

I. DIVORCIO

1. CONCEPTO

El *Diccionario de la Lengua Española* lo define como "la acción y efecto de divorciar o divorciarse"² Mientras que divorciar significa: "1. Dicho de un juez competente. Disolver o separar, por sentencia, el matrimonio, con cese efectivo de la convivencia conyugal 2 Separar, apartar personas que vivían en estrecha relación, o cosas que estaban o debían estar juntas 3 Dicho de una persona. Obtener el divorcio legal de su cónyuge."³

La palabra "divorcio" deriva del latín *divortium*, expresa el punto de intersección de dos caminos que se alejan en dirección opuesta. Jurídicamente representa la ruptura del vínculo matrimonial que une a los cónyuges, después de haber seguido el

² Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a ed., Madrid Ed Esposo Calpe 2001, t. A/C, p. 841

³ *Idem*

mismo camino, cada cual se marcha por su lado y ya no queda nada común, recoge todos los medios que permiten romper de modo definitivo la unión matrimonial.⁴

La *Enciclopedia Jurídica Mexicana* lo define como "la forma legal de extinguir un matrimonio válido en vida de los cónyuges, fundada en las causales previstas por la ley y decretada por autoridad competente, la cual permite a los divorciados volverse a casar."⁵

Se trata de la ruptura del vínculo matrimonial pronunciada por decisión judicial como consecuencia de la demanda interpuesta por uno de los esposos o por ambos, fundada en las causales que la ley determina y en virtud de la cual los cónyuges quedan en aptitud de contraer otro.⁶

El maestro Eduardo Pallares lo describe como "un acto jurisdiccional o administrativo por virtud del cual se disuelve el vínculo conyugal y el contrato de matrimonio deja de producir sus efectos, tanto con relación a los cónyuges como respecto de terceros",⁷ concepto que ha sido adoptado por la Primera Sala de este Alto Tribunal.⁸

⁴ RUIZ FERNANDEZ, Eduardo, *El divorcio en Roma*. Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1992, p. 23.

⁵ *Voz Divorcio*, *Enciclopedia Jurídica Mexicana* t. XII, México: Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 774.

⁶ ABUNDIS ROSALES, María Antonia y Ortega Solís, Miguel Ángel, *Matrimonio y divorcio: antecedentes históricos y evolución legislativa*, México, Universidad de Guadalajara, 2010, pp. 55-56.
PALLARES, Eduardo, *Dirigionario de Derecho Procesal Civil*, 15a ed. México, Ed. Porrúa, 1983, p. 260.

⁸ Contradicción de tesis 239/2009, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Primero y Quinto, en Materia Civil del Tercer Circuito, ejecutoria publicada en el *Semanario Judicial de la Federación*, su Gaceta Noveria Época, Tomo XXXI, marzo de 2010, p. 181, Reg. IUS 22018.

En general, el divorcio puede definirse como "la disolución del vínculo matrimonial, decretada por autoridad administrativa o jurisdiccional, en virtud de la cual se da por terminada la vida en común de los cónyuges y algunos de los derechos y obligaciones derivados de aquél, quedando éstos en aptitud legal de contraer un nuevo matrimonio."⁹

La primera parte del artículo 266 del Código Civil para el Distrito Federal establece que "el divorcio disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro " De lo anterior se advierten dos efectos 1. Se extingue el vínculo jurídico que obliga a los cónyuges (negativo) y, 2. Se les otorga plena capacidad para volver a contraer matrimonio (positivo).¹⁰

2. DIVORCIO INCAUSADO

Puede definirse como la disolución del vínculo matrimonial que no requiere comprobación de alguna causa para su procedencia, basta que una o ambas partes lo soliciten ante un Juez para que se conceda.¹¹ El divorcio no depende del consentimiento de ambos cónyuges, el simple deseo de uno de ellos pone fin al vínculo, lo quiera o no el otro. Es una determinación judicial cuyas consecuencias legales son la no continuación de una vida en común.¹²

Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Divorcio Incausado*, México, SCJN, 2011, Serie Temas Selectos de Derecho Familiar, núm. 5, p. 36.

⁹ PALLARES Eduardo, *op. cit.* p. 260.

¹⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.* p. 57.

¹¹ BEJARANO ALFONSO, Enriqueta, "El divorcio incausado y la mediación familiar, una fórmula de éxito que augura bien estar para los hijos" *El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal* México, año II, núm. 2, abril de 2006, p. 71.

