



ISSN 1989-1970

Abril-2020

www.ridrom.uclm.es

Full text article

Fecha de recepción: 01/08/2019	Fecha de aceptación: 17/12/2019
Palabras clave: Derecho Romano, Derecho Mexicano, matrimonio, divorcio, divorcio incausado, régimen patrimonial.	Keywords: Roman Law, Mexican Law, marriage, divorce, no fault divorce, patrimonial regime.



EL MATRIMONIO Y SU DISOLUCIÓN: DEL DERECHO ROMANO AL DERECHO MEXICANO

MARRIAGE AND ITS DISSOLUTION: FROM THE ROMAN LAW TO MEXICAN LAW

Olivia Castro

Catedrática de Derecho Romano
Universidad Autónoma de Baja California
olivia.castro@uabc.edu.mx

Ana Edith Canales

Catedrática de Derecho de las Personas y Familia
Universidad Autónoma de Baja California
acanales@uabc.edu.mx

(CASTRO, Olivia/CANALES, Ana Edith. El matrimonio y su disolución: del Derecho Romano al Derecho Mexicano. RIDROM [on line]. 24-2020. ISSN 1989-1970. p. 406-453. <http://www.ridrom.uclm.es>)

Resumen:

Históricamente el matrimonio además de una institución jurídica ha sido la base de la familia, la que a su vez representa la base de la sociedad, misma sociedad que lo ha hecho evolucionar a través de los tiempos (Cfr. Koschaker, Paul, *Europa y el Derecho Romano*, Madrid, Wittman, 1995, p. 1 y ss.), en cuanto a qué lo origina y quienes pueden contraerlo. El matrimonio como acto jurídico, genera entre los contrayentes un vínculo que como tal tiene carácter disoluble, y salvo algunos momentos de su historia, siempre fue así. Para explicar la disolución del vínculo matrimonial, analizaremos primero la figura del matrimonio, como era y como es en la actualidad, lo cual nos encamina al analizar y entender las distintas figuras por medio de las cuales puede ser disuelto un matrimonio. Del mismo modo podremos determinar si estas figuras han evolucionado o se han mantenido vigentes en la legislación a través de los tiempos.

Abstract:

Historically, marriage has been the foundation of family beside being a legal institution, which in turn represents the basis of society, the same society that has helped it evolve through the ages (Cfr. Koschaker, Paul, *Europa y el Derecho Romano*, Madrid, Wittman, 1995, p. 1 y ss.), as to what originates it and who can contract it, marriage as a legal act generates a bond between the parties that has such a dissoluble character and despite a few details throughout its history it has always been like that. To explain the dissolution of the marriage bond, we will first analyze the figure of marriage, as it was and as it is today, which leads us to analyze and understand the different figures by means of which a marriage can be dissolved. In the same way we can determine if these figures have evolved or have remained valid in the legislation through the times.

1. Matrimonio en el derecho romano

Iniciaremos por el concepto de matrimonio ya que este fue evolucionando en Roma. En tiempos arcaicos era considerado como un vínculo sagrado y dignísimo, una relación vital donde varón y mujer ponían en comunidad todo lo que eran y tenían. Por ello no podía ser disuelto ya que la misma religión era la que vinculaba a los esposos como una obligación en orden a la perpetuación de la raza y, por tanto, el celibato no era tolerado¹.

En efecto, tal era la aversión al celibato que fue sujeto a sanción impositiva recibiendo, en contraposición, numerosos beneficios y privilegios los ciudadanos casados. Hacia fines de la República las costumbres se habían relajado con respecto a este tema y el emperador Augusto decidió promover el matrimonio y la familia. A esos fines implemento una legislación que desalentaba el celibato conocida como *lex Iulia et Papia Poppaea* ².

¹ Cfr. Ortin Garcia, Carmen, "Edad, matrimonio y Lex iulia et papia poppaea" en *El derecho de familia: de Roma al derecho actual*, Lopez Rosa, Ramon y del Pino Toscano, Feipe J., Huelva, Universidad de Huelva, 2004, pp. 507-518; Fustel de Coulanges, Numa D., *La Ciudad Antigua*, Madrid, EDAF, 1974, p. 33 y Cicerón, *De legibus*, III, 2.V, entre otros.

² Cfr. Field Jr., James, "The Purpose of the Lex Iulia et Papia Poppaea", en *The Classical Journal*, Minesota, Classical Association of the Middle West and South (CAMWS), Vol. 40, No. 7 (Apr. 1945), pp. 398-416.

Frente a la merma de nacimientos entre los patricios³ y la necesidad de seguir cubriendo los cargos públicos y los cuadros militares preservando el linaje de los ciudadanos romanos eminentes⁴, en el año 18 a.C. el propio Augusto propuso la *lex Julia de maritandis ordinibus*, y en el 9 d.C. los cónsules *Papius Secundus Mutilus* y *Poppaeus* propusieron una norma que recibió el nombre de *lex Papia Poppaea*. Ambas normas fueron consideradas como un todo en la jurisprudencia bajo la denominación de *lex Iulia et Papia Poppaea*⁵.

Esta legislación disponía sanciones graves a los varones que no contrajeran matrimonio entre los veinte y los sesenta años, y a las mujeres que no lo hicieran entre los veinte y los cincuenta (*coelebs*). Asimismo, los casados mayores de veinticinco y las casadas mayores

³ Eran los descendientes de las familias fundadoras de Roma y quienes gozaban de las prerrogativas que otorgaba el derecho civil romano, Cfr. Eran los descendientes de las familias fundadoras de Roma y quienes gozaban de las prerrogativas del derecho civil Romano, Cfr. Sainz Gómez, José M., *Derecho Romano I*, México, Noriega Editores, 1991. P. 44.

⁴ También denominados los “Upper 10,000” expresión acuñada por Csillag para nombrar a las clases altas privilegiadas, esto es, las “familias romanas”, considerándose así únicamente a los patricios, aristócratas y senadores. Esta normativa no afectaba a las clases inferiores, lo que se debe tener presente, ya que la “sociedad romana” solo estaba formada por esta verdadera aristocracia lo que no debe perderse de vista; Cfr. Csillag Pal, *The Augustan Laws on family relations*, Budapest, Kiadó, 1976, p.113.

⁵ Ib.

de veinte sin hijos (*orbi*) eran castigados⁶. Las sanciones eran más graves para los *coelebs* que para los *orbi* imponiendo castigos económicos así como otras desventajas. En efecto, un soltero no podía recibir herencias o legados por testamento de quien no fuese pariente cercano; el casado sin hijos solo podía recibir la mitad de lo que se le hubiese dejado. En caso de no estar previsto un sustituto no incluido en estas limitaciones tanto la herencia como los legados quedaban en poder del erario público⁷. Posteriormente, el emperador Constantino derogó las penas por celibato y esterilidad⁸.

Los juristas romanos más que definir el matrimonio señalan sus caracteres y seguiremos el concepto de este conforme lo que surge de la compilación de Justiniano en aquellos textos donde se aporten elementos para elaborar una definición.

En las *Institutas* se afirma: “*Nuptiae autem sive matrimonium est vires et mulieris coniunctio, individuum consuetudinem vitae continens*”⁹. Nupcias o matrimonio es la unión de varón y mujer que contiene un régimen inseparable de vida.

⁶ Cfr. Bentancourt, Fernando, *Derecho Romano Clásico*, Sevilla, Univ. de Sevilla, 2007, p. 501.

⁷ Cfr. Maldonado de Lizalde, Eugenia, “Lex Iulia de Maritandis Ordinibus: Leyes de familia del Emperador Cesar Augusto”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, no. 14, 2002, pp. 543 y ss.

⁸ Cameron, Averil, *El Bajo Imperio Romano (284-430 d. C.)*, Madrid, Encuentro, 2001, p. 68.

⁹ I. 1,9,1.

Modestino en el Digesto, dice: “*Nuptiae sunt coiunctio maris et feminae, consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*”¹⁰: “el matrimonio es la unión del hombre y la mujer para la vida, con derechos divinos y humanos, comunes”¹¹.

Salta a la vista que no se incluyen conceptos como sociedad, pacto, convenio, contrato u otros de dicha naturaleza. En ambas se hace referencia al término *coniunctio*. Generalmente se traduce como unión pero Marcus Terentius Varro indica que dicho vocablo es sinónimo de copular¹² lo que implicaría que el matrimonio tiene como fin la concepción de hijos legítimos.

Respecto del término *consortium*, éste es la forma sustantiva abstracta de *consors*, *consortis*, esto es, participe, compañero en la suerte de otro (*cum* que significa con y *sors* que viene de *sortis*, suerte)¹³.

