

MATRIMONIO Y DIVORCIO EN SEDE NOTARIAL

SUMARIO

- I. La forma de gobierno
- II. Matrimonio
 - a) Ley del Matrimonio Civil
 - b) Código Civil de 1884
 - c) Ley Sobre Relaciones Familiares
 - d) Constitución de 1917
 - e) Código Civil de 1928
- III. El divorcio
- IV. El Registro Civil
- V. La jurisdicción voluntaria
- VI. Derecho comparado
- VII. Derecho interno
- VIII. Uniones de hecho y uniones de derecho
- IX. Planteamiento
- X. Conclusiones
- XI. Recomendaciones
- XII. Bibliografía
 - Bibliografía impresa
 - Bibliografía electrónica
 - Legislación vigente
 - Legislación abrogada
 - Legislación extranjera

MATRIMONIO Y DIVORCIO EN SEDE NOTARIAL

Ignacio Soto Sobreya y Silva

Notario No.13 de la Ciudad de México

El presente trabajo tiene por objeto el estudio del matrimonio y el divorcio, así como otras uniones, las cuales puedan ser consideradas como una más de las actividades que puedan otorgarse ante la fe del notario en el lugar en el cual éste ejerza sus funciones fedatarias.

I. LA FORMA DE GOBIERNO

México es una República representativa, democrática, federal, compuesta de estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una Federación y ejerce su soberanía por medio de los poderes de la unión, en los casos de la competencia de éstos, y por la de los estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos de la Constitución Federal y las particulares de los estados, las cuales en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del pacto federal.

Las partes integrantes de la Federación actualmente son treinta y dos estados, ya que se sumó a éstos el Distrito Federal.

El Supremo poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.¹

De lo anterior se deduce que existen dos órdenes de Gobierno, uno federal y otro local; el primero se refiere a facultades expresas, por lo mismo las facultades que no están expresamente consideradas por la Constitución Federal a los funcionarios federales, por exclusión se entenderán reservadas a los estados; constituyendo en este último caso el Derecho local.²

¹ Artículos 40, 41, 43 y 49 en lo conducente de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o Constitución Federal.

² En ese sentido, artículo 124 constitucional.

El porqué de la existencia de estos dos órdenes de gobierno lo podemos entender en palabras del doctor Miguel Villoro Toranzo, quien define al Derecho de la siguiente manera:

“Derecho es un Sistema Racional de Normas Sociales de Conducta, declaradas obligatorias por la autoridad, por considerarlas soluciones justas a los problemas surgidos de la realidad histórica”.³

Señala Villoro Toranzo que el ámbito federal es el ámbito nacional de un Estado que tiene un régimen federal⁴ y la existencia de esos dos órdenes o hasta más. “Es que estima que la solución justa a determinada especie de relaciones sociales debe darse en un plano nacional, en tanto que otras relaciones sociales pueden encontrar una ordenación más justa en soluciones locales y hasta municipales”;⁵ considerando que cuando habla de solución justa debe de equivaler ésta a buscar el bien común.

Como ya dijimos, el poder público del Estado, que la Constitución lo llama Supremo Poder de la Federación, es uno y se divide para su ejercicio en el Legislativo: que hace las leyes bajo un sistema bicameral; Ejecutivo, que ejecuta y/o aplica esas leyes en la esfera que a él le compete, que es la administrativa, y Judicial, que se encarga de la solución de los conflictos que lleguen a surgir de la aplicación, observancia o inobservancia de la ley, estas funciones no se contraponen.

Kant sostiene que “los tres Poderes del Estado están coordinados entre sí[...]; cada uno de ellos es el complemento necesario de los otros dos[...]; se unen el uno al otro para dar a cada quien lo que es debido”[...] Nuestra Constitución[...] realiza su colaboración por dos medios principales: haciendo que para la validez de un mismo acto se necesite la participación de dos Poderes[...] Así pues [...] esa división no es rígida, sino flexible[...] no hay dislocamiento, sino coordinación de poderes.”⁶

Dichas funciones en materia federal están representadas: la Legislativa por la Cámara de Diputados y la Cámara de Senadores, y el conjunto de ellas que conforman al denominado Congreso de la Unión; el segundo, el Ejecutivo, está representado por el presidente de la República, y la Judicial, por la Suprema Corte de Justicia, un Tribunal Electoral, Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, estos últimos administrados y vigilados por el Consejo de la Judicatura Federal.

