EVOLUCIÓN DEL *DIVORTIUM SINE CAUSA* ROMANO AL DIVORCIO INCAUSADO MEXICANO

Evolution of roman 'divortium sine causa' to mexican no fault divorce

Olivia Castro Mascareño
Ana Edith Canales Murillo
Universidad Autónoma de Baja California (México)

Resumen: El objeto del presente trabajo consiste en analizar la tradición del Derecho romano respecto divorcio valorando las finalidades que han inspirado las reconstrucciones modernas, y, ya que es indiscutible que para un divorcio es indispensable un matrimonio, analizaremos ambas figuras jurídicas.

Palabras clave: *Divortium sine causa, evolución del divorcio en México, affectio maritalis, consensus.*

Abstract: The purpose of this paper is to analyze the Roman law tradition regarding divorce, valuing the purposes that have inspired modern reconstructions, and since it is indisputable that a marriage is essential for a divorce, we will analyze both legal figures.

Keywords: *Divortium sine causa, evolution of divorce in Mexico, affectio maritalis, consensus.*

Sumario: I.–Introducción. II.–El matrimonio y el divorcio en Roma. III.–El divorcio en México. IV.–Nota conclusiva.

I. INTRODUCCIÓN

Considerando que el matrimonio romano fue y es una realidad vital y global siempre vigente, con sus más y sus menos, dado que es la génesis de

https://doi.org/10.55104/FRDC_0209

una institución jurídica perenne sujeta a los vaivenes de los usos y costumbres sociales [1], no es sorprendente que siga siendo objeto de investigación y análisis al estudiar la normativa actual. En el tema que nos ocupa, el divorcio voluntario unilateral, encontramos que su naturaleza jurídica continua en el centro de un intenso debate por parte de los romanistas, y por ello para empezar, limitaremos nuestro análisis a la evolución del tema desde sus orígenes en la etapa arcaica hasta la postclásica [2], para posteriormente analizar cómo fue acogido el divorcio en México, desde sus primeras concepciones tanto sociales como jurídicas, estudiando su evolución jurídica hasta la legislación actual.

II. EL MATRIMONIO Y EL DIVORCIO EN ROMA

Analizaremos, de entre las diversas tesis sobre el tema, la que sostiene que el matrimonio se iniciaba con la convivencia entre dos personas y se mantenía gracias a la voluntad continuada de mantener la unión conyugal vigente hasta la etapa post clásica. Así, señala Pichon [3] «como sucede en toda sociedad antigua, el amor y el matrimonio son absolutamente distintos», en consecuencia, en dicho periodo, el matrimonio podría ser disuelto por simple voluntad de uno de los cónyuges.

A fines del siglo XIX el profesor Carlo Manenti [4] demostró la importancia trascendente del consenso en el matrimonio romano clásico. Los fundamentos esenciales del matrimonio según nuestro autor [5], estaban constituidos por la conjunción de la convivencia *(consuetudo individua vitae* [6]) y el asentimiento mutuo prestado de manera expresa y libre *(affectio maritalis),* que podría manifestarse en forma expresa o tácita *(consensus).*

---

[1] *Cfr.* López Rosa, R., «Familia y matrimonio. A propósito de la organización social y política en la Roma antigua», *Libro Homenaje In memoriam Carlos Díaz Rementaria*, Pinard G. E. y Merchan Alvarez A. (eds.), Huelva, Universidad de Huelva, 1998, pp. 411-432; Fernández de Buján A., *Derecho Privado Romano,* Madrid, Iustel, 2009), pp. 137 y 143 ss.

[2] *Cfr.* Fernández de Buján, A., «Reflexiones a propósito de la realidad social, la tradición jurídica y la moral cristiana en el matrimonio romano», en *Derecho, sociedad y Familia: cambio y continuidad,* Morales A. M. y Miquel J. M. (eds.) Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 10, 2006, pp. 33-44.

[3] Pichon, R., *La leyenda de Hércules en Roma y otros estudios de religión romana*, Madrid, Signifer Libros, 2001, pp. 41 ss.

[4] *Cfr.* Manenti, C., *Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in ispecie delle condizioni apposte al matrimonio*, Siena, Tip. 1889, pp.40-44.

[5] *Cfr.* Rava, A., *In requisito della rinnovazione del consenso nella convalidazione semplice del matrimonio, studio storico-giuridico,* Roma, Editrice Pontificia Universita Gregoriana,2001, pp. 60-64.

[6] Entendida como *consortium omnis vitae* conforme el Digesto 23,2,1 (Mod. 1 reg.), esto es, compartir las vicisitudes de la vida en forma conjunta una vez que se han unido en matrimonio.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0209

La diferencia entre el *consensus* y la *affectio,* radica en que la primera alude a la relación marital y la segunda es de carácter ético implicando un consentimiento continuo «y que no significa afecto o apego mutuo [7]». Lo justifica en que es una institución jurídica que surge de la *voluntas,* la que provoca efectos jurídicos ya que se refiere a la intención y no a la emoción, en efecto, los esposos podrían seguir amándose, pero haber terminado la voluntad de seguir unidos en matrimonio.

En resumen, conforme lo ya expresado, el matrimonio llevaba como condiciones esenciales para su nacimiento, como vinculo jurídico, la convivencia y el consentimiento. El asentimiento, consentimiento o *consensus* no puede entenderse como génesis del matrimonio, esto es, no es «contractual», es decir, como un momento de consolidación definitivo de una relación jurídica, sino como continuo y permanente, real sentido de la *affectio*. Manenti ratifica esta aseveración cuando afirma: «De hecho, lo que se requiere para las nupcias es un consenso que consiste en un acuerdo de voluntad no instantáneo, pero continuo, limitado en el tiempo a su propia duración. Sin duda, es principalmente por su continuidad, que asume concretamente la naturaleza y el nombre de *affectus, affectio (maritales, uxoris)»* [8].