Asimismo es esencial un elemento subjetivo: la *affectio maritalis* que no se refiere a sentimientos sino a la voluntad continua de los consortes de seguir juntos como esposos. Así, el consentimiento debe ser continuo y permanecer inalterable durante el matrimonio, pues, si este dejaba de existir, el matrimonio dejaba de ser tal y quedaba

¹⁰ D. 23,2.1.

¹¹ Cfr. Ventura Silva, Sabino, *Derecho romano*, México, Porrúa, 1980, p. 129.

¹² Cfr. *De Lingua Latina* (bilingüe), México, Anthropos, 1990, Fragmenta 28,10.

¹³ Cfr. Barcia, Roque, *Primer Diccionario General Etimológico de la Lengua Española*, Londres, Forgotten Books, 2018, p. 1014.

disuelto¹⁴. Dentro de los elementos de tipo subjetivo también se incluía el *honor matrimonii* que suponía una conducta mutua, de cara a la sociedad, de respeto recíproco y que, explica Bonfante, el mismo tiene “un carácter espiritual que sobrepasa la esfera material de la unión carnal”¹⁵. Si vinculamos estas ideas con la noción de matrimonio dada por Modestino reunidos estos elementos de carácter subjetivo no es requisito esencial del matrimonio la convivencia bajo un mismo techo¹⁶.

Para los romanos el matrimonio era una cuestión moral y religiosa pues permitía la continuación de la gens asegurándose así el culto a los lares familiares¹⁷. En consecuencia, no habría existido un ordenamiento jurídico específico con formalidades taxativas o requisitos, en definitiva, no tenían normas específicas sobre el matrimonio como instituto jurídico. Además el matrimonio era una “herramienta para transmitir el patrimonio del hombre a sus

¹⁴ Arguello, Luis R., *Manual de Derecho Romano*. Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 385.

¹⁵ Bonfante Pedro, *Corso di Diritto Romano*, Roma, Sampaolesi, 1933, p. 182 (hay versión castellana)

¹⁶ Cfr. Silva Sánchez, Antonio, “Notas sobre el consentimiento como requisito matrimonial en el Derecho Español y Comparado desde su origen en el Derecho Romano”, en *Anuario de la Facultad de Derecho, Extremadura*, Univ. De Extremadura, vol. XXII, 2004, p. 209 205-230.

¹⁷ Especialmente en el periodo arcaico; Cfr. Guzmán García, Jairo J., “Itinerario de la Formación Histórica de la Idea contractual en el matrimonio Occidental”, en *Revista de Derecho*, pp.84-85, (5), Managua, Universidad Centroamericana, pp. 83-139.

descendientes directos, a contraprestación de otros miembros de la familia”¹⁸.

Por las razones expuestas la mayoría de los romanistas están contestes en que estas referencias citadas están encuadrando el matrimonio como una situación de hecho o estado y no como un acto jurídico¹⁹.

Señalaremos algunas de las razones que llevan a esta conclusión.

Modestino inicia su conceptualización del matrimonio indicando que es la “unión entre macho y hembra” aludiendo a la perpetuación de la especie, lo que por Derecho Natural es fin de todos los seres vivos y no solo de la especie humana. Esto es congruente con la definición que Ulpiano da del Derecho Natural donde afirma que es aquel instruido por la naturaleza a todo ser vivo sobre la tierra²⁰. Esto no significa que sea indisoluble, ya veremos que la voluntad de

¹⁸ Arguello, Luis R., *Manual de Derecho...*, ob. cit., p. 385.

¹⁹ Cfr. Núñez Paz, María I., *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1988, pp. 19 y ss. También ver bibliografía citada en Guzmán García, Jairo J., “Itinerario...”, p. 84.

²⁰ D.1.1.3. “Es Derecho Natural aquel que la naturaleza enseñó a todos los animales, pues este derecho no es propio del género humano, sino común a todos los animales, que de la tierra y del mar, también es común a las aves. De ahí deriva la unión de macho y la hembra que nosotros denominamos matrimonio; de ahí la procreación de los hijos y de ahí su educación. Pues vemos que también los otros animales, incluso los salvajes, parecen tener conocimiento de este derecho” (Traducción al español por Álvaro D’Ors, Pamplona, Aranzadi, 1968).

conservar el vínculo fue esencial a los fines de la continuación, o no, del matrimonio²¹.

Respecto a la expresión *communicatio iuris divini et humani* explica Albertario que esta comunicación, en sentido jurídico, se daba en el matrimonio *cum manu*, pues con dicho rito la mujer sujeta a la manus del marido se convertía en miembro de la familia y participe del culto a los ancestros (quienes, recordemos, eran parte del culto privado familiar a los lares). Esto no ocurría en el matrimonio que no hubiera sido celebrado con esta modalidad, pero “socialmente estas palabras siempre pretendieron significar esa comunión íntima de vida, propia del matrimonio”²².

Fayer²³, por otra parte, afirma que en el matrimonio *cum manu* (como veremos) esa afirmación de la supuesta coparticipación en el derecho divino y humano no se verificaba en la práctica, por la posición prevalente del marido al ejercer la *manus*. No suponía igualdad de cultos ni existencia de una comunidad patrimonial.

²¹ Cfr. Ventura Silva, Sabino, *Derecho romano*, México, Porrúa, p. 130.

²² Cfr. Albertario, Emilio, *La definizione del matrimonio secondo Modestino*, Studi di Diritto romano I, Milán, 1933, pp. 185 y ss. Las traducciones del italiano pertenecen a la autora.

²³ Cfr. Fayer, Carla, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari, Parte II, Sponsalia, Matrimonio, Dote (Problemi E Ricerche Di Storia Antica)*, Roma, L'Erma di Bretschneider, 2005, p. 359.

Esto no desvirtúa el hecho de que todo tipo de matrimonio se consideraba como una “situación de hecho valorada socialmente”²⁴.

Respecto del concubinato para los romanos era una unión estable entre un varón y una mujer pero sin existir intención de ser un matrimonio²⁵ o carecer de *conubium*. Los hijos eran considerados ilegítimos y solamente era considerada como “esposa” aquella con la que se hubiera contraído *Iustas nuptias*, aunque el varón podía mantener numerosas relaciones concubinarias²⁶.

1.1 Requisitos para contraer matrimonio conforme al Derecho Romano

Explica Ulpiano que el *iusto* matrimonio requería *ius connubium* (capacidad jurídica) por parte de ambos contrayentes, que ambos sean púberes (capacidad natural) y la existencia de consentimiento,

²⁴ Cfr. Robleda, Olis., *El matrimonio en Derecho Romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Roma, Universidad Gregoriana, 1970, p. 70.

²⁵ Cfr. Parra Martín, María D., “Mujer y concubinato en la sociedad romana” en *Anales de Derecho*, Murcia, Universidad de Murcia, n°23, 2005, p. 241.

²⁶ Cfr. ob. cit. pp. 244 y ss.

(*affectio maritalis*²⁷) en el caso de los *sui iuris* y también del *paterfamiliae* en el caso de los *alieni iuris*²⁸ hasta el derecho romano clásico inclusive.

*“Contraen entre si justas nupcias los ciudadanos romanos, cuando se unen según los preceptos de las leyes los varones púberes con las hembras núbiles, ya sean padres de familia, ya hijos de familia; con tal que en este último caso obtengan el consentimiento de sus padres, bajo cuya potestad se hallan”*²⁹.

Respecto de la pubertad, se fijó una edad cierta y determinada: doce años para las mujeres y catorce para los varones³⁰. En cuanto a la capacidad jurídica, solo la tenían “los ciudadanos romanos y algunos extranjeros, a quienes se les concede, y se contempla en relación con el titular del derecho a contraer justo matrimonio y también de la

²⁷ Como voluntad diaria y continuada de permanecer en el vínculo matrimonial. Cfr. Robleda Olis, “La definizione del matrimonio nel Diritto Romano”, La definizione essenziale giuridica del matrimonio. *Atti del Colloquio romanistico-canonistico* (13-16 marzo 1979), Roma, 1980, pp. 42 y ss.

²⁸ Cfr. Ulpiano, Digesto 5.5.

²⁹ Justiniano, Instituciones, ed. bilingüe, trad. Por M. Ortolán, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1964, p. 43.

³⁰ Cfr. Arias Bonet, Juan A., “El matrimonio en el Derecho Romano”, en AAMN, XIII, 1962, p. 7, pp. 5-23; Castro Sáenz, Alfonso, “Consentimiento y consorcio en el matrimonio romano y en el canónico: Un estudio comparativo”, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXIII, 2001, p. 77, pp. 75-112; Falcao, Miguel, *Las prohibiciones matrimoniales de carácter social en el Imperio Romano*, Navarra, 1973, pp. 5-10 y 27-38.

persona con quien el matrimonio se celebra”³¹. En consecuencia quedaban excluidos de esta posibilidad los esclavos.