En materia local, que es en donde se ubica nuestro trabajo en el Distrito Federal, encontramos las mismas funciones; la Legislativa representada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, la Ejecutiva, por el Jefe de Gobierno del

³ VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, p. 127.

⁴ *Ibidem*, p. 286.

⁵ *Ibidem*. pp. 290, 291.

⁶ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, pp. 217-219.

Distrito Federal, y la Judicial, por magistrados del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal y jueces del Distrito Federal, los cuales tendrán facultades en todo tipo de asuntos civiles, mercantiles, penales, familiares.⁷

Asimismo, los estados con base en su autonomía tienen la facultad de darse a sí mismas sus propias leyes, siempre y cuando no contravengan el ordenamiento federal; tenemos las Constituciones de los estados, las cuales son treinta y uno, por que el Distrito Federal no tiene;⁸ los Códigos Civiles y las Leyes del Notariado de cada una de las entidades, ordenamientos, los cuales serán analizados por lo que toca al Distrito Federal; nuestro estudio versará por lo mismo desde el punto de vista local en las tres funciones del poder público del Estado antes señaladas, en el Distrito Federal, y los ordenamientos entre otros serán el Código Civil, el Código de Procedimientos Civiles, la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia y la Ley del Notariado para el Distrito Federal.

II. MATRIMONIO

A) LEY DEL MATRIMONIO CIVIL

Antes de esta ley, que lo fue del 23 de julio de 1859, en nuestro país propiamente sobre matrimonio no había regulación, manejándose la institución como sacramento, el cual era válido para la vida civil, mas si hablamos que el antecedente de esta ley lo fueron las Constituciones Centralistas; de 1836 la primera, las bases constitucionales y la segunda de 1843, las bases orgánicas, las cuales en sus artículos primero y sexto respectivamente manifestaban que la nación mexicana profesaba, con exclusión de cualquier otra, la religión católica, apostólica y romana, para la cual el matrimonio eminentemente era del orden religioso; lo anterior se vio modificado por la Constitución de 1857, que llegó al otro extremo, incluso de figurar como un derecho de la potestad civil, y es por eso que en ese orden de ideas, en el manifiesto del Gobierno Constitucional a la Nación del 7 de julio de 1859, se señala en la parte relativa a la Reforma a adoptar la más perfecta independencia entre los negocios del Estado y los eclesiásticos, dándose en consecuencia las demás leyes de reforma, encontrándose en ella la ley materia de este apartado y la relativa al estado civil de las personas; de la primera señala en lo conducente esta ley: "... Que por la independencia declarada de los negocios civiles del Estado, respecto de los eclesiásticos, ha cesado la delegación que el

⁷ Artículo segundo de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal

⁸ Ya que señala el artículo 122 de la Constitución Federal en su inciso *c*) que el estatuto de Gobierno del Distrito Federal se sujetará a las bases, estableciendo la base primera respecto a la Asamblea Legislativa en su inciso *h* la facultad de legislar en materia civil

soberano había hecho al clero para que con sólo su intervención en el matrimonio este contrato surtiera todos sus efectos civiles ...”.⁹ La ley en comento tiene treinta y un artículos, siendo los más relevantes los artículos 1, 2, 4, 6, 8, 9, 17, 20, 25 y 30, que en su parte conducente, señalan que el matrimonio a partir de esta Ley del Matrimonio Civil es un contrato civil indisoluble; ya que cuando más los cónyuges pueden separarse, siendo por lo mismo el divorcio temporal, teniendo entre otros como impedimentos para celebrar este contrato civil el error sobre la persona, el parentesco, el atentar contra la vida de alguno de los casados, la violencia o la fuerza, los esponsales legítimos, así como el matrimonio celebrado anteriormente.