También Cantarella describe del mismo modo la necesidad de la continuidad en el consentimiento cuando dice: «El matrimonio existía siempre que dos ciudadanos romanos vivieran juntos con la intención de ser marido y mujer; y esta intención, que debía renovarse de momento en momento, era, por así decirlo, la sangre vital del matrimonio: para que esto continuara subsistiendo era necesario, de hecho, que la *maritalis affectio* nunca dejara de alimentar a la unión, ya que solo en esta condición podría considerarse un matrimonio» [9].

En el mismo sentido Bonfante [10] afirma que «El matrimonio es la convivencia del hombre y la mujer con la intención de ser marido y esposa, es decir, de procrear y criar hijos y de constituir también entre los cónyuges una

---

[7] Biondi, B., *Istituzioni di Diritto Romano,* Roma, Giuffre, 1972, p. 575.

[8] Manenti, C., *Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici..., op. cit.,* p. 42 s.: «Infatti quello richiesto per le nuptiae è un consenso consistente in un acordó di volontà non instantaneo, ma continuato, con effeto limitato nel tempo alla sua stessa durata. È senza dubbio per questa sua continuità principalmente, che esso in concreto assume natura e Nome di affectus, affectio (maritales, uxoris)». Todas las traducciones del italiano corresponden a la autora.

[9] «Il matrimonio sussisteva ogni qualvolta due cittadini romani convivevano con l'intenzione di essere marito e moglie. e quest'intenzione che doveva rinnovarsi di momento in momento, era, per cosi dire, la linfa vitale del matrimonio: perche questo continuasse sussistere bisognava infatti che la maritalis affectio non cessase mai di alimentare l'unione che solamente a questa condizione poteva essere considerata un matrimonio». Cantarella, E., «La vita delle donne», *Storia di Roma, IV, Caratteri e morfologie,* a cura di E. Gabba – A. Schiavone, Torino, Einaudi, 1989, p. 182.

[10] Bonfante, P., *Istituzioni di Diritto Romano,* Milan, Francesco Vallardi, 1921, pp. 70 y ss. (hay versión castellana).

https://doi.org/10.55104/FRDC_0209

sociedad perpetua e íntima, a la vista de todos los demás [11]». Como vemos conjuga la convivencia y la intención. Respecto de la intención considera que la misma debe ser continua pues afirma: «(El matrimonio) no es como el nuestro, una relación establecida por el consenso inicial, al que el consentimiento puede darse el nombre de contrato, de acuerdo con el significado actual de la palabra. Es, como lo hemos definido, la convivencia, con intención marital, y cuando estos dos momentos concuerdan entre sí, el matrimonio existe, si no, el matrimonio no existe. El consenso no es solo inicial, sino que debe ser duradero, continuo, para los romanos más que *consensus*, lo llaman *affectio* [12]».

El profesor Manenti afirma literalmente, a este respecto: «En realidad para constituir un matrimonio no era necesario incluso los esponsales, bastaba solamente establecer una vida en común entre un hombre y una mujer. El matrimonio como relación jurídica se disuelve (...) tan pronto como la vida en común cesa por la voluntad de una o ambas partes [13]».

Como vemos la *affectio maritalis* no alude al «afecto» tomando sin más una traducción aparentemente literal del término, sino que se refiere, más bien, a la manera de ver y sentir el vínculo [14] unido a la intención de continuarlo o no [15]. Por ello su significado real, en esta etapa del Derecho romano, implica la intención de continuar la unión matrimonial dándole duración en el tiempo. Dicho de otro modo, en Derecho clásico implicaba un consentimiento continuado, ratificado día a día.

En la etapa post clásica se confunden *consensus* y *affectio maritalis* pues empezó a considerarse que esta intención ratificada en forma continuada se transformó en exigencia jurídica, y es por esta razón, es que insistimos en ratificar que *affectio* implica voluntad de seguir unidos. Al fin y al cabo, tiene mucho sentido ya que el Derecho no puede evaluar, y mucho menos exigir, la

---

[11] *Ob. cit.:* «Il matrimonio è la convivenza dell'uomo e Della donna con l'intenzione di essere marito e moglie, cioè di procreare ed allevare figlioli e di costituire altresí tra i coniugi una società perpetua ed intima sotto tutti i rapporti».

[12] *Ibídem,* p 44. «Esso (matrimonio) non è come il nostro, un rapporto stabilito dal consenso iníciale, al quale consenso si può ben dare il nome di contratto, secondo il significato odierno della parola. Esso, è, come l'abbiamo definido, il vivere insieme con intenzione maritale, e quando questi due momento concorrono intrambi, il matrimonio esiste, quando no, il matrimonio manca. Il consenso non è quinde solo iníciale, ma debe essere duraturo, continuo; onde i Romani più che consensus, lo chiamano affectio».

[13] Manenti, C., *Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici...*, *op. cit.,* p. 40 s.: «In realtà peró a costituire il matrimonio non erano necessari neppure glo sponsali, ma bastava il solo stabilimento della comunanza di vita dell'uomo e della donna. Il matrimonio come rapporto giuridico si scioglie (…) appena la comunanza Della vita sia cessata in forza Della volontà di una o di entrampe le parti».