Esta restricción de dar capacidad jurídica a los romanos y a algunos extranjeros se basaría en la cuestión de dar la calidad de romano pasándola del padre al hijo nacido de este matrimonio. Por ello podría considerarse válido el matrimonio contraído según la ley de la comunidad a la que pertenezca el extranjero. El último requisito, esto es, la *affection maritalis*, ya ha sido explicada. Como requisito especial se ha indicado que se requería el consentimiento del *paterfamilias* de la esposa³².

Respecto de los impedimentos podemos dividirlos en absolutos (incapacidad total para contraer matrimonio) y relativos (incapacidad para contraer matrimonio entre determinadas personas. Eran impedimentos absolutos la existencia de un matrimonio previo no disuelto, esclavitud de cualquiera de los contrayentes, voto de castidad, tomar órdenes mayores. Eran impedimentos relativos el parentesco consanguíneo (prohibido entre ascendientes y descendientes sin límite, en línea colateral hasta tercer grado inclusive abarcando hermanos, tíos y sobrinos) o por cognación,

³¹ Cfr. García Garrido, Manuel J., *Derecho Privado Romano, Casos - Acciones - Instituciones*, Madrid, EDIASA, 2010, p. 168.

³² Cfr. Sanz Martín, Laura, “Naturaleza y ejercicio de la patria potestas romana sobre los miembros familiares. Especial atención a la situación jurídica y familiar de la mujer”, en *Revista de la Facultad Complutense*, Univ. Complutense, Madrid, LXXXVIII, 1996-1997, pp. 291-306.

afinidad, adulterio, rapto entre otros³³. Si se realizaba un matrimonio entre personas ligadas por estos parentescos, se consideraban nupcias criminales e incestuosas³⁴.

2. Clasificación del matrimonio en el Derecho Romano

En el derecho romano existían dos formas de contraer matrimonio: *cum manum* y *sine manum*.

2.1 Matrimonio *cum manum*

Existieron tres modalidades diversas, a saber. La más antigua fue la *Confarreatio* que implicaba una ceremonia muy elaborada con la participación del Pontífice Máximo, el sacerdote de Júpiter *Flamen Dialis* uno de los tres flamines mayores, diez testigos (uno por cada Curia del esposo), el uso de palabras rituales que debían ser recitadas por los contrayentes. Luego se sacrificaba una res y se elaboraba un pan de cereal, la torta *panis farreus* que los novios debían compartir. Dada su complejidad y costo fue rápidamente dejada de lado por las clases populares y la terminaron utilizando únicamente quienes pertenecieran a la casta sacerdotal a fin de asegurarse que sus hijos pudieran entrar en el sacerdocio (ya sea como vestales o flamines).

³³ Iglesias, Juan, *Derecho Romano, Instituciones de Derecho Privado*, Barcelona, Ariel, 1972, p. 466 y ss.

³⁴ Cfr., ob. cit., Justiniano, *Instituciones*, pp. 44.

Con la *lex Canuleia*³⁵ que autorizo el matrimonio entre patricios y plebeyos se hizo aún más infrecuente este rito³⁶.

Es sumamente interesante la descripción que hace Fustel de Coulanges de la ceremonia:

“La joven abandona el hogar paterno. Como no está ligada a este hogar por su propio derecho, sino solamente por mediación del padre de familia, no hay otra autoridad que la del padre para desligarla.... [Por la deductio in domun] Se conduce a la joven a casa del esposo. Como en Grecia, va velada, lleva una corona, y una antorcha precede al cortejo. Se canta en torno suyo un antiguo himno religioso. El cortejo se detiene ante la casa del marido. Allí se presenta la joven el fuego y el agua. El fuego es el emblema de la divinidad doméstica; el agua es el agua lustral que sirve a la familia para todos los actos religiosos. Para que la joven entre en la casa, hay que simular el rapto igual que en Grecia. El esposo debe levantarla en sus brazos y transportarla sin que los pies de ella toquen el umbral de la casa... [Por la confarreatio] Se conduce a la esposa ante el hogar, donde se encuentran los Penates, donde todos los dioses domésticos y las imágenes de los ascendientes están agrupados alrededor del fuego sagrado. Ambos esposos, como en Grecia, ofrecen un sacrificio, hacen la libación, pronuncian algunas oraciones y comen juntos una torta de flor de harina (panis farreaus). Esta torta, comida entre las oraciones, en presencia y ante los ojos de las divinidades de la familia, es lo

³⁵ La *lex Canuleia*, o *lex de connubio partum et plebis*, era una ley del año 445 d.C.

³⁶ Cfr. Cantarella, Eva, *Pasado Próximo Mujeres romanas de Tacita a Sulpicia*, Valencia, Cátedra, 1997, pp. 81 y ss.

que hace santa la unión del esposo y la esposa. Desde entonces quedan asociados en el mismo culto"³⁷.

La *coemptio* consistía en la compra de la esposa, forma antiquísima sin rito sagrado. Provocaba la *mancipatio* (caso contrario sería esclava y no esposa) y se realizaba frente a cinco testigos púberes ciudadanos romanos y un *libripens* (portador de una balanza) y se pronunciaban determinadas palabras rituales. El novio entregaba al padre de la novia una moneda de plata y otra de bronce³⁸ simulando una venta.

Por último y por el factor tiempo, es el modo denominado *usus* que implicaba en términos jurídicos la adquisición de la mujer por prescripción adquisitiva, pues luego de un año de convivencia se convertía en esposa. Obviamente no requería formalidades rituales. Es importante señalar que si la esposa no quería que se produjeran las consecuencias jurídicas que implicaba este modo de casarse *cum manu* debía dejar la casa del marido volviendo a la de sus padres y permaneciendo tres noches allí, con lo cual interrumpía la prescripción³⁹.

³⁷ Fustel de Coulanges, Numa D., *La Ciudad Antigua*, Madrid, EDAF, 1974, pp. 51-52.

³⁸ Cfr. Gayo, *Institutas*, 1,113 y 123.

³⁹ Cfr. Bentancourt, Fernando, *Derecho Romano...*, p. 413.

Con el tiempo cayo por *desuetudo* y dejo de ser considerada como una forma de contraer matrimonio *cum manu*⁴⁰. En estos casos la mujer somete su persona y patrimonio lo que no ocurría en el régimen de separación ni en el régimen dotal.

El matrimonio *sine manu* aparece como consecuencia de las grandes transformaciones sociales y económicas de Roma, durante la República.

2.2 Matrimonio *sine manu*

Durante la Republica (III a.C.) a causa de los enormes cambios económicos y sociales en Roma, dejo de usarse la modalidad *cum manu*. En efecto, a fin de evitar que el esposo tuviera poder sobre la mujer se empezó a utilizar el matrimonio *sine manu* pero la mujer seguía bajo la *potestas* de su *paterfamiliae*.

Una consecuencia de este sistema es que los patrimonios de los esposos no se mezclaban por lo cual se creó la dote como aporte de la mujer al sostenimiento del hogar⁴¹. Ampliaremos estas ideas. En el matrimonio *sine manu* existía separación de bienes, la esposa retenía la propiedad sobre sus bienes, su administración y disposición. La mujer estaba habilitada para conceder la administración de su

⁴⁰ Cfr. Arangio Ruiz, Vincenzo, *Instituciones de Derecho Romano*, Buenos Aires, Depalma, 1986, p. 487.

⁴¹ Cfr. Bernad Mainar, Rafael, *Derecho Romano: curso de derecho privado romano*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2001, pp. 553 y ss.

patrimonio al marido, en consecuencia estos bienes se denominaban extradotales y el esposo era un mandatario que debía seguir instrucciones de la titular de dominio pues en caso contrario asumía la totalidad de la responsabilidad de las consecuencias de sus acciones y además restituir los bienes o reparar los daños. Asimismo en caso de disolución todos los bienes de la mujer que se encontrasen bajo la administración del marido debían ser devueltos a la esposa⁴².

En el Derecho Justiniano se amplió la responsabilidad patrimonial de la esposa en relación con las cargas del matrimonio y, en caso de bienes parafernales que consistieran en créditos el esposo podía accionar en derecho a fin de lograr su cobro sin necesidad de instrucción expresa o ratificación de los actos realizados con ese fin⁴³.

En cuanto al régimen dotal, en primer término debemos dar el concepto de dote, la que consiste en “conjunto de bienes o cosas singulares que la mujer, u otra persona por ella, entrega al marido, con la finalidad de atender al sostenimiento de las cargas matrimoniales”⁴⁴. En el matrimonio *cum manu* la dote era una compensación por la pérdida de la herencia que debía tolerar la mujer por romper vínculos con su familia, aunque con el tiempo se usó en

⁴² Iglesias, Juan, *Derecho Romano...*, pp. 480 y ss.