La persona que pretendía contraer matrimonio expresaba su voluntad al encargado del Registro Civil, por otro lado el artículo 17 señalaba que concluido el acto de matrimonio se levantaría el acta que se encomendaba al encargado del Registro Civil y al Alcalde, asentando constancia de ello en el libro correspondiente, de lo que se desprende que esta ley, además del matrimonio como contrato, también lo entendía como acto, el cual tendría que ser acto jurídico, que posteriormente comentaremos; señalando los dos artículos anteriores que todos los juicios sobre validez o nulidad del matrimonio, sobre comunidad de intereses, gananciales, restitución de dote, se ventilarían ante el Juez de Primera Instancia, y por último señalaba que al matrimonio que le faltara la forma no sería reconocido para efectos civiles, pero los casados podrían, si querían, recibir las bendiciones de los ministros de su culto.¹⁰

B) CÓDIGO CIVIL DE 1884

Este ordenamiento, el segundo en su orden, definía al matrimonio en su artículo 155 textualmente igual al matrimonio que el Código anterior de 1870, en su artículo 159, como “... la sociedad legítima de un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo indisoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida”.

C) LEY SOBRE RELACIONES FAMILIARES

El 9 de abril de 1917 fue expedida y el 14 de abril publicada en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley Sobre Relaciones Familiares.

⁹ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México*, p. 642.

¹⁰ *Ibidem*, p. 643.

En esta ley, en cambio, se definía al matrimonio como: "... un contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer que se unen con un vínculo disoluble para perpetuar su especie y ayudarse a llevar el peso de la vida..." (Art. 13).

D) CONSTITUCIÓN DE 1917

Incluso antes de la Ley Sobre Relaciones Familiares, que como señalamos fue de abril de 1917, el 5 de febrero de ese año se promulgó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, iniciando su vigencia el 1.º de mayo siguiente, siendo por ella acogida la institución que nos ocupa por su importancia, ya que no bastaba la regulación que se había dado al matrimonio en el Código Civil de 1884, y la cual había tratado de corregir la Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917; no apareciendo tratada inicialmente esta institución en la Constitución de 1857 si no hasta la reforma que tuvo el 25 de septiembre de 1873, la cual en su artículo segundo señalaba: "... el matrimonio es un contrato civil. Éste y los demás actos del estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil...",¹¹ de tal manera que de estar regulada la institución en materia sustantiva pasa a ser tratada por un ordenamiento federal por el interés y orden público que encierra.

No fue gratuita la reforma y con ella la de los ordenamientos subsecuentes; tenía un porqué muy obvio en el fondo: "... la redacción del artículo 130.º de la Constitución de 1917, pareciera ser el resumen de la vida en nuestro país entre dos potestades que han sido calificadas con una clara identidad de objetivos. Las burocracias civil y eclesiásticas[...] No cabe duda que este artículo y su especial reglamentación son respuesta a la gran presencia que había tenido y seguía teniendo la Iglesia, principalmente la católica, en la sociedad mexicana...".¹²

En efecto, el artículo 130 constitucional original señalaba textualmente en su parte conducente: "... El matrimonio es un contrato civil. Éste y los demás actos del estado civil de las personas, son de la exclusiva competencia de los funcionarios y autoridades del orden civil, en los términos prevenidos por las leyes, y tendrán la fuerza y validez que las mismas les atribuyan...", reconociendo inicialmente este precepto constitucional, lo que en el fondo el matrimonio era: "un contrato". Desgraciadamente, con la reforma a la Constitución publicada en el *Diario Oficial* el 10 de agosto de 1987, el artículo 130 constitucional fue cambiando hasta la reforma que se publicó el 28 de enero de 1992 y actualmente esta norma primaria únicamente en su sexto párrafo es general y se refiere "... los

¹¹ *Ibidem*, p. 697.

¹² ALARCÓN ZARAGOZA, Consuelo, *Comentarios al artículo 130 constitucional*, pp. 62-64.

actos del estado civil...”, cambiando poco a poco, por lo mismo en la ley secundaria el concepto-definición, incluso contenido del matrimonio.