[14] Nuñez Paz, M.I., «Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma», *Acta Salmanticensia: estudios jurídicos* 68*,* Salamanca, Universidad de Salamanca, 1988, p. 56.

[15] *Ib.* pp. 33 ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0209

existencia o la continuidad en las emociones, pero si la voluntad de continuar casados [16].

Sin dudas esta distinción resulta clave a fin de distinguir el matrimonio romano de otras uniones como el concubinato [17].

«Las personas que iniciaban su vida en común, sin intención de constituir un matrimonio, dado que faltaba la affectio maritalis [18], pertenecían en muchos de los supuestos a diferentes estratos sociales, lo que en sí mismo condicionaba, en ocasiones, la decisión de no formalizar un matrimonio legítimo, *matrimonium iustum*. La propia ley presumía que la relación estable de convivencia entre personas de análoga condición social constituía un matrimonio, salvo que las personas fuesen de diferente condición social, en cuyo caso la ley presumía, siempre, claro está, salvo prueba o manifestación en contrario, que se estaba en presencia de una unión libre o de hecho, es decir, de un concubinato. Bastaba, en todo caso, un cambio de intención para que la unión de hecho pasase a ser un matrimonio o a la inversa, siempre que no existiese al respecto un impedimento legal [19]».

Los diversos problemas de interpretación sobre este tópico han surgido pues en las diversas fuentes se mencionan indistintamente los términos *consensus* y *affectio* aunque atribuyéndoseles contenidos distintos [20].

En síntesis, el matrimonio romano desde la época arcaica a la postclásica no era como el que concebimos hoy, esto es, una relación que se consolida en base a un consentimiento inicial como en las relaciones contractuales, el matrimonio romano en la etapa en análisis era una convivencia con intención de permanecer unidos como cónyuges. Por ello el consentimiento debía perdurar y continuar, de ahí que el término preciso para definir esta situación era *affectio* en sentido estricto, esencial y especifico, esto es, duradero y continuo [21].

Es de hacer notar que numerosos romanistas consideran como definitiva la concepción del consentimiento como continuo hasta el Derecho postclásico, momento en el que se establece que el matrimonio nace con el consentimiento

---

[16] Robles Velasco, L. M., «Ritos y simbolismos del matrimonio arcaico romano, uniones de hecho, concubinato y *contubernium* de Roma a la actualidad», *RIDROM: Revista Internacional de Derecho Romano* 7, 2011, pp. 281-318; Pichon, R., *La leyenda de Hércules en Roma y otros estudios de religión romana*, Madrid, Signifer Libros, 2001, pp. 41 ss; Longo, G.: «Riflessioni critiche in tema di matrimonio», *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino,* V, Napoli, 1984, pp. 357 y ss.

[17] Panero Oria, P., «El concubinato romano como antecedente de las actuales parejas de hecho», en *Revista de derecho privado,* 95,2, Madrid, Reus, pp. 97-112.

[18] La cursiva nos pertenece.

[19] Fernández De Bujan, A., «Reflexiones a propósito de la realidad social…», *op. cit.,* p. 9 y s.

[20] Así en cuanto al *consensus,* cfr. D.35,1,15 (Ulp. 35 *ad sab.).* En relación con la *affectio,* cfr. D.24,1,32,13 (Ulp. 33 *ad sab*.).

[21] Bonfante, P., *Istituzioni di Diritto Romano..., op. cit.,* p. 181.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0209

inicial de los esposos y perdura, sin importar la falta de voluntad de uno de ellos para permanecer unidos. Asimismo, que dicha voluntad se hacía patente ya sea en forma expresa o tácita, en el primer caso manifestando de manera inequívoca el cese de dicha voluntad, la segunda, por ejemplo, contrayendo nuevas nupcias con otra persona [22].

Por ejemplo, Carcopino afirma: «Así, en la época de *Cicerón,* el divorcio de mutuo acuerdo o *por la voluntad de uno de los cónyuges* [23] era algo absolutamente común. *Sila,* siendo ya viejo, se volvió a casar en quintas nupcias con una joven divorciada llamada *Valeria,* hermanastra del orador *Hortensius*. *Pompeyo,* viudo de *Aemilia* y de *Julia,* se había divorciado otras dos veces: una de *Antistia,* con quien se había casado para ganarse la simpatía del pretor que administraba su inmensa fortuna, por lo que divorciarse de ella casi le costó su carrera política, y otra de *Mucia,* de quien se separó por la dudosa conducta que había llevado durante su larga ausencia en las campañas de ultramar. *César,* viudo de *Cornelia,* más tarde repudió a *Pompeia,* con quien se había casado al morir la hija de *Cinna,* por el solo motivo de que *«la esposa del César, además de ser honesta, tenía que parecerlo»* [24].

Distinta será la concepción jurídica del matrimonio en la etapa postclásica, como se observan en diversas fuentes, como las Constituciones Imperiales que permanecieron incluidas en los Códigos Teodosiano, el Justinianeo, las Novelas e incluso en algunos párrafos del Digesto donde se afirma que el matrimonio subsiste más allá de circunstancias tales como la prisión por guerra, esclavitud, deportación, de ambos o de cualesquiera de los esposos [25].

Una consideración aparte merece el aporte del erudito Edoardo Volterra [26] quien fundamentó de manera convincente y, prácticamente definitiva, la tesis que sostenemos en el presente trabajo: que el matrimonio en la etapa arcaica y clásica podía disolverse sin formalidad especifica alguna por carecer, cualesquiera de los esposos, de *affectio maritalis* bastando una conducta inequívoca respecto al cese de dicha voluntad, como ya expusiéramos más arriba.