⁴³ García Garrido, Manuel J., *Derecho privado romano*, Madrid, Ediciones Académicas, 2008, p. 166.

⁴⁴ Cfr. Ob. Cit., Iglesias, Juan, p. 485.

los matrimonios libres como una manera de colaborar con los gastos del hogar.

3. Disolución del matrimonio en el derecho romano

Las causas de la disolución del matrimonio en Roma eran tres fundamentalmente: muerte, incapacidad sobreviniente y divorcio⁴⁵. Nos limitaremos, por exceder a este trabajo, a la legislación desde los orígenes hasta fines de la etapa clásica.

El término divorcio viene del latín *divortium* que deriva de *divertere*, alejarse, separarse, irse cada uno por su lado, término vinculado al *repudium*. Esto es, uno o ambos cónyuges decidían poner fin a la comunidad de vida tomando rumbos separados⁴⁶.

El divorcio siempre existió en Roma, salvo durante la época posclásica experimenta restricciones por los emperadores, pues era fundamental la *affectio maritalis* para continuar el vínculo, dicha idea no se relaciona con los sentimientos sino con la voluntad de mantener el estado matrimonial, cesada la cual, terminaba el matrimonio, esto es, quedaba disuelto⁴⁷. De todos modos, en los tiempos arcaicos solo

⁴⁵ Cfr. Ventura Silva, Sabino., *Derecho romano*, México, Porrúa, p. 133.

⁴⁶ Cfr. D. 24,2.2 y 24,2.3; Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil, Parte General*, México, Porrúa, 1994, p. 596.

⁴⁷ Cfr. Caballé Martorell, Anna M., *Derecho de personas y derecho de familia*, Cataluña, UOC, 2002, p.35; Azar, Edgar E., *Personas y bienes en el Derecho Civil Mexicano*, México, Porrúa, 1997, p. 229.

se permitía por causas muy graves y era una facultad exclusiva del *paterfamiliae*⁴⁸.

3.1 Repudio

Según Plutarco⁴⁹ en las primeras épocas la disolución del matrimonio solo podía pedirlo el marido a través del repudio (*Repudium*) por causas graves. En efecto, desde Rómulo hasta la ley de las XII tablas habría estado limitado al varón, pues la mujer no podía repudiar al marido⁵⁰, pero el varón podía hacerlo en casos considerados graves como adulterio o envenenamiento. Si no se alegaban y probaban las causas previstas en la ley el marido debía compensar económicamente a la esposa y dar una sustancial ofrenda a Ceres, deidad tutelar del matrimonio.

Es de resaltar que los mismos romanos desconocían las normas jurídicas de los tiempos primitivos, y desde tiempos inmemoriales existió la posibilidad de disolver el matrimonio⁵¹. La posición

⁴⁸ Cfr. Chiauzzi, Onorato, *Derecho Romano*, Lima, Peisa, 1993, p. 52.

⁴⁹ Plutarco, *Cuestiones Romanas*, traducción de Marcos Casquero, Madrid, Akal, 1992, par. 22.

⁵⁰ Cfr. Vallejo Pérez, Gema, "Los derechos procesales de la mujer en el derecho Romano", en *El principio de igualdad desde un enfoque multidisciplinar. Prevención y represión de la violencia de género*, Valencia, 2016, pp. 13-37.

⁵¹ Cfr. Lozano Corbi, Enrique A., "La causa más conflictiva de disolución del matrimonio: desde la antigua sociedad romana hasta el Derecho Justiniano" en *Revista de relaciones laborales* nº 4-5, Bizkaia, Universidad del País Vasco, 1997, p.

mayoritaria entre los romanistas es que en las Leyes de las XII Tablas estaba previsto el repudio en base a un texto de Cicerón⁵². De todos modos, la mujer tenía una posición jurídica muy débil pues o seguía bajo la potestad de su padre (matrimonio *sine manu*) o sujeta a la manus del marido (matrimonio *cum manu*) con lo que los varones eran los únicos titulares del patrimonio y poseían toda la autoridad”⁵³.

Existían dos instituciones que impedían arbitrariedades en este punto: El Tribunal doméstico y los censores:

El Tribunal Doméstico (*Concilium domesticum*) intervenía, entre otras situaciones, en los casos de repudio contra la esposa. Estaba integrado por parientes de los esposos quienes emitían opinión y se ocupaban de proteger económicamente a la esposa en caso de considerarse que no había causa de repudio⁵⁴. Entre las funciones de los censores estaba el control sobre las costumbres y estaban facultados para

185; Fernández Baquero María Eva, *Repudium – Divortium: (origen y configuración jurídica hasta la legislación matrimonial de Augusto)*, Granada, Universidad de Granada, 1987.

⁵² Cfr. Núñez Paz, María I., *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1988, p. 87.

⁵³ Ver punto anterior.

⁵⁴ Cfr. Robleda, Olis, *El matrimonio en Derecho Romano...*, p. 255 y ss.; Núñez Paz, María I., *Consentimiento matrimonial y divorcio...*, p. 88; Humbert Michel, *Le remariage a Rome*, Milán, Giuffrè, 1972, p.132; Edmondson, Jonathan, *Roman Family History*, Oxford, Handbook of Roman Epygraphy, 2014, pp. 559-581.

sancionar el ejercicio abusivo del divorcio, por lo cual durante varios siglos se evitó el repudio y se ejerció en casos gravísimos.

Un caso famoso de repudio ocurrió en la segunda mitad del Siglo III a.C, fue el de Carvilio Ruga, que conmociono a la sociedad romana. Dice Aulo Gelio al respecto: “Este Carvilio según la tradición tenía por la mujer que repudió un afecto extraordinario y muchísimo la amaba a causa de su temperamento, pero prevaleció el respeto al juramento, sobre el afecto y el amor, por cuanto los censores lo habían obligado a jurar de tomar mujer para tener hijos”⁵⁵. Aparentemente provocó el aumento acelerado de los repudios por causas cada vez más insignificantes⁵⁶. Estas instituciones fueron perdiendo su prestigio y desaparecieron. Se expandieron las denominadas *iustae nuptiae* (matrimonios “libres”).

3.2 Divorcio

Con el divorcio como forma de disolución del vínculo matrimonial, 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 sea un liberto, o que uno de los que busca divorciarse esté sometido a la patria potestad, pues requerirá el consentimiento de su patrono o del *paterfamilias*, pudiendo este incluso forzarlos a repudiar

⁵⁵ Aulo, Gelio, *Noches Áticas* 4,3,2

⁵⁶ Cfr. Watson, Alan, *Studies in Roman Private Law*, London, Hambleton Press, 1991, pp. 23-36.

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 manu* estaba sujeta a la manus del marido y en el “libre” seguía siendo miembro de su familia y, por ende, sujeta a su padre⁵⁷.

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 la esposa, y en caso de segundas nupcias, la primer cónyuge tenía derecho de quedarse con la dote de la nueva cónyuge⁵⁸.

3.2.1 Tipos de divorcio en el derecho romano

En el Derecho justiniano el pedido de divorcio debía hacerse en presencia de testigos, en forma oral o escrita. Se regularon diversos tipos de divorcio:

El primer tipo fue el *divortium ex iusta causa*, este divorcio se solo se podía solicitar por determinadas causales tipificadas, como el adulterio de la mujer o la falsa acusación de adulterio por parte del marido a la mujer. En el año 449 Teodosio y Valentiniano

⁵⁷ Cfr., Robleda, Olis, *El matrimonio en Derecho Romano...*, pp. 170 y ss.

⁵⁸ Cfr. Bernad Mainar, Rafael, *Derecho Romano...*, pp. 553 y ss.

reintrodujeron el sistema establecido por Constantino y aumentaron las causas consideradas justas para poder solicitar el divorcio unilateral, las cuales podían ser interpuestas tanto por el marido en contra de la esposa como por la esposa contra su marido⁵⁹.

Así también se podía interponer el *divortium sine causa*, este se presentaba en los casos en que no estaba prevista en la ley la causa o motivo por el cual se solicitaba la disolución del vínculo matrimonial, este divorcio afectaba la dote según quien lo pidiera.

Carlo Manenti⁶⁰ demostró la importancia del consenso en el matrimonio y sus fundamentos esenciales⁶¹, estos estaban constituidos tanto por la convivencia *consuetudo individua vitae*⁶², como por la aceptación mutua y libre *affectio maritalis*, que podría manifestarse en forma expresa o tácita del *consensus*⁶³, sin estos elementos ya no se cumplía con los fines del matrimonio, por lo que se solicitaba la disolución del matrimonio.