E) CÓDIGO CIVIL DE 1928

Siendo presidente de México don Plutarco Elías Calles, se promulgó el Código Civil para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal el 30 de agosto de 1928, no empezando a regir sino hasta el 1.º de octubre de 1932, ya bajo el Gobierno de don Pascual Ortiz Rubio, operando en el inter de esa *vacatio legis* para el matrimonio y sus regímenes patrimoniales, la Ley Sobre Relaciones Familiares y la cual presuponía hasta su abrogación, que lo fue el 30 de septiembre de 1932, como regla el régimen de separación de bienes.

Si bien el código actual no define al matrimonio como contrato, hay varias disposiciones que lo abordaban como tal, lo cual es el caso de los artículos 156 de los impedimentos y 178 con respecto al régimen económico de los bienes.

Se ha debatido ampliamente desde hace años, como ya se pudo apreciar, la naturaleza jurídica que en este caso pudiera tener el matrimonio sin estar realmente los estudiosos de este tema de acuerdo, ya que algunos niegan en absoluto la naturaleza del matrimonio como contrato, otros la defienden como tal y algunos se podría decir que son eclécticos.

En el primer caso, tenemos a Agustín Verdugo, Antonio De Ibarrola y Alberto Pacheco, quienes lo consideran como sacramento.¹³

En el segundo, Esteban Calva, Manuel Mateos Alarcón y Rafael de Pina lo ven como un contrato; mientras que Escriche, al igual que los Códigos anteriores, lo ubica como sociedad y ésta, por definición como contrato.¹⁴

Y por último los que podríamos señalar eclécticos, ya que no consideran tajantemente ninguna de las dos posturas anteriores, aunque se acercan más a considerar al matrimonio como contrato, ya que lo ubican como un acto jurídico plurilateral o como un acto mixto, y ahí tenemos a Rafael Rojina Villegas, Luis Muñoz, Ignacio Galindo Garfías, Sara Montero Duhalt y Manuel F. Chávez Asencio.¹⁵

Sin embargo, los autores antes citados no serán de tanto peso como Sánchez Medal, ya que en su obra de los Contratos Civiles, la cual es exhaustiva en materia de contratos, señala tajantemente que en el matrimonio hay un solo contrato, un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones para los contrayen-

¹³ ADAME GODDARD, Jorge, *El matrimonio civil en México 1859-2000*, pp. 23, 92 y 96.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 25, 26, 29 y 65.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 59, 70, 72, 93 y 100.

tes y que al abstenerse el Código Civil para el Distrito Federal en su reforma de mayo de 2000 de definirlo como tal, no le quita por ello su naturaleza.

A contrario sensu, Francisco Lozano Noriega encuentra al contrato no en la institución del matrimonio sino en los pactos-capitulaciones que celebran los consortes con relación a los bienes, y llevar ese pacto al tema del acto jurídico así lo muestra.

El matrimonio como acto jurídico es sencillo de entender en la doctrina francesa del hecho jurídico *latu sensu*, y donde se encuentra el acto jurídico, ya que dicho acto tiene que tener para existir el consentimiento de ambos contrayentes, es bilateral, el cual en la propia teoría se divide en convenios y contratos, siendo los primeros los que pueden por el acuerdo de voluntades crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones, y cuando esos convenios se reducen sólo a crear o transferir las obligaciones y los derechos, estamos en presencia de los contratos.

El objeto directo del acto serán las mismas consecuencias que lo animan por un lado a celebrarse y que serán de tipo emocional, biológico, de reproducción en su caso y trascendental para la vida de los consortes.

El objeto indirecto en el cual confluyen los derechos y obligaciones que nacen del matrimonio regulados en el Capítulo III del Título V del Libro I del Código Civil para el Distrito Federal, y el último elemento de existencia quizás el más importante para nuestro tema es la solemnidad; ya que si el matrimonio que no se celebra ante el mal llamado Juez del Registro Civil (arts. 35, 39 y 102 del Código Civil para el Distrito Federal), adolecerá de falta de solemnidad, entendiendo ésta como la forma del acto elevada al rango de elemento constitutivo del mismo, y es por eso que, como ya se dijo, es más sencillo entender el matrimonio como acto jurídico que como contrato, ya que en éstos no opera la solemnidad; dicho de otra manera, no existen los contratos solemnes, sólo los actos jurídicos solemnes, por eso el artículo 1794 del Código Civil para el Distrito Federal sólo habla de consentimiento y objeto, porque se está refiriendo a los contratos, no a los actos jurídicos, que dicho sea de paso si no fuera por el artículo 1859 del Código Civil para el Distrito Federal que señala “las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éstos o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos”, no podríamos aplicar las disposiciones del Código Civil a los actos jurídicos, cuando en el fondo la teoría Francesa era al revés al dar una teoría del acto, no del contrato, y nuestro legislador lo llevó en un sentido inverso e hizo una teoría de la especie, que es el contrato, y no del género que era el acto jurídico.¹⁶

