. 93.

<sup>16</sup> Lehmann, Heinrich: *op. cit.*, pág. 30.

<sup>17</sup> Sin olvidar que en un mismo país, Francia, hay autores que sostienen que es un contrato, mientras que otros se inclinan por pensar que es un simple hecho.

<sup>18</sup> Mazeaud: *op. cit.*, n° 723, pág. 81.

nónimos<sup>29</sup> que pueden ser usados indistintamente ya que no hacen más que designar un solo y mismo hecho<sup>30</sup>.

### III. — El Código Civil Argentino: sus fuentes.

Vélez Sarafiel legisló sobre esponsales en un único artículo: el 166. Decía así: "La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningún tribunal admitirá demanda sobre la materia ni por indemnización de perjuicios que ellos hubiesen causado."

La breve nota que inserta al pie de la citada disposición da como referencia el Proyecto de García Goyena, artículo 47. Si recurrimos a dicho cuerpo legal y nos ubicamos en el mencionado artículo leemos: "La ley no reconoce esponsales de futuro. Ningún tribunal civil ni eclesiástico admitirá demanda sobre ellos." Se advierte que Vélez agregó: "Ni por indemnización de perjuicios que ellos hubiesen causado"<sup>31</sup>.

Freitas por su parte, en el artículo 1248 de su Esbozo, después de disponer que no podrán presentarse tales contratos en juicio concluye, "ni para exigir cualquier pena o indemnización de pérdidas e intereses."

Parece claro entonces, que Vélez inspirándose en García Goyena y Freitas respectivamente, redactó su art. 166 que hace un repudio franco de los esponsales en el derecho argentino.

El concepto que García Goyena tenía de los esponsales, surge nítido a través de sus propias palabras que reproduce Rébora<sup>32</sup>: "mujeres impudentes que especulan sobre las gracias de su sexo y las pasiones del nuestro, sobre el ardor y la inexperiencia de la juventud... escandalizan todos los días al público y a los tribunales clamoreando un honor que jamás conocieron y pidiendo reparaciones pecuniarias, la sola causa y el único objeto de su pretendida seducción; porque es muy notable que jamás se dejen seducir por un pobre."

Argumentos tan valederos hacen reflexionar profundamente sobre la institución, sobre todo, cuando palabras más o menos parecidas leemos en otros autores de distintas épocas y latitudes.

<sup>29</sup> Conf. Orgaz, *Arturo: Diccionario de Derecho y Ciencias Sociales*, 4ª ed., Ed. Asandri, Córdoba, 1934, pág. 168.

<sup>30</sup> Así, no podría aducirse que los esponsales se han celebrado en el acto que entre nosotros se denomina *compromiso*, ya que aquellos suelen precederle y celebrarse en la intimidad sin ninguna clase de publicidad o alocución.

<sup>31</sup> Este agregado hace decir a Romero del Prado, Víctor N.: (*Matrimonio y Dote*, Ed. Asandri, Córdoba, 1958, pág. 33) que tal como quedó redactado el artículo en nuestro derecho se "colera el engaño en tales promesas de matrimonio".

<sup>32</sup> Rébora, Juan Carlos: *Instituciones de la familia*, Ed. Guillermo Kraft Ltda., Bs. As., 1943-47, T. I, n° 42, pág. 371.

Ahora bien, vimos ya cual era la opinión de Goyena. Veamos entonces cómo organizaba la institución Freitas, destacando desde ya que esto tiene importancia, porque aunque nuestro Código haya sido más parco que el Esbozo, puede decirse que en ambos cuerpos la institución recibe parecido tratamiento.

El juriconsulto brasileño dedica varios apartados a los responsables que se encuentran algo dispersos en su Anteproyecto.

Comienza por establecer en el art. 1240 que no son necesarios para la celebración del matrimonio los esponsales previos, aunque la ley no los prohíbe (art. 1241). Se expresa que tienen capacidad para celebrarlos todos los que no tuvieren impedimento para casarse (art. 1238). El art. 1248, ya citado, establece la imposibilidad de presentar los contratos de esponsales en juicio "ni para obligar al matrimonio convenido, ni para exigir cualquier pena o indemnización de pérdidas e intereses", aunque si se paga voluntariamente no se puede repetir por vía judicial (art. 1249). Por último el artículo 1250 deja a salvo el derecho a uno de los celebrantes de reclamar del otro la restitución de lo que le hubiese donado con motivo del frustrado matrimonio.