Esta figura también se conoce como "divorcio exprés", dada la celeridad de su tramitación, o "divorcio por declaración unilateral de la voluntad", ya que la sola voluntad de uno de los esposos basta para poner fin al matrimonio.¹³

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha definido esta forma de divorcio como aquella en la "que es suficiente la solicitud unilateral de la disolución del matrimonio, para que el Juez la decrete aun sin causa para ello, no importando la posible oposición del diverso consorte"¹⁴

Con base en las consideraciones anteriores, el divorcio incausado puede conceptuarse como:

La disolución del vínculo conyugal que, previa solicitud formulada, incluso, por uno solo de los cónyuges, puede ser decretada por la autoridad judicial, bastando para ello conque aquél manifieste su voluntad de dar por terminado el matrimonio, sin necesidad de invocar causa o motivo alguno y sin importar la posible oposición del otro cónyuge.¹⁵

3. EL DIVORCIO EN EL DERECHO ROMANO

La disolución del matrimonio en el Derecho Romano se produce por cualquiera de las tres causas siguientes.¹⁶

a) Muerte de uno de los cónyuges

¹³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.* p. 58
¹⁴ *Memoria Judicial de la Federación y la Gaceta*, Novera Época, t. XXXI, abril de 2010 p. 176, reg. IIJS 22094

¹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.*, pp. 59-60

¹⁶ *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Tomo IX, Buenos Aires: Ed. Biografica Argentina, 1954, p. 149-150

b) Pérdida de la capacidad matrimonial de cualquiera de ellos, surgida con posterioridad a la celebración del matrimonio (*capitis deminutio maxima* y *media*; *incestus superveniens* cuando el suegro adoptaba al yerno como hijo, excepto si el padre emancipó a su hija previamente, cuando alguien accedía al cargo de senador y se encontraba casado con una liberta)

c) Cesación de la *affectio maritalis*

La *affectio maritalis* o la voluntad de ambos para continuar casados, era esencial en la relación conyugal y su desaparición era causa suficiente para la ruptura del vínculo¹⁷ Los romanos consideraban que no debía subsistir un matrimonio si una de las partes se percataba de que esta *affectio* había desaparecido,¹⁸ pues ya no existía el elemento básico del matrimonio: la voluntad de convivir honorablemente juntos.

Durante la Republica, específicamente en el gobierno de Augusto, no se sancionaba el *repudium*, puesto que pretendía fomentar la frecuencia de uniones fértiles. A partir de la *Lex Julia de adulteris*,¹⁹ únicamente se exigieron ciertas formalidades²⁰ comunicarlo oralmente o por escrito, en presencia de siete testigos, ciudadanos romanos, púberes y la intervención de un liberto del que proponía el divorcio, o de un pariente suyo, que transmitía esta voluntad a la otra parte, y debían pronunciar ciertas frases²¹

¹⁷ Ibidem, p. 151.

¹⁸ MARGADANT S., Guillermo F., *Derecho Romano Privado*, 8a ed. México Ed Estinge 1978, p. 211.

¹⁹ Enciclopedia Jurídica Ordo, op. cit. p. 151.

²⁰ MARGADANT S., Guillermo F., *Derecho Romano Privado*, op. cit. p. 211.

²¹ *Titulus ubi liberto dicitur per quod iudicatus est*. D. 24,2 2, 1, en ABJUNDO ROSALES, Mario Antonio, op. cit. p. 67 / FUIZ FERRANDEZ, Carlos, op. cit. p. 49.

Los emperadores cristianos no suprimieron el divorcio; sin embargo, buscaron complicar el trámite, obligando a precisar las causas legítimas (*iustae causae*) de repudiación.²²

Con la consolidación del catolicismo durante la Edad Media, la Iglesia aceptó las legislaciones judía y romana sobre el matrimonio, en cuanto éstas no fueran contrarias a los principios cristianos. En el derecho hebreo podía disolverse un matrimonio por causas relativamente graves o por motivos nimios, mientras que en el Derecho Romano se permitía el divorcio por mutuo acuerdo. Frente a esta dualidad la Iglesia postula la indisolubilidad del matrimonio,²³ pues consiste en la fusión entre el sacramento y el contrato.²⁴

Por lo anterior, la única forma de destruir al matrimonio es la muerte de uno de los cónyuges, pero se permite en situaciones inaguantables, el *divoriturum quoad torum et mesam, non quoad vinculum* (divorcio en cuanto a cama y mesa, pero no en cuanto al vínculo),²⁵ el cual no destruye el vínculo conyugal, la declaración de nulidad y el privilegio paulino.²⁶