¹⁶ El inciso II del Matrimonio y Leyes subsecuentes se refiere en lo conducente a un artículo del autor publicado en la *Revista Mexicana de Derecho Colegio de Notarios del Distrito Federal*, número 6, año 2004, pp. 113 a 132.

III. EL DIVORCIO

El divorcio en México no siempre ha existido, ya que la Iglesia Católica se opuso en contra del divorcio bajo la primicia evangélica: “Lo que Dios Unió no lo separe el hombre”; en nuestro país no existió sino hasta las Leyes de Reforma del 23 de julio de 1859, con don Benito Juárez como presidente interino, cuando se promulgó la Ley de Matrimonio Civil, y cuya exposición de motivos señala: “Que por la Independencia declarada de los negocios Civiles del Estado respecto de los eclesiásticos, ha cesado la delegación que el soberano había hecho al clero para que con solo su intervención en el matrimonio este contrato surtiera todos sus efectos civiles[...]”²⁰. El divorcio es temporal y en ningún caso deja hábiles a las personas para contraer nuevo matrimonio, mientras viva alguno de los divorciados”.¹⁷ Estableció sólo la separación de cuerpos. De esa manera siguió regulado el divorcio en los códigos mexicanos de 1870 y 1884 incluso este último no disolvía el vínculo matrimonial, sólo suspendía algunas obligaciones civiles que emanaban del matrimonio.

En la Ley del Divorcio Vincular de 1914 y en la Ley Sobre Relaciones Familiares ya citada, se estableció el divorcio como disolución del vínculo matrimonial, y dejaba a los cónyuges en aptitud de contraer uno nuevo, estableciendo el divorcio con varias causas para darse y, por último, dentro de las causas, el mutuo consentimiento de los cónyuges.

El Código de 1928, cuya vigencia empezó en 1932, siendo aplicable en el inter la referida Ley Sobre Relaciones Familiares en el capítulo X, del título V relativo al matrimonio, reguló ampliamente al divorcio, dejando en aptitud a los cónyuges para contraer uno nuevo.

Estableciendo inicialmente el artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal diecisiete causales de divorcio, las cuales desaparecieron con la reforma del 3 de octubre de 2008, siendo la última el mutuo consentimiento. Adicionalmente, el artículo 272 regula el divorcio por mutuo consentimiento administrativo ante el Oficial del Registro Civil.

Por último, el artículo 277 establecía la separación de los cónyuges sin ruptura que suponía una especie de divorcio o separación no vincular. El Código Civil a que se ha hecho referencia es el que rige en el Distrito Federal y el cual tuvo importantes reformas publicadas en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal*, como ya se señaló el 25 de mayo del año 2000.

El divorcio voluntario ya no es una causa, sino que se da con el simple acuerdo de voluntades como una forma de poner fin al matrimonio, aplicándose aquella

¹⁷ TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-1978*, pp. 642, 646.

máxima del Derecho que establece que las cosas se deshacen como se hacen; si ambas voluntades expresaron su voluntad de unirse en matrimonio, son las mismas voluntades las que lo deben dar por terminado; obviamente que esto se dificultaba cuando uno de ellos no quería, lo que hacía muy difícil o casi imposible esta especie de divorcio. Con la Reforma a los artículos 266 y 267 (del 3 de octubre del 2008), esto se modificó y ya no se necesita la voluntad de los dos cónyuges para divorciarse, ya que sólo uno de ellos puede solicitarlo y proceder.