Noa cabe agregar, para concluir este parágrafo, que la ley de secularización del matrimonio N° 2393, mantuvo la redacción del art. 166 y lo incluyó como artículo 8. Bilibiani en su Anteproyecto se limita a reproducir esa disposición y el Proyecto de 1936 en su art. 338 dispuso: "No habrá acción para exigir el cumplimiento de la promesa de matrimonio." De lo que surge de las actas de la Comisión es posible afirmar que la procedencia de indemnización debe ser regida por los principios que gobiernan los daños y perjuicios derivados de los hechos ilícitos.

#### IV. — CUESTIONES QUE SE SURCITAN EN NUESTRO DERECHO.

Tres son los problemas que hacen surgir los esponsales en nuestro derecho; ellos son: a) saber si los mismos dan o no lugar a exigir matrimonio, b) saber si se puede exigir indemnización y c) saber qué ocurre con las donaciones que se han hecho entre si los prometidos.

##### a) El derecho a exigir matrimonio.

Ninguna duda cabe ante la clara redacción del artículo 8 que los esponsales no dan acción para exigir la celebración del acto matrimonial. Como bien dice Busso<sup>22</sup>, se ha querido unificar el proceso formativo de dicho acto.

<sup>22</sup> Busso, Eduardo R.: Código Civil Anotado, Ediar Edita, Bs. As., 1938, Tomo II, 1° parte, Comenz. art. 8 L.M.C., n° 30, pág. 36.



## b) Derecho a indemnización.

Los autores se encuentran profundamente divididos al respecto. Algunos como Segovia, Frayones, Lafaille<sup>24</sup> y Borda entienden que ante la redacción del artículo 8 no sería posible exigir, bajo ningún concepto, indemnización alguna.

Frayones, por ejemplo, aplaude la disposición de la ley por considerar "que no encuadra en nuestras costumbres" el exigir indemnización en tales casos y que "por temperamento nosotros separamos de los intereses pecuniarios todo lo que se refiere a los sentimientos del corazón"<sup>25</sup>.

Borda<sup>26</sup>, entiende que "esta acción abre el camino al chantage y a que mujeres desaprensivas se presenten a los tribunales, levantando escándalos por pretendidas seducciones."

Frente a estas opiniones que hemos recordado se levanta la posición sostenida por Rébora y que ha recibido adhesión por parte de Busso. Afirma aquel autor<sup>27</sup> que si bien no es posible fundar una acción en la responsabilidad contractual (dado que la ley no reconoce espousales de futuro) nada impediría, aplicando los principios generales en materia de responsabilidad extracontractual, responsabilizar al que por su culpa haya producido la ruptura de la promesa matrimonial.

Busso por su parte, se manifiesta partidario de esta tesis y termina expresando: "En todo caso será una cuestión de hecho la de apreciar si la conducta del prometido que se niega al matrimonio constituye acto ilícito"<sup>28</sup>.

Adherimos sin reparos a esta posición, porque creemos que es la única posibilidad que existe en nuestro derecho por ruptura de espousales. No creemos que esa haya sido la intención de Vélez Sarsfield, muy por el contrario pensamos que el jurista cordobés quiso eliminar toda acción al respecto, pero legislando como lo hizo, dejó una hendidura abierta por donde es posible filtrar la justicia de una solución que se nos aparece como innegable. Por eso adherimos con entusiasmo a la tesis de Rébora y como él creemos que la solución que propugna es un "criterio protector"<sup>29</sup>.

Cabe preguntarse ahora, si dicha indemnización debe o no comprender el daño moral. En un primer y frío análisis podría-

<sup>24</sup> Este autor, afirma sin embargo que, "habría que considerar el resarcimiento que siempre reconocerán los cónyuges y aceptar casi todos los códigos modernos". Lafaille, *México: Derecho de Familia*, Bibliot. Jur. Arg., Bs. As., 1930, n° 46, pág. 50.

<sup>25</sup> Frayones, *Eduardo B.: Derecho de Familia*, 7° ed., Bs. As., 1934, n° 12, pág. 31.

<sup>26</sup> Borda, G.: *op. cit.*, pág. 63.