⁵⁹ Cfr. Kriegel, Hermann y Osenbrüggen *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, a doble texto, Barcelona, 1889, pp. 5, 17, 8.

⁶⁰ Cfr. Manenti C., *Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in specie delle condizioni apposte al matrimonio*, Siena, Tip. 1889, pp.40-44.

⁶¹ Cfr. Rava A., *In requisito della rinnovazione del consenso nella convalidazione semplice del matrimonio, studio storico-giuridico*, Roma, Editrice Pontificia Università Gregoriana, 2001, pp.60-64.

⁶² 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.

⁶³ Cfr. ob. cit. Manenti C., pp. 40-44.

Por último, el *divortium bona gratia*, era aquel 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 senador⁶⁴, en estos casos los esposos recuperaban su capacidad nupcial.

4. El matrimonio en el derecho mexicano

En el México independiente, después de la culminación de la independencia en el año 1821, fue el derecho canónico el encargado de regir la figura del matrimonio, tal como la corona española lo había establecido desde la colonia, siendo con esta influencia que por primera vez, en el año 1824 los estados de Oaxaca y Zacatecas publicaron los primeros Códigos Civiles en México, regulando el matrimonio como una institución jurídica⁶⁵.

Julián Bonnecase define el matrimonio como “un acto solemne que produce una comunidad de vida entre un hombre y una mujer y crea

⁶⁴ Cfr. Robleda Olis, *El matrimonio en Derecho Romano...*, pp. 241 y ss. Ventura Silva Sabino, *Derecho romano*. Porrúa, México, 1980, p. 134.

⁶⁵ Cfr. De la Mata Pizaña, Felipe, & Garzón Jiménez, Roberto, *Derecho Familiar*, México, Porrúa, 2008 p. 108.

un vínculo permanente, pero disoluble, bien por voluntad de los cónyuges, bien por disposición de la ley"⁶⁶.

Este acto jurídico, constituye principalmente un acto voluntario llevado a cabo en un lugar y tiempo determinados, el cual se realiza ante un funcionario que el Estado previamente ha designado y facultado para realizarlo. En el matrimonio los contrayentes se colocan en una situación general y permanente derivada del acto jurídico, la cual les origina un aserie de derechos y obligaciones, situándolos en un género especial de vida.

Baqueiro y Buenrostro definen al matrimonio como:

“el acto jurídico complejo, estatal, cuyo objeto es la creación del estado matrimonial entre un hombre y una mujer”⁶⁷.

Así mismo, en México, el artículo 143 del Código Civil para el Estado de Baja California, lo define como: “la unión de un hombre y una mujer para convivir y realizar los fines esenciales de la familia como institución social y civil. El matrimonio debe celebrarse ante los funcionarios que establece la Ley con las formalidades que ella exige”.

4.I Requisitos del matrimonio en el derecho mexicano

⁶⁶ Cfr. Bonnecase, Julien, *La Filosofía del Código de Napoleón aplicable al derecho de Familia*, Puebla, José María Cajicá, 1945, p. 204.

⁶⁷ Cfr. Baqueiro Rojas, Edgar & Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia*. Oxford, Oxford University Press, 2009, capítulo 4, concepto.

En la misma legislación estatal se establecen los requisitos para contraer matrimonio, es decir, las características que deben reunir dependiendo de sus circunstancias, de lo que determina la posibilidad de contraer un matrimonio válido.

Para contraer matrimonio, durante muchos años la Ley ha establecido ciertos requisitos y estos pueden ser ya sea de fondo o de forma, los primeros consisten en diferencia de sexo, mayoría de edad de los contrayentes, o 16 años tratándose de hombres y 14 tratándose de mujeres cuando son menores de edad, consentimiento de los contrayentes, autorización de los padres o del padre con quien viva el menor o en su defecto el tutor, si son menores de edad; y en caso de negativa de ellos, se puede suplir el consentimiento por la voluntad judicial, además de la ausencia de impedimentos legales, los cuales pueden ser de parentesco consanguíneo, de afinidad, adulterio, impotencia incurable para la cópula o el matrimonio subsistente de alguno de los contrayentes ⁶⁸.

El requisito respecto de la edad de los pretendientes a unirse en matrimonio, por mucho tiempo fue la señalada en el párrafo anterior, sin embargo, por la adición de México a la Convención sobre los Derechos de los Niños y la publicación el 4 de diciembre de 2015 de

⁶⁸ Código Civil para el Estado de Baja California, arts. 143-158, Congreso del Estado de Baja California Secretaría de Servicios Parlamentarios, Coordinación de Editorial y Registro Parlamentario, 2015, pp. 24-26.

la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes⁶⁹, el estado de Baja California al igual que otros 20 estados de la República Mexicana, modificó la legislación civil respecto de la edad mínima para contraer matrimonio.

En consecuencia, se estableció que “Para contraer matrimonio, tanto el hombre como la mujer, necesitan haber cumplido dieciocho años”, así mismo, la reforma estableció una excepción señalando que “Los Presidentes Municipales pueden conceder dispensas de edad por causas graves y justificadas. No se otorgará dispensa a ningún menor de dieciséis años”⁷⁰, siendo el caso de que independiente de que esta dispensa deba ser otorgada por los Presidentes Municipales, el contrayente menor de edad deberá contar con la aprobación de quien ejerza sobre el la patria potestad o la tutela, y a falta del consentimiento de estos se solicitará por medio de un Juez familiar quien podrá suplir o no dicho consentimiento.

Las reformas fueron con el objeto de proteger el interés superior de los menores contrayentes, ya que al ser menores de edad se considera que no tienen la madurez suficiente para comprender y dar un su consentimiento para la toma de una decisión tan importante como lo

⁶⁹ Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Secretaría de Servicios Parlamentarios, México, 2014.

⁷⁰ Fue reformado por Decreto No. 550, publicado en el Periódico Oficial No. 42, Sección I, Tomo CXXIII, de fecha 20 de septiembre de 2016, expedido por la H. XXI Legislatura, siendo gobernador constitucional el C. Francisco Arturo Vega de Lamadrid 2013-2019.

es el contraer matrimonio, siendo este el punto central para las reformas tanto de las legislaciones civiles locales como la del Código Civil Federal⁷¹, cabe mencionar que en este mismo orden de ideas, la emancipación fue derogada de la Ley Civil.

Los requisitos de forma, son aquellos respecto de todo lo que refiera a la celebración propia del matrimonio, como lo es el presentar ante el Juez del Registro Civil la solicitud de ser unidos en matrimonio, en la cual se declara bajo protesta de decir verdad que se satisfacen todos los requisitos, acompañándola de la documentación necesaria para acreditarlo; el Juez del Registro Civil es el facultado para que una vez que quede constatado que no hay impedimento para que se lleve a cabo el matrimonio, cite a los contrayentes para que ante él se celebre el acto jurídico⁷².

En la legislación mexicana está establecido que los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio son recíprocas e iguales para ambos, siendo estos: el deber de cohabitación, el cual consiste en que los cónyuges deben vivir juntos en el domicilio conyugal; el deber de

⁷¹ Exposición de motivos para la reforma del artículo 148 del Código Civil Federal, a cargo de la Diputada Merylin Gómez Pozos, del grupo parlamentario de Movimiento Ciudadano, Ciudad de México. http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2015/02/asun_3205250_20150220_1424362567.pdf 06-12-19.

⁷² Código Civil para el Estado de Baja California, art. 94, Congreso del Estado de Baja California Secretaría de Servicios Parlamentarios, Coordinación de Editorial y Registro Parlamentario, 2015, pp. 15.

ayuda mutua, lo que implica el contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente; contribuir económicamente ambos cónyuges al gasto familiar, lo que incluye el trabajo del hogar, pudiendo cada uno desempeñar cualquier actividad, excepto aquellas que dañen la moral de la familia o su estructura, así como el cuidado y formación de los hijos; el débito carnal dentro del cual es facultad de ambos decidir el número y espaciamiento de los hijos y en su caso si se recurrirá a la reproducción asistida, además del deber de fidelidad entre los cónyuges respetándose mutuamente⁷³.

De la misma forma, la legislación mexicana también señala que los cónyuges, durante el matrimonio, pueden ejercitar los derechos y acciones que tengan el uno contra el otro, sin que corra la prescripción entre ellos mientras dure el matrimonio⁷⁴.

4.2 Régimen Patrimonial del Matrimonio

El régimen del matrimonio comprende el conjunto de normas que regulan todos los asuntos patrimoniales de los contrayentes ya sean presentes o futuros, incluyendo las deudas, es decir, los pecuniarios, de propiedades, administración y disposición de los bienes del cónyuge, así también los derechos y obligaciones patrimoniales que

⁷³ Cfr., ob. cit., art. 159-173, pp. 26-28.