Como ya dijimos en el apartado del matrimonio, éste puede ser considerado como un acto jurídico solemne y como contrato, desde las Leyes de Reforma, de la propia Constitución Federal, lo que implicaba que si era un contrato, le aplicaban los efectos de todo contrato, o sea la obligatoriedad, la intangibilidad, la relatividad y la oponibilidad, efectos que están perfectamente establecidos en el Código Civil para el Distrito Federal, artículos 1796, 1797, 1793, 3011 y 3012.

El segundo, o sea la intangibilidad, señala que no se puede dejar al arbitrio de una sola de las partes la validez y cumplimiento de un contrato, lo que en el divorcio se rompe al poder dar por terminado el contrato de matrimonio cualesquiera de los contrayentes de forma unilateral, arguyéndose desde siempre que esto está mal, porque entonces el matrimonio quedaba al arbitrio o capricho de los cónyuges, quienes renunciando a realizar el más mínimo esfuerzo por el matrimonio y mantenimiento del vínculo optan por la ruptura, quizás por lo mismo era mejor el justo motivo que procedía de las causales ya derogadas.

Nuestro Código establece dos formas de divorcio voluntario, dependiendo la autoridad ante la cual se realice, siendo éstos: el divorcio administrativo y el divorcio judicial. El primero, el administrativo, se encuentra regulado en el artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal, que a la letra dice:

ART. 272.—Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes, si están casados bajo ese régimen patrimonial, la cónyuge no esté embarazada, no tengan hijos en común o teniéndolos sean mayores de edad, y éstos no requieran alimentos o alguno de los cónyuges. El Juez del Registro Civil, previa identificación de los cónyuges, y ratificando en el mismo acto la solicitud de divorcio levantará un acta en que los declarará divorciados y hará la anotación correspondiente en la del matrimonio anterior.

Si se comprueba que los cónyuges no cumplen con los supuestos exigidos, el divorcio así obtenido no producirá efectos independientemente de las sanciones previstas en las leyes.

El mismo tipo de divorcio se encuentra regulado en el homólogo artículo 272 del Código Civil Federal, el cual se promulgó en el *Diario Oficial de la Fe-*

deración el 29 de mayo de 2000, siendo aplicable para ambos el que haya pasado un año de la celebración del matrimonio (artículo 274 Código Civil Federal).

Cabe señalar que el divorcio voluntario judicial sustantivamente se encuentra desde un principio regulado en el Código Civil para el Distrito Federal, y el procedimiento adjetivo y substantación era regulado para ello en el Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, en el título décimo primero, divorcio por mutuo consentimiento, en su capítulo único, artículos del 674 al 682, los cuales fueron derogados el 3 de octubre de 2008. Habrá entonces que entender que este tipo de divorcio ya sólo quedó en la norma sustantiva en el Código Civil para el Distrito Federal.

IV. EL REGISTRO CIVIL

El verdadero antecedente del Registro Civil lo constituyeron los registros o constancias llevadas a cabo por la parroquia del clero católico, relativo a los bautizos, matrimonios o defunciones.

En México, entre los aztecas se practicaba una especie de censo de las personas, su nombre y su ascendencia, descendencia y profesión; aunque no constituía un verdadero registro.

Después de la conquista de México por los españoles, los registros fueron obra del clero católico, con el reconocimiento de las leyes civiles durante toda la Colonia y hasta mediados del siglo XIX, en que se expidió dentro de las Leyes de Reforma la del 28 de julio de 1859, la Ley Orgánica del Registro Civil, en donde se acogen las disposiciones de la Ley del Matrimonio Civil, la cual en su numeral uno estableció que el matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la Autoridad Civil, señalando la exposición de motivos de la Ley Orgánica del Registro Civil:

que para perfeccionar la independencia en que deben permanecer recíprocamente el Estado de la Iglesia, no puede ya encomendarse a ésta por aquel el registro que había tenido [...] que la sociedad civil no podrá tener las constancias que más importan sobre el estado de las personas si no hubiese autoridad ante la que aquellas se hiciesen registrar[...] Ley Sobre el Estado Civil de las Personas [...] 1. Se establecen en toda la República funcionarios que se llamarán Jueces del Estado Civil...¹⁸