<sup>27</sup> Rébora, Juan Carlos: *op. cit.*, pág. 419.

<sup>28</sup> Busso, Eduardo B.: *op. y loc. cit.*

<sup>29</sup> Rébora, Juan Carlos: *op. cit.*, Tomo I, n° 47, pág. 373.

mos creer que ante la presencia del artículo 1078 C.C., salvo que exista un delito del derecho criminal, no sería reparable dicho daño. Sin embargo, no sólo advertimos que la jurisprudencia en repetidos pronunciamientos ha aceptado el resarcimiento del daño moral aún sin concurrir los requisitos del 1078, sino que, a poco de examinar el problema se termina por ver que el mayor daño que se ocasiona con la ruptura injustificada de una promesa matrimonial es precisamente de esa índole y no material. De ahí entonces que concluyamos afirmando que el daño moral es indemnizable en este supuesto que examinamos<sup>20</sup>.

Ya vimos que no es posible exigir indemnización alguna en base al contrato de esponsales, ¿qué ocurriría entonces si uno de los promitentes después de dejar incumplida su promesa pagara (por propia voluntad o por error de hecho o de derecho) una suma determinada? Freitas lo solucionaba estableciendo que no había lugar a repetición judicial. No es otra la solución de nuestra ley. En efecto, el artículo 515 del Código Civil al definir y enumerar las obligaciones naturales, establece en su inciso 5º que son tales "las que derivan de una convención que reúne las condiciones generales requeridas en materia de contratos, pero a las cuales la ley, por razones de utilidad social, les ha denegado toda acción; tales son las deudas de juego". Es por lo tanto una obligación natural<sup>21</sup> (fundada en el derecho natural y en la equidad) y no podría tampoco repetirse su pago, cuando éste se hubiese hecho por un error de hecho o de derecho, de conformidad a lo prescripto en el artículo 791, inciso 5º C. Civil.

Un último interrogante es posible formular dentro del tópico de la indemnización, y es acerca de si sería posible en nuestro derecho —admitida la responsabilidad extracontractual por ruptura de promesa matrimonial— que el celebrante cuyo novio le ha dado motivos justos para romper la promesa puede exigir indemnización alguna al hacerlo en base a la culpa del otro. Entendemos que sí. No habría razón alguna para excluir esta hipótesis (contemplada en el art. 1288 del C. alemán) del cuadro general de la responsabilidad extracontractual. De lo contrario, fácilmente se eludiría la sanción civil provocando la ruptura por parte del otro celebrante para eximirse de responsabilidad.

#### c) Las donaciones entre los prometidos.

¿Qué ocurre con las donaciones que se han hecho entre sí los promitentes mientras se mantenía el noviazgo?

<sup>20</sup> Casi nos atreveríamos a afirmar que la solución propugnada surgiría además de la aplicación analógica del art. 109 Ley de Mat.

<sup>21</sup> Cf. Colzo, A.: *Tratado Teórico Práctico de las Obligaciones en el Derecho Civil Argentino*, 2ª ed., Bs. As., 1928, T. I, nº 84, pág. 66, y Segovia, L.: *Código Civil Argentino Anotado*, Lafont Edit., Bs. As., 1924, pág. 22.

Segovia, con una fórmula desconcertante dice que se puede "exigir la restitución de regalos existentes... como pago indebido"<sup>22</sup>. En verdad, no se acierta a comprender de qué modo puede jugar en nuestra hipótesis la institución del pago indebido. Por el contrario creemos, dado que la ley nada establece al respecto, que las donaciones han quedado irrevocablemente aceptadas y por lo tanto, no mediando alguna de las causas de revocación que el código enumera al legislar sobre el contrato de donación, los bienes donados han pasado a ser propiedad del otro prometido y no se puede exigir su devolución. Esto, sin dejar de reconocer como dice Frayones, que es usual en nuestro medio que al romperse un noviazgo, los prometidos se restituyan recíprocamente anillos, cartas y regalos<sup>23</sup>.

#### V. — NUESTRA OPINIÓN.

Hemos contemplado el panorama que nos presenta el derecho comparado, el problema de la naturaleza jurídica de los esponsales, las disposiciones del Código Civil, sus fuentes y la opinión de los autores nacionales. Arribamos así al fin de nuestro trabajo, pero no sin antes escribir algunas líneas sobre la opinión que nos merece la institución examinada.