---

[22] Albertario, E., «La definizioni del matrimonio del msecondo Modestino», *Studi di diritto romano, I: Persone e familia* (Albertario ed.), Milano, Giuffrè, 1933, pp. 241 ss.; Astolfi, R., *Il matrimonio nel diritto romano preclassico,* Padova, Cedam, 2000, pp. 94 ss.*;* Núñez Paz M. I., *Consentimiento matrimonial y divorcio..., op. cit.,* pp. 56 ss.

[23] La cursiva nos pertenece.

[24] Carcopino, J.*, La vie quotidienne a Rome a L'Apogee de L´Empire,* Paris, Le Livre de Poche, 1990, p. 124.

[25] D.23,2. Debemos tener presente que, dentro del Digesto, si bien toma ideas clásicas, éstas están adaptadas al Derecho Justineaneo y sus innovaciones.

[26] Volterra, E., «La conception du mariage d'après les juristes romains», en *Scritti Giuridici*, II, Napoli, Jovene, 1991a, pp. 3-68; «Matrimonio (diritto romano)», en *Scritti giuridici,* III, Napoli, Jovene, 1991b, pp. 223-304; «Matrimonio (diritto romano)», *Enciclopedia del diritto,* 25 (1975), pp. 726-807.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0209

Haremos unas breves referencias a su pensamiento.

Por ejemplo, afirma «Para ellos el *matrimonium*... es decir, la unión entre un hombre y una mujer que produzca ciertos efectos jurídicos, si cuando un hombre y una mujer libres... establecen una relación conyugal con la voluntad efectiva, continúan unidas de manera duradera en esta relación. La existencia jurídica del matrimonio depende de la persistencia de esta voluntad recíproca y efectiva de los cónyuges: en otras palabras, existe tanto como y mientras exista esta voluntad recíproca. Tan pronto como cesa el deseo de uno solo de los cónyuges, el matrimonio deja de existir en términos legales y el vínculo conyugal se disuelve legalmente» [27].

Para justificar sus afirmaciones Volterra toma unos pasajes semejantes entre sí del Digesto:

1) En primer término se refiere al caso en que un matrimonio no es válido ya que fue contraído con un impedimento que podría superarse, como el caso de un gobernador de provincia que se une a una mujer habitante de la zona bajo su imperio, en el momento en que finalice la tarea que le fue asignada, persistiendo *la affectio maritalis* se purgaba el defecto y el matrimonio automáticamente se volvía jurídicamente valido [28].

2) En caso de que el consentimiento fuera otorgado por una menor de 12 años, pero, que, llegada a la edad núbil, continuara con el consentimiento, el matrimonio adquiría validez legal [29].

3) Incluso afirma que en caso de cautividad de uno o de ambos cónyuges, el matrimonio resultaba disuelto por la interrupción del consentimiento continuo, en base a un texto de Pomponio en el Digesto [30].

4) Utiliza un texto de Modestino sobre el matrimonio presunto donde el eximio jurista explica que el matrimonio nace con *la maritalis affectio* exter-

---

[27] Volterra, E., *Novissimo Digeto Italiano,* n.º 2 Estr 1964, p. 5 «Per essi il *matrimonium*… cioe l'unione fra un uomo e una donna che sia produttiva di effetti giuridici determinati, si ha quando un uomo e una donna liberi... stabiliscono un rapporto coniugale con la volonta effettiva, continua di essere uniti durevolmente in tale rapporto. L'esistenza giuuridica del matrimonium, dipende dalla persistenza di questa reciproca, effettiva volonta dei coniugi: in altre parole, esso esiste in quanto e fino a quando esiste questa reciproca volonta. Non appena la volonta anchi di uno solo dei coniugi viene a cessare, il matrimonio cessa giuridiamente di esistere e il vincolo coniugale e giuridicamente sciolto». *Cfr.* Volterra, E., «La conception du mariage d'après les juristes romains», *Scritti Giuridici,* II, Napoli, Jovene, 1991a, pp. 33 y ss.; «La conception du mariage a Rome» *Revue Internationale des Droits de l'Antiquite,* 3.º, 2, 1955, p. 373; *Lezioni di diritto romano: il matrimonio romano,* Roma, Ricerche, 1961, pp.127 ss.

[28] D.23,2,65,1; C.5,4,6.

[29] Pomponio en D.23,2.4.

[30] D.49.15,14,1. *Cfr.* Volterra, E., *ob. cit.,* p. 8.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0209

nalizada del modo que fuere, siendo innecesario acto formal alguno [31]. Abunda en argumentos indicando que también poder deducirse manifestación de consentimiento continuo*, affectione uxoris o concubinae, habere,* y otros.

5) Así mismo toma dos importantes textos de la época clásica donde se conforma la libertad absoluta para contraer el matrimonio, así como para disolverlo [32] y otro texto vinculado a la libertad de divorciarse [33].

Siempre existió el divorcio en Roma hasta la etapa posclásica, pues era fundamental la *affectio maritalis* para continuar el vínculo, dicha idea como ya fue analizado no se relaciona con los sentimientos sino con la voluntad de mantener el estado matrimonial, cesada la cual, terminaba el matrimonio, esto es, quedaba disuelto [34]. De todos modos, en los tiempos arcaicos solo se permitía por causas muy graves y era una facultad exclusiva del *paterfamiliae* [35].