²² PETIT, Eugene *op cit*, p 110

²³ RUIZ FERNANDEZ, Eduardo, *op cit*, pp 112-113

²⁴ *Ibidem* p 126

²⁵ MARGADANT S., Guillermo F., *Derecho Romano Privado*, *op cit* p 213

²⁶ El privilegio paulino está contemplado en el canon 1143: "§1 El matrimonio contraído por dos personas no bautizadas se disuelve por el privilegio paulino en favor de la fe de la parte que ha recibido el bautismo, por el mismo hecho de que esta contraiga un nuevo matrimonio, con tal de que la parte no bautizada se separe. §2. Se considera que la parte no bautizada se separa, si no quiere cohabitar con la parte bautizada, o cohabitar pacíficamente sin ofensa del Creador, a no ser que esta, después de recibir el bautismo, le hubiere dado un motivo justo para separarse." El privilegio consiste en la facultad que tiene el cónyuge no creyente que se convierte al cristianismo de disolver su matrimonio y contraer otro nuevo, si su consorte se niega a hacerse cristiano o a cohabitar pacíficamente con él. Se basa en una interpretación de 1 Cor., VII, 12-15. Cfr. ABUNDIS ROSALES, *op cit* p 62

La ideología católica se impuso en casi todos los órdenes legales, observándose una tendencia de restricción hacia el divorcio. No es sino hasta el siglo XVI, con el movimiento de Reforma, que Martín Lutero niega la naturaleza sacramental del matrimonio y lo considera una institución puramente civil. Las iglesias protestantes y ortodoxas aceptaron el divorcio con ciertas restricciones ²⁷

Por otra parte, en el siglo XVII, la Revolución Francesa introdujo el concepto de matrimonio como un contrato civil y, como tal, puede rescindirse cuando las partes así lo decidan, dejando atrás el concepto católico que lo consideraba un sacramento indisoluble ²⁸

Así, se emitió una ley de divorcio el 20 de septiembre de 1792, que concedía siete motivos para obtener el divorcio inmediatamente:²⁹ la demencia, la condena de uno de los cónyuges a penas afflictivas e infamantes; los crímenes, sevicias o lesiones graves de uno de ellos hacia el otro; la conducta pública desordenada; el abandono durante al menos 2 años, la ausencia sin noticias por lo menos durante 5 años; la emigración

Además de lo anterior, se permitía el divorcio por incompatibilidad de caracteres alegada por uno de los cónyuges, después de ciertos plazos en los que se intentaba la reconciliación. Se imponía un periodo de espera de un año para contraer nuevas nupcias. También se admitió el divorcio por mutuo consen-

²⁷ *Ibidem*, p. 63

²⁸ *Idem*

²⁹ *Idem*

timiento, el cual no requería de intervención judicial, pero sí la comparecencia ante 6 amigos o parientes, además de plazos sucesivos. El divorcio era considerado un derecho universal³⁰

El Código Civil francés de 1804 suspendió el divorcio por incompatibilidad de caracteres, pero conservó el divorcio por mutuo consentimiento, el cual tenía una tramitación muy complicada para hacerlo tan raro como fuera posible. Se requería principalmente que los esposos perseveraran en la idea de divorciarse durante un año y debían obtener la autorización de un tribunal de familia. Tenían impedimento para contraer nupcias por un periodo de 3 años. En el caso de divorcio por adulterio, el hombre podía solicitarlo alegando adulterio por parte de su mujer, pero la esposa sólo podía solicitarlo si el marido había llevado al hogar común a una concubina.³¹

Este ordenamiento fue trascendental por su alta influencia en la codificación civil mexicana, como ocurrió en los Códigos de 1870 y 1884.

4. ANTECEDENTES DEL DIVORCIO EN MÉXICO

a) El divorcio en la legislación mexicana

Durante la Época Colonial y después de la Independencia, el matrimonio fue considerado por una institución sacramental e indisoluble regulada por el derecho canónico. Las autoridades

³⁰ *Ibid.* dem. p. 63
³¹ *Ibid.* dem. pp. 64-65

civiles únicamente intervenían en cuestiones patrimoniales entre los consortes y entre los padres e hijos ³²

No fue sino hasta 1857 que se expidió la Ley del Registro Civil,³³ la cual, en su artículo 12, establecía el deber de las autoridades civiles de registrar los nacimientos, matrimonios, adopciones y arrogaciones, sacerdocios o profesiones de votos religiosos y muertes

El 23 de julio de 1859 se promulgó la Ley sobre el Matrimonio Civil, en la que se desconoció su carácter religioso, convirtiéndolo en

... un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil. Para su validez bastará que los contrayentes, previas las formalidades que establece la ley, se presenten ante aquella y expresen libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio ³⁴