Somos, ya lo dijimos, decididamente partidarios del reconocimiento de los esponsales en derecho. Ante la imposibilidad de hacerlo en forma amplia, por la presencia del art. 8 de la Ley de Matrimonio Civil, adherimos sin vacilaciones a la tesis de Rábora y creemos que es un buen remedio a la situación existente. Y somos partidarios del reconocimiento de los esponsales en derecho, porque creemos que las críticas que se le formulan no son de fondo, sino de forma.

Decir que ellos facilitan el chantaje y que permiten el desarrollo de escandalosos litigios promovidos por aventureras inescrupulosas, no es atacar la institución, sino la forma en que se halla legislada o en que es interpretada por los tribunales. Si en Estados Unidos ocurrió lo que narra Oliva Vélez en el trabajo citado, no cabe duda que buena parte de culpa tendrán los tribunales por admitir con excesiva facilidad la procedencia de tales acciones<sup>24</sup>. Si por el contrario se exigiere rigurosa prueba de lo que nosotros nos permitiríamos denominar estado esponsalicio y se impusiera al litigante temerario la sanción de las costas procesales, amén de las acciones que pudieran caberle al demandado,

<sup>22</sup> Segovia, L.: op. y loc. cit. en nota anterior.

<sup>23</sup> Frayones, E.: op. cit., pág. 31.

<sup>24</sup> ¿Qué pensarían los partidarios de la teoría del abuso de derecho si la vieran convertida por los jueces en la teoría del "atropello del derecho"? ¿Creen acaso que la institución es mala en sí misma por eso?

se evitarían los excesos a que hacen referencia los detractores de la institución y en cambio se daría posibilidad a ciertas personas, que víctimas de su prometido, no encuentran ahora (según la tesis que combatimos) el medio de recurrir a los tribunales en demanda de justicia<sup>82</sup>.

Por otra parte, debería legislarse sobre los bienes donados y su situación y por sobre todo, nos parece digna de imitarse la disposición del Código suizo que da carácter de matrimoniales a los hijos nacidos de padres que han celebrado entre sí esponsales<sup>83</sup>.

Además, hay otra razón fundamental que mueven nuestras simpatías por la institución y es el problema económico que en nuestros días soportamos. Ya no podrá pensarse que conviene unificar el proceso formativo del matrimonio y que los esponsales no tienen razón de ser existiendo aquél, puesto que el problema pavoroso de la vivienda y de la carestía de la vida, hacen frecuentes hoy los noviazgos prolongados que se sostienen en base precisamente a esa promesa de matrimonio que el derecho no puede declarar inocua sin sancionar una injusticia.

Quien ha esperado cinco, seis, quien sabe más años, paciente y resignadamente, y luego se ve burlado en su fe, en sus esperanzas, por la conducta culpable del prometido no puede ser abandonado por la ley sin que a la vez no se le haga perder su fe en el derecho. Y ¿qué se le contestará cuando pregunte porqué el orden jurídico no la protege? ¿Que es porque los esponsales son utilizados por mujeres intencionalmente como medio de chantaje? No. Sería lo mismo que negarle derecho a un acreedor honesto para cobrar su crédito, porque muchos aprovechan igual situación a la suya para ser usureros.

No queremos extendernos más, sólo nos resta desear que en una próxima reforma legislativa —parcial, por supuesto— de nuestro Código Civil, se someta a examen el problema y se llene el vacío que hoy se siente en nuestra legislación.

<sup>82</sup> Téngase en cuenta que también Vélez en una cuestión mucho más delicada, prohibió la investigación de la paternidad o maternidad a los hijos adultérinos, incestuosos y sacrilegos (art. 343) para evitar los "pequitos escándalos" que originaría (note el art. 325) y sin embargo razones más poderosas han influido para que la ley 14.367 permitiera esa investigación con la sola excepción de que se quiera atribuir un hijo a una mujer casada.

<sup>83</sup> No se podría decir que con tal proposición intentamos vulnerar la familia basada en el matrimonio. Muy por el contrario, creemos que una disposición al tenor de la del Código suizo, tiende a lograr una mayor cohesión entre los miembros de una futura familia, adelantando su proceso formativo al asignar serios consecuencias jurídicas a un vínculo que al fortalecerse, nace con su propia institución matrimonial.