Justiniano en las *Institutas* dice que «contraen entre sí Justas nupcias los ciudadanos romanos cuando se unen según los preceptos de las leyes los varones púberos con las hembras núbiles, ya sean padre de familia, ya hijas de familia, con tal que en este último caso obtengan el consentimiento de sus padres bajo cuya potestad se hallan» [36].

La novedad fue que equiparaban el derecho de la esposa para divorciarse estableciéndose una amplia libertad que solo estaba restringida en dos casos: que uno de los contrayentes que busca divorciarse fuera un liberto o que estuviera sometido a la patria potestad, pues requería el consentimiento de su patrono o del *paterfamilias,* pudiendo este incluso forzarlos a repudiar a su cónyuge.

Como puede verse en el texto citado de las Instituciones de Justiniano estas «justas nupcias» no ponían fin a la *patria potestad* para las mujeres pues en el matrimonio *cum manus* estaba sujeta a la potestad del esposo y en el «libre» seguía siendo miembro de su familia y, por ende, sujeta a su padre [37].

Desde Augusto se inició una nueva etapa en la cual la esposa fue adquiriendo la capacidad de pedir el divorcio por causas graves o incausado, con excepción de manumisión de la esposa y la mujer casada con su patrono. En caso de repudio incausado por parte del marido este debía reintegrar la dote a

---

[31] D.23,2,24; *Cfr.* Orestano, R., «Il matrimonio presunto in diritto romano», *Atti Congresso Internazionale di iritto Romano e di Storia del Diritto,* II, Verona, 1948, , pp. 50 ss.

[32] Paulo D.45,1,134 pr.

[33] C.8,38,2: Imp. Alex. (a. 223).

[34] *Cfr.* Caballé Martorell, A. M., *Derecho de personas y derecho de familia,* Cataluña, UOC, 2002, p. 35; Azar, E. A., *Personas y bienes en el Derecho Mexicano,* México, Porrúa, 1997, p. 229.

[35] *Cfr.* Chiauzzi, O., *Derecho Romano,* Lima, Peisa, 1993, p. 52.

[36] *Institutas,* X.

[37] *Cfr.,* Robleda, O., *El matrimonio en Derecho Romano,* cit., pp. 170 y ss.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0209

la esposa, y en caso de segundas nupcias la primera cónyuge tenía derecho de quedarse con la dote de la nueva cónyuge [38].

En el Derecho justinianeo el pedido de divorcio debe hacerse en presencia de testigos, en forma oral o escrita. Se regularon diversos tipos de divorcio: *divortium ex iusta causa* por causales tipificadas como adulterio de la mujer o la falsa acusación de adulterio por parte del marido a la mujer. El *divortium sine causa,* o sea no prevista la causa en la ley y que afectaba la dote según quien lo pidiera. El *divortium bona gratia,* en el cual no había culpa de cualesquiera de los esposos, pero se solicitaba por situaciones que imposibilitaban la concreción de los fines del vínculo, como la impotencia o locura sobreviniente, por la *lex Papia Poppaea* se disolvía el matrimonio de una liberta cuyo esposo alcanzara la dignidad de senador [39].

En el derecho postclásico la libertad para romper el vínculo matrimonial decae y ya no fue lícito divorciarse unilateralmente sin expresión de causa. Constantino es el primero en limitar esta libertad, y, progresivamente, es restringido cada vez más el divorcio, por ejemplo, por constituciones de Honorio y Constancio [40].

III. EL DIVORCIO EN MÉXICO

En México, el divorcio tiene sus orígenes dentro de la Ley de Matrimonio Civil expedida en 1859 [41] en la época del gobierno de Juárez, en esta Ley se estableció que el matrimonio civil era un lazo indisoluble y por ende, solo la muerte de alguno de los cónyuges podía disolverlo.

Los casados solo podían separarse temporalmente por alguna de las causas expresadas en el artículo 20 de esa ley [42], pues sólo se autorizaba por el estado el divorcio en cuanto al lecho y a la habitación (separación de cuerpos). Dejaba vivo el matrimonio y no permitía a los divorciados contraer otro, ya que esta separación legal no los deja libres para casarse con otras personas [43].

---

[38] *Cfr.* Bernad Mainar, R., *Derecho Romano,* cit., pp. 553 y ss.

[39] *Cfr.,* Robleda, O., *El matrimonio en Derecho Romano,* cit., pp. 241 ss. Ventura Silva, S., *Derecho romano*. Porrúa, México, 1980, p. 134.

[40] Ver CTh.3,16,1 a. 331; CTh.3,16,2 a. 421. Nos limitamos a esta breve referencia ya que excede al objetivo de este trabajo.

[41] Esta Ley puede ser consultada en *Derechos del pueblo mexicano,* 4.ª ed., México, 1994, XII, p. 1090.

[42] http://museodelasconstituciones.unam.mx/1917/wp-content/uploads/1859/07/23-julio-1859-Ley-del-matrimonio-civil.pdf Consultado el día 1 de abril de 2017.

[43] Véase Pallares, E. (ed.), *Leyes complementarias del Código civil*, México, 1920, pp. 421-426.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0209

Hasta ese momento la disolución formal del matrimonio era casi imposible, sin embargo; en enero de 1915 el Jefe del Ejército Constitucionalista, Venustiano Carranza, quien en ese momento gobernaba con facultades extraordinarias, promulga diversas normas, entre ellas la legalización del divorcio [44].