⁷⁴ Cfr., ob. cit., art. 174, p. 28.

se generan entre ellos y entre ambos cónyuges y terceros al celebrarse el matrimonio, durante este y hasta su disolución.

4.3 Capitulaciones matrimoniales

En el derecho mexicano, el régimen matrimonial se establece por medio de un contrato de capitulaciones matrimoniales, esto es el acuerdo de voluntades en el cual se detalle pormenorizadamente los activos y pasivos de ambos cónyuges, así como este contrato se debe presentar acompañando la solicitud de matrimonio. Según la legislación, los contrayentes pueden optar, por alguno de los tres regímenes establecidos, como son el régimen de sociedad conyugal, el régimen de separación de bienes y el régimen mixto.

4.4 Sociedad conyugal

El régimen de sociedad conyugal es aquel donde los patrimonios de los contrayentes se fusionan para formar uno solo, sobre el cual ambos cónyuges tendrán titularidad mancomunada. La sociedad patrimonial da inicio a partir del momento en que se contrae matrimonio y así perdura hasta que el mismo sea disuelto, sin embargo existe la posibilidad de que la sociedad conyugal se liquide antes que el matrimonio si así lo convienen ambos cónyuges.

De la manera que hemos planteado esta sociedad conyugal, parecería que comprende la universalidad patrimonial de los cónyuges, sin embargo la legislación mexicana establece que “Salvo pacto en

contrario, que conste en capitulaciones matrimoniales, la sociedad no comprenderá los bienes que cada cónyuge adquiriera por donación, herencia, legado, dones de la fortuna, o por cualquier otro título gratuito, los cuales serán de su exclusiva propiedad”⁷⁵.

4.5 Separación de bienes

El régimen de separación de bienes consiste en que Puede haber separación de bienes entre los cónyuges, lo cual debe establecerse por convenio de los cónyuges en capitulaciones realizadas antes, o durante el matrimonio, o bien por sentencia judicial. La legislación civil establece que dicha separación puede incluir además de los bienes de los que sean dueños los cónyuges al celebrar el matrimonio, también los que adquieran después. Podemos decir que en la vida económica de un matrimonio con este régimen, el patrimonio y su administración se mantienen independientes y ambos cónyuges contribuyen a los gastos familiares⁷⁶.

4.6 Régimen patrimonial mixto

El régimen mixto en el Derecho mexicano se entiende como aquel en que la separación de bienes puede ser establecida ya sea de manera absoluta o parcial. “En el segundo caso, los bienes que no estén comprendidos en las capitulaciones de separación serán objetos de la

⁷⁵ Ob. cit., art. 180-203, pp. 29-31.

⁷⁶ Cfr., ob. cit., art. 204, 206-215, pp. 32-33.

sociedad conyugal que deben constituir los esposos”⁷⁷, así mismo, esta parcialidad puede ser tan amplia como lo decidan los cónyuges, siendo ellos quienes determinan cuales bienes presentes o futuros formarán parte de la sociedad conyugal y cuales no de manera que coexistan la sociedad y la separación de bienes.

El matrimonio produce efectos en relación con los hijos, como lo son la filiación, y la patria potestad. La patria potestad es el vínculo jurídico que une a los padres y los hijos sin un límite de grado de parentesco y la filiación según Rojina Villegas es “el vínculo jurídico que existe entre ascendientes y descendientes, sin limitación de grado”⁷⁸, esto es, como la legislación civil nos lo señala, el conjunto de derechos, poderes y obligaciones conferidos por a los padres para que cuiden y representen a sus hijos desde su nacimiento hasta la mayoría de edad, así como para que administren sus bienes en tal periodo.

5. Disolución de matrimonio en el derecho mexicano

En el derecho mexicano, el matrimonio sólo puede disolverse o terminar por las causas señaladas en la legislación civil, ya sea por muerte de alguno de los cónyuges, por nulidad o por divorcio. Una

⁷⁷ Ob. cit., art. 205, p. 32.

⁷⁸ Cfr. Rojina Villegas, Rafael, 1998. *Compendio de derecho civil, Introducción, personas y familia*. México, Porrúa, 1998, p. 429.

vez disuelto el vínculo del matrimonio, los cónyuges adquieren nuevamente la aptitud para contraer otro⁷⁹.

5.1 Disolución del matrimonio por muerte

En el caso de la Muerte de uno de los cónyuges, se considera que el vínculo matrimonial ha quedado disuelto a partir del momento mismo del fallecimiento de uno de los cónyuges, y por consecuencia el cónyuge presente queda facultado para contraer nupcias nuevamente con un tercero, esto lo podemos analizar a partir del hecho de que las obligaciones y derechos que se generan con el matrimonio son de carácter personalísimo y no pueden ser trasladados a los herederos, así mismo, atendiendo a la imposibilidad de cumplir con los fines del matrimonio, ya que es imprescindible el elemento subjetivo en la obligación, por cuanto que la obligación es un deber jurídico que debe recaer en alguien y supone correlativamente la facultad de exigir del otro sujeto⁸⁰, por lo que se extingue el derecho nacido del matrimonio como acto jurídico y consecuentemente se extingue el vínculo matrimonial.

5.2 Disolución del matrimonio por nulidad

⁷⁹ Código Civil para el Estado..., ob. cit., art. 263, p. 38.

⁸⁰ Cfr. Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil, Teoría general de las obligaciones*. México, Porrúa, 1998, p. 9.

En el supuesto de la disolución del vínculo matrimonial por nulidad, podemos entenderlo cómo una terminación del estado matrimonial que se da por causas anteriores al matrimonio, es decir, se produce como consecuencia de que el matrimonio se hubiere realizado ante la presencia de algún impedimento de los señalados en la Ley o bien que se haya incurrido en un error respecto de la persona con quien se contrajo matrimonio⁸¹.

Por otra parte, la nulidad en el matrimonio puede ser absoluta o relativa, y nos podemos encontrar ante la primera en casos de bigamia por un matrimonio anterior, existente al tiempo de contraerse el segundo, por razones de parentesco, y ante la segunda cuando se presenta algún otro de los impedimentos y estos son susceptibles de dispensa, como los vicios de la voluntad, la incapacidad o la falta de forma⁸².

Cabe mencionar que el matrimonio tiene a su favor la presunción de ser válido y sólo se considerará nulo en el caso de que así lo declare una sentencia firme⁸³, lo anterior atendiendo a que como ya lo hemos mencionado, el matrimonio así como la disolución del mismo por nulidad, no son un acto unilateral y requieren de la declaración de una autoridad para que tenga el reconocimiento del Estado, su efecto

⁸¹ Ob. cit., Código Civil..., art. 232, p. 34.

⁸² Cfr. ob. cit., Rojina Villegas, Rafael, *Compendio... personas y familia*, p. 318.

⁸³ Ob. cit., Código Civil..., art. 250, p. 36.

consiste en que disuelve el vínculo del matrimonio, dejando a los cónyuges en aptitud de contraer nuevas nupcias”⁸⁴.

5.3 Disolución del matrimonio por divorcio

Entrando al análisis de la disolución del matrimonio por divorcio, empezaremos por señalar que en la actualidad, el Estado Mexicano reconoce distintas formas de divorcio y a continuación las analizaremos.

5.3.1 Divorcio administrativo

El de mayor economía procesal es el divorcio administrativo, este se realiza de forma rápida en las oficinas del Registro Civil en la que se ha contraído el matrimonio, este divorcio consiste en un trámite que otorga el divorcio a las parejas que voluntariamente y de común acuerdo, manifiestan que desean disolver el vínculo matrimonial que los une y solo se puede otorgar si reúnen como requisitos el ser mayores de edad, no haber procreado hijos, que tengan más de un año de casados y que el régimen patrimonial que los une sea separación de bienes⁸⁵.

5.3.2 Divorcio voluntario

⁸⁴ Ob. cit., art. 263, p. 38.

⁸⁵ Ob. cit., art. 269, p. 40.

El divorcio voluntario, también llamado divorcio por mutuo consentimiento, consiste en la solicitud de disolución del vínculo matrimonial ante un Juez de lo Familiar, firmada por ambos cónyuges de común acuerdo. Este divorcio procede siempre y cuando haya transcurrido mínimo un año de que se contrajo el matrimonio y no se reúnen los requisitos para realizar un divorcio administrativo, es decir que aun estando de acuerdo, tengan hijos menores de edad o que estén casados por sociedad conyugal y no se puedan poner de acuerdo para la liquidación de esta.

La solicitud se presenta acompañada de un convenio, en el cual se establezca de común acuerdo el domicilio, la custodia y convivencia de ambos con los hijos menores de edad, las pensiones alimenticias de aquellos que tengan derecho a recibirla fijando las respectivas garantías para el caso de incumplimiento, así como la liquidación de la sociedad conyugal en caso de existir⁸⁶.