Asimismo, esta Ley, en su artículo 4o, establecía que

El matrimonio civil es indisoluble, por consiguiente, sólo la muerte de alguno de los cónyuges es el medio natural para disolverlo, pero podrían los casados separarse temporalmente por alguna de las causas expresadas en el artículo 20³⁵ de

³² SANCHEZ MEDAL, Ramón, "Matrimonio y Divorcio" en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Año 20, Número 20, Escuela Libre de Derecho, México, 1996, p. 764

³³ ADAMÉ GODDARD, Jorge, *El matrimonio civil en México (1859-2000)*, UNAM, México, 2004, p. 6

³⁴ Artículo 1, consultado en TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-2005*, 25a ed., Ed Porrúa, México, 2008, p. 642

³⁵ Artículo 20. "El divorcio es temporal, y en ningún caso deja hábiles a las personas para contraer nuevo matrimonio, mientras viva alguno de los divorciados." En el artículo 21 se donde se enumeran las causales de divorcio: adulterio, inducción con pertinencia al crimen, crueldad excesiva de un

esta ley Esta separación legal no los deja libres para casarse con otras personas

En el Código Civil de 1870, el artículo 159 lo define como "la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida"³⁶

En 1874, la fracción IX del artículo 23 de la Ley Reglamentaria de las Adiciones y Reformas a la Constitución Federal de 25 de diciembre de 1873, estableció la indisolubilidad del matrimonio civil, a menos de que uno de los consortes muera. Sin embargo, reconoció que las leyes pueden admitir la separación temporal por causas graves, determinadas por el legislador, sin que esta circunstancia habilite a alguno de los consortes para unirse con otra persona.³⁷

Venustiano Carranza expidió dos decretos, el primero, el 29 de diciembre de 1914 y, el segundo, el 19 de enero de 1915, en los que introdujo la figura del divorcio vincular, dejando sin efectos, en esta materia, el texto correspondiente a la referida fracción IX,³⁸ el cual quedó de la siguiente manera.

El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por el mutuo y libre consentimiento de los cónyuges cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado, o en cualquier tiempo por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves

cónyuge hacia el otro enfermedad grave y contagiosa de alguno de los esposos, demencia de alguno de los cónyuges. *Cfr. idem*, p. 646

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *op. cit.* p. 764

³⁶ *Idem*, p. 765

³⁷ ADAME GODDARD, Jorge, *op. cit.* pp. 35-36

de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia (sic) conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima.

Por lo que respecta al segundo decreto, se modificó el Código Civil del Distrito Federal para "establecer que la palabra divorcio, que antes sólo significaba la separación de lecho y habitación y que no disolvía el vínculo, hoy debe entenderse en el sentido de que éste queda roto y deja a los cónyuges en aptitud de contraer una nueva unión legítima."³⁹

Asimismo, en 1917 Carranza expidió la Ley sobre Relaciones Familiares, la cual derogaba los capítulos relativos del Código Civil de 1884, en la que su artículo 13 definía al matrimonio como "contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida."⁴⁰ Se enumeraron distintas causales: adulterio, nacimiento de un hijo en los primeros meses del matrimonio concebido fuera de él, la propuesta del marido para prostituir a su mujer, la incitación de un cónyuge al otro para cometer un delito; abandono injustificado del hogar por seis meses; la sevicia o amenazas graves; acusaciones judiciales calumniosas de un cónyuge hacia el otro, embriaguez; padecer una enfermedad crónica incurable o contagiosa o hereditaria que el otro ignorara o contraerla; corrupción de los hijos; incapacidad para cumplir los fines del matrimonio (esterilidad), la comisión de un delito por alguno de los cónyuges que amerite prisión por más de dos años, por cometer delito contra el otro cónyuge o sus bienes que amerite pena mayor a un año de prisión, o bien,

³⁹ *Ibidem*, p. 38.