El Código Civil de 1928 [45] además de permitir, como hasta ahora, la disolución del matrimonio establecía tres clases de divorcio aún vigentes, los cuales explicaremos detalladamente más adelante y solo los mencionaremos a continuación:

La primera clase de divorcio fue el administrativo, presentado ante el Juez del Registro Civil, en este se requería que los esposos fueran mayores de edad, que tuvieran más de un año de casados, sin hijos vivos o concebidos y de común acuerdo hubieran liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron.

La segunda clase fue el divorcio judicial, también denominado voluntario o de mutuo consentimiento, que procedía cuando sea cual fuere la edad de los cónyuges, y habiendo procreado hijos, estaban de acuerdo en disolver el vínculo conyugal, para lo cual celebraban un convenio que sometían a la aprobación del Juez de primera instancia para regular las relaciones jurídicas que persistían aun disuelto ese lazo, el cual explicaremos más adelante en qué consiste, y…

La tercera clase de divorcio fue el judicial contencioso o necesario, que podía demandarse por el cónyuge inocente cuando el otro había incurrido en alguno de los supuestos enunciados en el entonces artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal y que se consideraban como causas de divorcio [46].

Visto el contexto geográfico de la normativa en comento, es pertinente señalar que dado el federalismo que como régimen posee el estado mexicano, se cuenta con 32 entidades federativas, las cuales cuentan con legislaciones internas en materia civil y familiar.

Haciendo énfasis de la reforma mencionada, el 3 de octubre de 2008 el legislador local del Distrito Federal lleva a cabo una reforma en materia fami-

---

[44] https://memoriapoliticademexico.org/biografias/carranza-garza-venustiano-1859-1920/Consultada el día 29 de marzo de 2019.

[45] http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf/CCF_orig_26may28_ima.pdf Consultado el día 29 de marzo de 2019. Es oportuno puntualizar que este código gestó la reforma tan trascendental del divorcio sin causa que hoy se analiza, la cual le otorga otra visión al matrimonio, misma que se publica el día 3 de octubre de 2008.

[46] Este tipo de divorcio constituye una formalidad obligada a la continuidad del matrimonio, dándole un énfasis de obligatoriedad a la voluntad entre los consortes por razón de los bienes, ya que el cónyuge que incumpliera con las obligaciones del matrimonio y fuera demandado por el otro consorte y resultara culpable, perdería los bienes.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0209

liar mediante decreto publicado en la Gaceta Oficial del Distrito Federal en donde deroga el divorcio necesario y el divorcio por mutuo consentimiento, conserva la posibilidad de que los cónyuges se divorcien administrativamente y al mismo tiempo instituyó el divorcio sin expresión de causa [47], dejando sin efecto el divorcio voluntario y el divorcio necesario.

El derogar los artículos del código civil en el que se podría optar por el divorcio necesario o el voluntario y en sustitución incorporar el divorcio incausado, vislumbra que el ánimo del legislador es evitar el costo emocional y estructural que tiene en la familia una relación disfuncional entre los cónyuges [48].

Consecuentemente, surge la posibilidad de que los cónyuges sin el ánimo de descuidar las obligaciones que derivan del matrimonio, pudieran comparecer de forma unilateral y libre ante el órgano jurisdiccional, a solicitar la disolución del vínculo matrimonial.

La reforma vista de una perspectiva global tiene sus orígenes bajo el tenor de dos iniciativas de ley, una de 29 de noviembre de 2007, y otra de 20 de mayo de 2008, ambas coinciden en evitar los costes emocionales y propiciar que la ruptura del vínculo matrimonial sea lo menos doloroso.

La exposición de motivos de 29 de noviembre de 2007 señala que «No debe ser tarea del Estado unir lo que todos estos factores desunieron, pero sí es una finalidad de protección a la familia, evitar que exista violencia como parte del preámbulo de los divorcios y que los menores se encuentren en medio de esta dinámica poco afortunada, donde será mayor el daño la lucha de divorcio, que el divorcio mismo».

Mientras que en la de 20 de mayo de 2008 consideró que «en todo caso debe entenderse que el otorgarles a los habitantes del Distrito Federal la posibilidad de acudir a esta figura, no implica en forma alguna relevarlos del cum-

[47] El espíritu de la reforma va encaminado por seguir un régimen de fácil tramitación a la disolución del vínculo matrimonial, pues acceder a él, no implica exponer los motivos o las causas que dieron origen la decisión, es suficiente la solicitud unilateral de uno de los cónyuges, que por regla general no habrá motivos por los cuales el Juez cuestione tal decisión. El argumento de la reforma se basan en las experiencias que se viven dentro de un juicio de divorcio, exponer los motivos más íntimos dentro de un matrimonio, no es tarea fácil, además de de que en los juicios en que se demanda el rompimiento del vínculo matrimonial las partes sufren un desgaste mayor que trasciende, incluso, a los hijos y al resto de la familia; de ahí que, ante la necesidad de evitar que ese proceso erosione mayormente el núcleo familiar y con la finalidad de evitar enfrentamientos entre personas y familias que alientan entre ellos odio, violencia, egoísmo y acciones maliciosas, lo que suele trascender al equilibrio anímico no tan sólo de los hijos, sino también de los miembros que integran ese núcleo familiar, se resolvió incorporar ese tipo proceso a la codificación local.

[48] Para el legislador resulta menos dañino el divorcio, porque más allá de lo doloroso que pueda significar esta acción, se disminuyen notablemente los conflictos sociales y familiares.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0209

plimiento estricto de las obligaciones derivadas del matrimonio, en particular de aquéllas que subsisten, aun en el evento de que sea disuelto».