5.3.3 Divorcio necesario

Divorcio necesario, también conocido como causal o contencioso, es el que se presenta sin acuerdo de alguno de los cónyuges para la disolución del matrimonio, ya sea en todos o solo en alguno de sus aspectos, dichos desacuerdos pueden ser ya sea en el hecho mismo de que no desee disolver el vínculo matrimonial o bien puede ser por otra causa inherente al matrimonio mismo, como la custodia y

⁸⁶ Ob. cit., art. 270, p. 40.

convivencia de menores, la pensión alimenticia o la disolución de la sociedad conyugal. Este divorcio se puede solicitar ya sea como una sanción por haber incurrido en alguna de las causales señaladas en la Ley que ubiquen a un cónyuge como culpable y al otro como inocente, o como un remedio en protección de un cónyuge sano y sus hijos, en el caso de enfermedades crónicas o incurables del otro cónyuge⁸⁷.

Así mismo, la legislación civil mexicana, establece cuales son las causas por las que se puede disolver el matrimonio, sin embargo estas causas pueden variar dependiendo del Estado o entidad federativa de que se trate, por ejemplo, el artículo 264 del Código Civil para el Estado de Baja California en México, señala que son causales de divorcio:

- I.- El adulterio debidamente probado de uno de los cónyuges;
- II.- El hecho de que la mujer dé a luz, durante el matrimonio un hijo concebido antes de celebrarse este contrato, y que judicialmente sea declarado ilegítimo;
- III.- La propuesta del marido para prostituir a su mujer, no sólo cuando el mismo marido la haya hecho directamente, sino cuando se pruebe que ha recibido dinero o cualquiera remuneración con objeto expreso de permitir que otro tenga relaciones carnales con su mujer;

⁸⁷ Cfr. ob. cit., Rojina Villegas, Rafael, *Compendio... personas y familia*, p. 357.

IV.- La incitación a la violencia hecha por un cónyuge al otro para cometer algún delito, aunque no sea de incontinencia carnal;

V.- Los actos inmorales ejecutados por el marido o por la mujer con el fin de corromper a los hijos, así como la tolerancia en su corrupción;

VI.- Padecer sífilis, tuberculosis o cualquiera otra enfermedad crónica o incurable que sea, además, contagiosa o hereditaria, y la impotencia incurable que sobrevenga después de celebrado el matrimonio;

VII.- Padecer enajenación mental incurable; declarada judicialmente;

VIII.- La separación de la casa conyugal por más de seis meses sin causa justificada;

IX.- La separación de hogar conyugal originada por una causa que sea bastante para pedir el divorcio, si se prolonga por más de un año sin que el cónyuge que se separó entable la demanda de divorcio;

X.- La declaración de ausencia legalmente hecha, o la de presunción de muerte, en los casos de excepción en que no se necesita para que se haga ésta que precede la declaración de ausencia;

XI.- La sevicia, las amenazas o las injurias graves de un cónyuge para el otro;

XII.- La negativa injustificada de los cónyuges a cumplir las obligaciones señaladas en el Artículo 161 y el incumplimiento sin justa causa, de la sentencia ejecutoria por alguno de los cónyuges en el caso del Artículo 165;

XIII.- La acusación calumniosa hecha por un cónyuge contra el otro por delito que merezca pena mayor de dos años de prisión;

XIV.- Haber cometido uno de los cónyuges un delito que no sea político, pero que sea infamante, por el cual tenga que sufrir una pena de prisión mayor de dos años;

XV.- Los hábitos de juego o de embriaguez o el uso indebido y persistente de drogas enervantes, cuando amenazan causar la ruina de la familia, o constituyen un continuo motivo de desavenencia conyugal;

XVI.- Cometer un cónyuge contra la persona o los bienes del otro, un acto que sería punible si se tratara de persona extraña, siempre que tal acto tenga señalada en la Ley una pena que pase de un año de prisión;

XVII.- La separación de los cónyuges por más de un año, independientemente de la causa que haya originado la separación, la cual podrá ser invocada por cualquiera de ellos;

XVIII.- Las conductas de violencia familiar, generadas por un cónyuge contra el otro, contra los hijos de ambos o de alguno de ellos, entendiéndose por éstas, todo acto de poder u omisión intencional, dirigido a dominar, someter, controlar o agredir física, verbal, psicológica o sexualmente a cualquier miembro de la familia, dentro o fuera del domicilio y que tiene efecto para causar daño, así como las omisiones graves que de manera reiterada se ejerzan contra los mismos y que atenten contra su integridad física, psicológica, sexual

y económica independientemente de que pueda producir o no lesión,
y;

XIX.- El mutuo consentimiento”⁸⁸.

5.3.4 Divorcio incausado

Así mismo, en la actualidad, algunas legislaciones locales han ido integrando la figura del divorcio incausado o sin expresión de causa, este permite la disolución del matrimonio sin la necesidad de expresar la causa de la ruptura. No exige justificación o causa concreta para el pedido y basta con la solicitud de uno de los cónyuges quien manifieste que no es su deseo el continuar con el vínculo matrimonial, esto en aras de protección al derecho fundamental de autodeterminación y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, partiendo de que la paz interna debe de ser asegurada por la garantía de todos los derechos cuya violación sistemática justifica no el disenso sino el conflicto⁸⁹, es muy importante el señalar que mientras exista paz entre las personas, los conflictos serán menos violentos.

En las entidades federativas de México donde no se ha legislado el divorcio sin expresión de causa como una forma de disolución del vínculo matrimonial, hoy en día es posible solicitarlo ante los

⁸⁸ Ob. cit., Código Civil ..., art. 264, p. 38.

⁸⁹ Cfr. Ferrajoli Luigi, “Sobre los derechos constitucionales”. *Cuestiones constitucionales*, México, N° 15, 2006, p. 118.

tribunales al invocar la tesis jurisprudencial 2008492 dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; La tesis en comento fue publicada el viernes 20 de febrero de 2015 en el Semanario Judicial de la Federación, siendo la siguiente:

“DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA. CONSTITUYE UNA FORMA DE EJERCER EL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD.

En el divorcio sin expresión de causa, es suficiente la solicitud unilateral de la disolución del matrimonio para que el juez la decrete aun sin causa para ello, donde incluso no importa la posible oposición del diverso consorte, pues la voluntad del individuo de no seguir vinculado con su cónyuge es preponderante, la cual no está supeditada a explicación alguna, sino simplemente a su deseo de ya no continuar casado, por lo que la sola manifestación de voluntad de no querer continuar con el matrimonio es suficiente. Así, dicha manifestación constituye una forma de ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues decidir no continuar casado y cambiar de estado civil, constituye la forma en que el individuo desea proyectarse y vivir su vida; es decir, el modo en que decide de manera libre y autónoma su proyecto de vida”⁹⁰.

⁹⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera sala, Ciudad de México, ponencia Olga Sánchez Cordero, tesis 2008492, amparo directo en revisión 1819/2014, 22-10-14.

https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e1fd8fd8fcd&Apendice=1ffdfcfcff&Expresion=&Dominio=Rubro,Textos,Precedentes,Localizacion&TA_TJ=&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=3&Epp=2

6. Conclusiones

Podemos concluir afirmando que desde los orígenes de la antigua Roma a la actualidad la institución jurídica del matrimonio siempre ha sido considerada como la base de la familia, la cual representa el núcleo de la sociedad, como la génesis de una institución jurídica perenne sujeta a los vaivenes de los usos y costumbres sociales⁹¹.

Del mismo modo, se ha ponderado la voluntad de los contrayentes por sobre todas las cosas, así como la intención de cumplir con los fines del matrimonio para que este continúe vigente. Por las mismas razones la legislación a lo largo del tiempo ha tratado de proteger esa unión, estableciendo requisitos para su celebración, además de privilegiar a aquellos que lo contraen, produciendo efectos jurídicos que recaen tanto en las personas como en su patrimonio y el de sus hijos.

[0&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,3,4,5,50,7&ID=2008492&Hit=2&IDS=2013534,2008492,2008494&tipoTesis=&Seminario=0&tabla=&Referencia=THE_TESIS&Tema=7487](#) 06-10-19.

⁹¹ Cfr. López Rosa, Ramon, "Familia y matrimonio. A propósito de la organización social y política en la Roma antigua", en *Libro Homenaje In memoriam Carlos Díaz Rementaria*, Pinard, Gustavo y Merchan Álvarez, Antonio (eds.), Huelva, Universidad de Huelva, 1998, pp. 411-432; Fernández de Buján, Antonio, *Derecho Privado Romano*, Madrid, Iustel, 2009, pp. 137 y 143 ss.