⁴⁰ SANCHEZ MEDAL, Ramon op cit pp 765-766

si un cónyuge demandó el divorcio o la nulidad del matrimonio y su denuncia no hubiera prosperado ⁴¹

En el Código Civil de 1928 se continuó la tendencia de la Ley de Relaciones Familiares respecto al divorcio, además de introducir una figura novedosa y abreviada del mismo, el divorcio administrativo, el cual se tramita por mutuo consentimiento de los cónyuges, si no hay hijos ni están casados bajo el régimen de sociedad conyugal. También se reformaron y adicionaron algunas causales de divorcio. se habla de impotencia incurable, ya no de incapacidad para cumplir los fines del matrimonio o esterilidad, permite el divorcio por "delitos políticos" o "infamantes" en lugar de delitos que ameriten pena de prisión mayor de dos años, se adicionaron la enajenación mental incurable; declaración de ausencia o presunción de muerte o la negativa de los cónyuges a darse alimentos ⁴²

Actualmente, en todas las entidades federativas se regula la figura del divorcio motivado por diversas causales, sin embargo, en el Distrito Federal, Estado de México, Guerrero, Hidalgo y Yucatán se ha implementado el divorcio incausado, en donde el legislador ha considerado que así como el matrimonio nace a partir del consentimiento de los cónyuges, cuando éste ya no existe, por el motivo que sea, es decir, cuando los creadores del vínculo ya no tienen voluntad de continuar la relación, lo más sano es que se dé por concluida,⁴³ independientemente del régimen bajo el cual se celebró el matrimonio o la forma en que se cumplirán las obligaciones respecto de los hijos procreados, ya

⁴¹ ADAME GODDARD, Jorge, *op cit*, pp 45-46

⁴² *Ibidem*, pp 56-57

⁴³ BEJARANO ALFONSO, Enriqueta, *op cit* p 69

que estas cuestiones se resuelven a través de un convenio que se presenta adjunto a la demanda de divorcio

Como ya se mencionó, a este proceso de separación conyugal se le denomina divorcio por declaración unilateral de la voluntad o divorcio exprés, en virtud de que, por una parte, basta que una parte que no desee seguir casada y, por la otra, porque se caracteriza por la celeridad del trámite ⁴⁴

Por decreto publicado en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 3 de octubre de 2008, se reformaron y derogaron diversas disposiciones del Código Civil y del Código de Procedimientos Civiles, ambos para el Distrito Federal, relativas al divorcio necesario y por mutuo consentimiento en la vía judicial, por lo que ahora sólo se prevén las figuras de divorcio incausado y administrativo

Dichas disposiciones han sido motivo de diversas interpretaciones por los órganos jurisdiccionales federales, donde se han detectado criterios contradictorios que motivaron el trámite ante la Primera Sala del Alto Tribunal, de las acciones de inconstitucionalidad 63/2011 y 135/2011, materia de la presente publicación, cuyas síntesis y tesis resultantes se muestran en los siguientes apartados

5. FUENTES CONSULTADAS

Bibliografía

ABUNDIS ROSALES, María Antonieta y Ortega Solís, Miguel Ángel, *Matrimonio y divorcio. antecedentes históricos y evolución legislativa*, México, Universidad de Guadalajara, 2010

⁴⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *op. cit.* p. 58

ADAME GODDARD, Jorge, *El matrimonio civil en México (1859-2000)*, México, IJ-UNAM, 2004.

MARGADANT S , Guillermo F , *Derecho Romano Privado*, 8a ed , México, Ed Esfinge, 1978.

_____, *Panorama de la Historia Universal del Derecho*, 6a ed , México, Miguel Ángel Porrúa, 1998

PETIT, Eugene, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 13a ed., México, Ed. Porrúa, 1997.

RUIZ FERNÁNDEZ, Eduardo, *El divorcio en Roma*, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1992.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Divorcio Incausado*, México, SCJN, Serie Temas Selectos de Derecho Familiar, núm 5, 2011

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-2005*, 25a. ed., Ed Porrúa, México, 2008

Diccionarios y Enciclopedias

Enciclopedia Jurídica Mexicana, t XII, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002.

Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo IX, Buenos Aires, Ed. Bibliográfica Argentina, 1954

PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, 15a ed., México, Ed Porrúa, 1983

Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 22a. ed , Madrid, Ed. Espasa-Calpe, † A/G, 2001.

Hemerografía

BEJARANO ALFONSO, Enriqueta, "El divorcio incausado y la mediación familiar, una fórmula de éxito que augura bienestar para los hijos", *El Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal*, México, Año II, Número 2, abril de 2006.

SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, "Matrimonio y Divorcio" en *Revista de Investigaciones Jurídicas*, Año 20, Número 20, Escuela Libre de Derecho, México, 1996.

Normativa

Código Civil del Distrito Federal

Código Civil para el Estado de México

Ley de Divorcio para el Estado de Guerrero

Ley para la Familia del Estado de Hidalgo

Código de Familia para el Estado de Yucatán

Jurisprudencia y Tesis Aisladas

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

DVD-ROM *Jurisprudencia y Tesis Aisladas IUS 2010 Junio 1917-diciembre 2010, México, SCJN/PJF, 2011*