Posteriormente el Registro Civil fue objeto de regulación específica en los Códigos Civiles de 1870 y 1884 y en nuestro Código Civil de 1928, el cual lo regula en el título cuarto del libro primero, de la mano con su Ley Orgánica publicada en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* el 20 de julio del 2002, y la cual

¹⁸ *Ibidem*, pp. 647, 648.

conforme a su artículo segundo transitorio abroga a la del 21 de septiembre de 1986. De dichos ordenamientos se pueden hacer los siguientes comentarios: en el Distrito Federal estará a cargo de los jueces del Registro Civil autorizar los actos del estado civil y extender las actas relativas al nacimiento, reconocimiento de hijos, adopción, matrimonios, divorcio administrativo y defunción.

Los jueces del Registro Civil asentarán en formas especiales, que se denominan formas del Registro Civil, las actas antes mencionadas, las cuales sólo se pueden asentar en dichas formas, ya que de lo contrario se producirá la nulidad del acta (artículo 37 del Código Civil para el Distrito Federal); y la disposición medular en nuestro tema que es el artículo 39 del Código Civil para el Distrito Federal, que dice: “El estado Civil solo se comprueba con las constancias relativas del Registro Civil; ningún otro documento ni medio de prueba es admisible para comprobarlo”. A esto se suman las disposiciones de los artículos 114 y 115 del Código Civil para el Distrito Federal, en donde se determina que la sentencia ejecutoriada que decreta un divorcio se remitirá al juez del Registro Civil para que realice la anotación correspondiente en el acta de matrimonio, así como el acta de divorcio administrativo, la cual por sí misma es una acta del Registro Civil, lo que no impide que también se haga en el acta de matrimonio la anotación correspondiente.

Lo lamentable y que da lugar a confusión es que a estos funcionarios la Ley los llama jueces, cuando en ningún momento lo son, porque la naturaleza de esta función pública es en el orden de las funciones del Estado de carácter meramente administrativo, no judicial, ni menos jurisdiccional o legislativa; su objeto es sólo la prestación de un servicio público.

V. LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

La podemos definir como la declaración o reconocimiento de un derecho por parte del juez a solicitud de parte en asuntos donde no exista controversia.

Desde siempre ha sido un tema complejo, ya que: “Jurisdicción es la facultad de decidir, con fuerza vinculativa para las partes, una determinada situación jurídica controvertida”:¹⁹ en otras palabras, es el decir del Derecho.

Dice el artículo 893 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal que: “... La Jurisdicción Voluntaria comprende todos los actos en que, por disposición de la ley o por solicitud de los interesados se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas...”. En este tema al notario le está permitido intervenir, ya que la

¹⁹ BECERRA BAUTISTA, José, *El Proceso Civil en México*, p. 5.

Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal señala en su artículo segundo que, además de los jueces, los demás servidores públicos y auxiliares de la administración de justicia intervendrán en dicha función en los términos que establece esta Ley, los Códigos de Procedimientos y demás leyes aplicables; señalando dicha ley en el artículo cuarto: "... que son auxiliares de la Administración de Justicia y están obligados a cumplir órdenes que, en el ejercicio de sus atribuciones legales, emitan jueces y magistrados del tribunal; 1.º el Registro Civil [...] 6.º Los albaceas, interventores, depositarios, tutores, curadores y notarios, en las funciones que les encomienden las leyes correspondientes". Así lo corrobora la ley especial, en este caso la Ley del Notariado para el Distrito Federal en vigor, la cual señala en su artículo 11: "Los notarios son auxiliares en la administración de justicia. La asamblea; la Administración, el Tribunal y el Colegio coadyuvarán en el desempeño de esta función".