Podemos afirmar que la figura jurídica del matrimonio ha permanecido vigente. En efecto su evolución ha sido solo respecto a los derechos y obligaciones que se generan para los cónyuges, ya que en la actualidad son los mismos para ambos.

Por todo lo expuesto, podemos además concluir que en la actualidad, conforme al ordenamiento jurídico vigente en México, seguimos utilizando analógicamente las modalidades del divorcio de la antigua Roma, ya que, si bien es cierto, las causas cómo tales han evolucionado por los usos y costumbres, pero han pervivido del derecho romano las figuras o acciones que se pueden ejercitar frente a los órganos jurisdiccionales para que declaren un divorcio. Así pues, el divorcio por una causa en la que se establezca un culpable -divorcio causal necesario- es equivalente al *divortium ex iusta causa*; el divorcio causal es equivalente al *divortium bona gratia*; y el recién legislado divorcio sin expresión de causa -divorcio incausado- es lo que equivalía al *divortium sine causa* romano.

De igual manera, en caso de existir causas de divorcio imputables a alguno de los cónyuges, y que estas sean susceptibles de ser reprochables a quien se demuestre que es un cónyuge culpable, al igual que lo contemplaba la legislación romana, actualmente le son aplicadas las sanciones correspondientes. Así mismo, en la actualidad la legislación mexicana se protege el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad a aquél que, sin existir ninguna causa, no sea su voluntad continuar con el matrimonio y solicite el divorcio.

7. Fuentes y material bibliográfico

Fuentes

- AAVV, *Digesto*, Traducción al español por Álvaro D'Ors, Aranzadi, Pamplona, 1968.
- *Código Civil para el Estado de Baja California*, Congreso del Estado de Baja California Secretaría de Servicios Parlamentarios, Coordinación de Editorial y Registro Parlamentario, 2015.
- *Cuerpo del Derecho Civil Romano*, Edición facsímil, 6 v., Barcelona, Lex Nova, 1988.
- Decreto No. 550, publicado en el Periódico Oficial No. 42, Sección I, Tomo CXXIII, de fecha 20 de septiembre de 2016, expedido por la H. XXI Legislatura, siendo gobernador constitucional el C. Francisco Arturo Vega de Lamadrid 2013-2019.
- Justiniano, *Instituciones*, ed. bilingüe, trad. Por M. Ortolán, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba, 1964.
- *Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Secretaría de Servicios Parlamentarios, México, 2014.
- Ulpiano, *Libro único de las reglas de Ulpiano*, trad. Nina Ponssa de la Vega de Miguens, Buenos Aires, Lerner, 1970.

Libros

- Albertario, Emilio, “La definizione del matrimonio secondo Modestino”, *Studi di Diritto romano I*, Milán, 1933.
- Azar, Edgar E., *Personas y bienes en el Derecho Mexicano*, México, Porrúa, 1997.
- Baqueiro Rojas, Edgar & Buenrostro Báez, Rosalía, *Derecho de familia*. Oxford, Oxford University Press, 2009.
- Barcia, Roque, *Primer Diccionario General Etimológico de la Lengua Española*, Londres, Forgotten Books, 2018.
- Bentancourt, Fernando, *Derecho Romano Clásico*, Sevilla, Univ. de Sevilla, 2007.
- Bernad Mainar, Rafael, *Derecho Romano: curso de derecho privado romano*, Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2001.
- Bonnecase, Julien, *La Filosofía del Código de Napoleón aplicable al derecho de Familia*, Puebla, José M. Cajicá, 1945.
- Bonfante, Pedro, *Corso di Diritto Romano*, Roma, 1933.
- Caballé Martorell, Anna M., *Derecho de personas y derecho de familia*, Cataluña, UOC, 2002.
- Cantarella, Eva, *Pasado Próximo Mujeres romanas de Tacita a Sulpicia*, Valencia, Catedra, 1997.
- Chiauzzi, Onorato, *Derecho Romano*, Lima, Peisa, 1993.
- Crook, *Law and life in Rome*, Cornell University Press, Thames and Hudson, 1967.
- De la Mata Pizaña, Felipe, & Garzón Jiménez, Roberto, *Derecho Familiar*, México, Porrúa, 2008.

- Decreto No. 550, publicado en el Periódico Oficial No. 42, Sección I, Tomo CXXIII, de fecha 20 de septiembre de 2016, expedido por la H. XXI Legislatura, siendo gobernador constitucional el C. Francisco Arturo Vega de Lamadrid 2013-2019.
- D' Ors, Alvaro, "De la lex privata al Derecho Privado y al Derecho Civil" en *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, Coimbra, 1949.
- Edmondson, Jonathan, *Roman Family History*, Oxford, Handbook of Roman Epygraphy, 2014, pp 559-581.
- Fayer, Carla, *La familia romana: aspetti giuridici ed antiquari sponsalia matrimonio dote*, vol 2, Lerma, Roma, 2005.
- Fernández Baquero, María E., *Repudium – Ddivortium: (origen y configuración jurídica hasta la legislación matrimonial de Augusto)*, Granada, Universidad de Granada, 1987.
- Fernández de Buján, Antonio, *Derecho Privado Romano*, Madrid, Iustel, 2009.
- Ferrajoli, Luigi, "Sobre los derechos constitucionales", *Cuestiones constitucionales*, México, N° 15, 2006.
- Fustel del Coulanges, Numa D., *La Ciudad Antigua*, Madrid, EDAF, 1974.
- Gayo, *Instituta*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 5ª Ed., 1997.
- Galindo Garfias, Ignacio, *Derecho civil, Parte General*, México, Porrúa, 1994.
- García del Corral, Digesta, *Corpus Iuris Civilis*, Madrid, J. Molinas, 1889.

- Gelio, Aulo, *Noches Áticas*, Madrid, Akal, 2009.
- Guzmán García, Jairo J., “Itinerario de la Formación Histórica de la Idea contractual en el matrimonio Occidental”, en *Revista de Derecho*, (5), Managua, Universidad Centroamericana.
- Humbert, Michel, *Le remariage a Rome*, Giuffre, Milan, 1972.
- Koschaker, Paul, *Europa y el Derecho Romano*, Madrid, Wittman, 1995.
- Lozano Corbí, Enrique A., “La causa más conflictiva de disolución del matrimonio: desde la antigua sociedad romana hasta el Derecho Justiniano”, en *Revista de relaciones laborales*, nº 4-5, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 1997.
- Maldonado de Lizalde, Eugenia, “Lex Iulia de Maritandis Ordinibus: Leyes de familia del Emperador Cesar Augusto”, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho*, no. 14, 2002.
- Manenti C., *Della inapponibilità delle condizioni ai negozi giuridici ed in ispecie delle condizioni apposte al matrimonio*, Siena, Tip. 1889.
- Núñez Paz, María I., *Consentimiento matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1988.
- Parra Martín, María D., “Mujer y concubinato en la sociedad romana” en *Anales de Derecho*, Murcia, Universidad de Murcia, nº23, 2005, pp. 239-248.
- Robleda, Olis, *El matrimonio en Derecho Romano. Esencia, requisitos de validez, efectos, disolubilidad*, Università Gregoriana Editrice, Roma, 1970.
- Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil, Teoría general de las obligaciones*. México, Porrúa. 1998.

- Sainz Gómez, José M., *Derecho Romano I*, México, Noriega Editores, 1991.
- Silva Sánchez, Antonio, “Notas sobre el consentimiento como requisito matrimonial en el Derecho Español y Comparado desde su origen en el Derecho Romano”, en *Anuario de la Facultad de Derecho, Extremadura, Univ. De Extremadura*, vol. XXII, 2004.
- López Rosa, Ramon, “Familia y matrimonio. A propósito de la organización social y política en la Roma antigua”, en *Libro Homenaje In memoriam Carlos Díaz Rementaria*, Pinard, Gustavo. y Merchan Álvarez, Antonio (eds.), Huelva, Universidad de Huelva, 1998.
- Vallejo Pérez, Gema, “Los derechos procesales de la mujer en el derecho Romano”, en *El principio de igualdad desde un enfoque multidisciplinar. Prevención y represión de la violencia de género*, Valencia, 2016.
- Varro Marcus, Terentius, *De Lingua Latina* (bilingüe), México, Anthropos, 1990.
- Ventura Silva, Sabino, *Derecho romano*, Porrúa, México, 1980.
- Watson, Alan, *Studies in Roman Private Law*, London, Hambledon Press, 1991.

Jurisprudencia

- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera sala, Ciudad de México, ponencia Olga Sánchez Cordero, tesis 2008496, amparo directo en revisión 1819/2014, 22-10-14.