Una vez reformado el artículo se presentaron las aparentes antinomias, si bien la norma reformada protegía y evitaba los posibles daños emocionales que genera un divorcio, no protegía taxativamente los derechos alimentarios de los acreedores y el régimen patrimonial surgido del matrimonio.

Es indiscutible que la exposición de motivos se torna bien intencionada en cuanto a que debe de existir la protección del ser humano como miembro de una sociedad, empero a ello, la familia ya constituida también es acreedora de una protección constitucional. La familia es la célula de la sociedad y dentro de esa célula se encuentran individuos que pertenecer a ella, acreedores de derechos y obligaciones; Por ende, al momento de ser reformado el artículo que se analiza se debió proveer respecto a la suerte de esos derechos.

Del anterior análisis de la reforma en la práctica se tramitaban juicios sin un criterio uniforme, lo que dio origen a diversas contradicciones de tesis de las que tomó conocimiento la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como consecuencia de lo anterior, emitió un protocolo de actuación en el que instruyó a los órganos jurisdiccionales, los requisitos para la tramitación judicial del juicio de divorcio sin causa [49].

Como ya lo habíamos mencionado antes, en la actualidad en México [50] cada entidad federativa que integra el estado mexicano cuenta con un ordenamiento legal que regula el divorcio, tomando en cuenta de forma general que los tres primeros tipos de divorcios existentes en la actualidad son los surgidos en el ya mencionado Código Civil de 1928 [51], mas la nueva figura

[49] Este protocolo está sustentado por los principios de unidad, concentración, celeridad y economía procesal, sin embargo el mismo originó la contradicción de tesis 63/2011, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación abandonara, en lo conducente, los criterios adoptados en la tesis aislada 1a. CCXXIII/2009, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXX, diciembre de dos mil nueve, página doscientos ochenta, que lleva por rubro: «Divorcio por voluntad unilateral del cónyuge. Los artículos 266, 267, 282, 283, fracciones IV, V, VI, VII y VIII, 283 bis, 287 y 288 del código civil para el distrito federal, reformado mediante decreto publicado en la gaceta oficial de la entidad el 3 de octubre de 2008, que regulan su tramitación, no violan las garantías de audiencia y de debido proceso legal», y en la jurisprudencia 1a./J. 137/2009, publicada en la página ciento setenta y cinco, del Tomo XXXI, abril de dos mil diez, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, con el rubro: «Divorcio por declaración unilateral de voluntad. Ante la falta de acuerdo de las partes respecto del convenio para regular las obligaciones que persisten después de disuelto el matrimonio, el juez de lo familiar debe decretar aquél y reservar para la vía incidental la resolución de todas las demás cuestiones (legislación del distrito federal vigente a partir del 4 de octubre de 2008)», puesto que dentro del mismo procedimiento se estatuye una etapa contenciosa (en lo relativo a la disolución al vínculo matrimonial) y otra (no contenciosa) en lo que se refiere a todo lo que pudiera originar contienda es decir, donde se deciden las cuestiones inherentes al divorcio.

[50] http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/3/1362/4.pdf consultado el día 19 de marzo de 2019.

[51] http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf/CCF_orig_26may28_ima.pdf Consultado el día 29 de marzo de 2019.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0209

de la que hemos venido hablando, es decir que en la actualidad los tipos de divorcio en México se clasifican en: 1) divorcio administrativo, 2) divorcio necesario, 3) divorcio voluntario, y la nueva modalidad de divorcio que no se encuentra en todas las entidades federativas 4) divorcio incausado o divorcio exprés, mismos que a continuación describiremos en forma breve pero detallada [52].

El divorcio administrativo es un acuerdo de voluntades de los cónyuges en divorciarse, que deben contar como los siguientes requisitos: a) ser mayores de edad, b) no tener hijos, y; c) de común acuerdo haber liquidado la sociedad conyugal, si bajo ese régimen se casaron.

Este procedimiento no se lleva acabo ante una vía judicial sino ante el oficial del Registro Civil del lugar de su domicilio; se comprobará con las copias certificadas respectivas que son casados y mayores de edad, y manifestarán de una manera terminante y explicita su voluntad de divorciarse [53].

Cuando los consortes se encuentren imposibilitados de llevar a cabo su separación conyugal por medio del procedimiento administrativo, pero sigue subsistiendo el acuerdo de voluntades de separarse pueden solicitar el divorcio voluntario o por mutuo consentimiento.

El divorcio voluntario o por mutuo consentimiento puede definirse como la acción legal llevada ante un órgano jurisdiccional competente, con la finalidad de disolver el vínculo matrimonial que une a los consortes con la obligación de presentar ante el Juez un convenio en el cual se fijen los siguientes puntos [54]:

I. Designación de persona a quien sean confiados los hijos del matrimonio, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

II. El modo de subvenir a las necesidades de los hijos, tanto durante el procedimiento como después de ejecutoriado el divorcio;

---

[52] La especificación de las causales de divorcio del divorcio necesario, fueron tomadas de acuerdo al Código Civil para el estado de Baja California, por ser una de las entidades federativas que estadísticamente presentan mayor índice de divorcio incausado.

[53] El Oficial del Registro Civil, previa identificación de los consortes, levantará un acta en que hará constar la solicitud de divorcio y citará a los cónyuges para que se presenten a ratificarla a los quince días. Si los consortes hacen la ratificación, el Oficial del Registro Civil los declarará divorciados, levantando el acta respectiva y haciendo la anotación correspondiente en la de matrimonio anterior.

El divorcio así obtenido no surtirá efectos legales si se comprueba que los cónyuges tienen hijos, son menores de edad o no han liquidado su sociedad conyugal, y entonces aquellos sufrirán las penas que establezca el Código de la materia.

[54] Esta definición, así como las cláusulas que debe contener el convenio que se exhiba ante el Juez competente fue tomada en base a lo establecido en el Código Civil del estado de Baja California.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0209

III. La casa que servirá de habitación a cada uno de los cónyuges durante el procedimiento;

IV. La cantidad que a título de alimentos un cónyuge debe pagar al otro durante el procedimiento, la forma de hacer el pago y la garantía que debe darse para asegurarlo;

V. La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y la de liquidar dicha sociedad después de ejecutoriado el divorcio, así como la designación de liquidadores. A ese efecto se acompañará un inventario y avalúo de todos los bienes muebles o inmuebles de la sociedad.

Existen dentro del país mexicano entidades federativas que varían la figura del divorcio voluntario, tal es el caso del Código civil que rige a la entidad federativa del Distrito federal, ya que si bien, el divorcio consiste en la disolución del vínculo del matrimonio que deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, éste podrá solicitarse por uno o ambos cónyuges cuando cualquiera de ellos lo reclame ante la autoridad judicial manifestando su voluntad de no querer continuar con el matrimonio, sin que se requiera señalar la causa por la cual se solicita, siempre que haya transcurrido cuando menos un año desde la celebración del mismo; es de observarse que la norma únicamente solicita la manifestación de no querer continuar con el matrimonio, y que haya transcurrido un año, sin embargo también es necesario la presentación de un convenio en el que se especifique [55]:

a) A cuál cónyuge le será otorgada la guarda y custodia de los hijos durante el procedimiento, y a su vez cuál la obtendrá de manera definitiva una vez finalizado el juicio.

b) El aseguramiento mediante garantía, la forma de pago y el monto que por concepto de pensión alimenticia le será otorgada a los hijos de manera provisional y aquella definitiva concluidos el juicio.

c) El señalamiento del lugar donde habitará cada uno de los divorciantes, así como los hijos durante y después de ejecutoriado el divorcio.

d) El acuerdo respectivo sobre la convivencia entre padres e hijos. En este punto se debe tener en consideración que el padre al que no le haya sido otorgada la guarda y custodia del o los menores será el que cuente con el derecho de convivencia mediante un régimen de visitas.

[55] La definición del juicio de divorcio voluntario, así como las cláusulas que deberá contener el convenio respectivo se establecieron con base al Códigos Civiles de la entidad federativa del Distrito Federal.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0209

e) Finalmente se determinará la forma en la que se disolverá la sociedad conyugal, en caso de existir la misma, mediante una repartición equitativa de los bienes muebles o inmuebles adquiridos durante el tiempo que tuvo vigencia el matrimonio.

En mérito de poder llevar a cabo un análisis de los tipos de divorcio que existen dentro de las 32 entidades federativas del país mexicano, se elaboró una revisión de cada una de sus legislaciones, para determinar de forma particular cuales son las vías procedimentales para disolver el vínculo matrimonial.

Se obtuvo como resultado que únicamente 8 entidades federativas cuentan con la figura de divorcio incausado o exprés. (Coahuila, Distrito Federal, Guerrero, Hidalgo, Estado de México, Quintana Roo, Sinaloa y Yucatán); anulando en forma automática el divorcio necesario, el resto de las entidades cuentan con la figura del divorcio necesario en su legislación, por lo que deberán acreditar alguna causal descrita en su legislación interna para poder disolver el vínculo matrimonial.

Las entidades federativas que no cuentan con la figura del divorcio administrativo en su legislación son cinco (Guanajuato, Hidalgo, Oaxaca, Sonora y Zacatecas), por lo que sí existe la voluntad de ambos conyugues en disolver el vínculo matrimonial, lo deben promover ante un órgano jurisdiccional y teniendo que contratar un abogado, lo cual implica gasto económico y tiempo.

Cuando emerge a la luz procedimental del divorcio sin expresión de causa conforme a las disposiciones reformadas se evidenciaron las antinomias en éstas, y en mérito de ello se tramitaron juicios sin seguir un criterio uniforme[56].

IV. NOTA CONCLUSIVA

En conclusión, podemos observar que el matrimonio es una institución jurídica que a través de los tiempos se ha conformado esencialmente por el consentimiento de los cónyuges (independientemente de los demás requisitos legales), además de la intención de permanecer unidos en matrimonio, por consiguiente a pesar de que el legislador en distintos momentos de la historia de esta institución jurídica ha intentado obligar a los cónyuges a permanecer unidos, cuando ya no existe la *affectio maritalis,* es decir, cuando ya no existe

[56] Las subsecuentes contradicciones de tesis fueron conocidas por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; sus resoluciones se basaron en la interpretación sistemática de los artículos relativos tanto del Código Civil señalado, como del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, y buscaron establecer un modelo propicio a seguir al desarrollarse este tipo de divorcio.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0209

ese vínculo que une a los cónyuges el matrimonio ya no existe y debe disolverse el vínculo legal que los une, la consecuencia inevitable es que la normatividad permita esta disolución como ya se permitía hace más de 2000 años, hoy le corresponde al estado mexicano proteger el derecho humano del libre desarrollo de la personalidad, por lo que como podemos observar, ya se están creado las normas que lo protegen.

https://doi.org/10.55104/FRDC_0209