Dice Alfredo Rocco, citado por Becerra Bautista: "hay autores que, como Alfredo Rocco, sostienen que se trata exclusivamente de una actividad administrativa a través de los órganos jurisdiccionales".²⁰

Alcalá Zamora, citado por Ovalle Favela, dice: "... ha puntualizado que si algún resultado concluyente ha logrado obtener la doctrina sobre la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, es el de que ésta no es ni jurisdicción ni voluntaria; "No es jurisdicción, porque de la variadísima lista de negocios que la integran será difícil encontrar alguno que satisfaga fines jurisdiccionales en sentido estricto; y mucho menos es voluntaria, porque con frecuencia la intervención judicial resulta para los interesados en promoverla tan necesaria o más que la jurisdicción contenciosa...".²¹

Como ya se dijo, se niega el carácter jurisdiccional y más bien de naturaleza administrativa; y la innegable intervención del notario como auxiliar para poder llevarla a cabo, así también lo reconoce el propio Ovalle Favela:

... actualmente predomina la tendencia doctrinal que niega a ésta el carácter jurisdiccional y la considera una "actividad administrativa encomendada a órganos jurisdiccionales". Esta posición doctrinal predominante ha pugnado por sustraer de la competencia de los órganos judiciales los procedimientos de jurisdicción voluntaria y atribuir su conocimiento a las diversas oficinas registrales o a los notarios públicos, así como de regular dichos procedimientos en leyes autónomas, distintas de los códigos procesales... Así, por ejemplo, Stalev apunta que en la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, desde 1927 la gran mayoría de los procedimientos judiciales no contenciosos fueron encargados para su tramitación al Notariado de Estado, "con

²⁰ *Ibidem*, p. 450.

²¹ OVALLE FAVELA, José, *Derecho procesal civil*, p. 418.

el fin de que los tribunales jurisdiccionales pudieren ocuparse exclusivamente de los negocios litigiosos” [...]

En América Latina, se puede citar el caso de la Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria del 5 de noviembre de 1977 (Diario de Centro América del 9-XI-1977); de Guatemala, la cual atribuye competencia a los notarios públicos para conocer específicamente de los procedimientos de declaración de ausencia, de autorización para disponer o gravar bienes de menores, incapaces o ausentes, de reconocimiento de preñez y de parto, de rectificación de las actas del estado civil, de constitución del patrimonio familiar y de adopción. Asimismo, dicha ley permite a los interesados llevar ante notario los demás procedimientos de jurisdicción voluntaria previstos en el Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala (art. 50).²²

Donde mejor se entiende a nuestro juicio es en el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, a que se ha hecho mención hablando de las informaciones *ad perpetuam*, en donde su artículo 927 señala que es: “aquella que podrá decretarse cuando no tenga interés más que el promovente y se trate de justificar algún hecho o acreditar un derecho”. Cabe comentar en este apartado, por último, que el propio Código de Procedimientos obliga a darle vista y oír al Ministerio Público, entre otros, cuando se afecten los intereses públicos.

VI. DERECHO COMPARADO

El Derecho comparado puede ser considerado una fuente histórica, incluso una fuente real que sirva como antecedente, como ejemplo para la legislación, como fuente formal del Derecho y su producto que es la Ley.

En nuestro trabajo esta fuente es importante, pues se demuestra que no es algo nuevo que no se pueda, ya que en otros países ya se hizo y ello constituye un pronunciamiento a favor. Siendo referencia esos ordenamientos para integrar a la legislación en la Ciudad de México el que los matrimonios y divorcios no contenciosos puedan ser otorgados ante notario.

El Derecho de otros países también es lo que constituye por lo que respecta a los nacionales de un estado en territorio de otro, lo que se denomina el Derecho Internacional Privado.

De la gama de países en los que se puede dar el matrimonio o el divorcio, o sólo el segundo ante notario, se ha escogido a Cuba, Costa Rica, Bolivia y España. A sabiendas que se dejan fuera por lo extenso otros países en donde es viable esta función del notario, se procede a un estudio somero de los Derechos de estos países.

²² *Ibidem*, pp. 419, 420.

De Cuba se puede decir que es una de las pioneras en la posibilidad que da su legislación para otorgar matrimonios y divorcios ante notario. La Ley número 1289, Código de Familia de la República de Cuba, tiene por objeto regular las instituciones de familia: matrimonio, divorcio, relaciones paternofiliales, obligaciones de alimentos, adopción y tutela (artículo 1). El capítulo del matrimonio, en general en su sección segunda de la formalización del matrimonio, da facultades a los encargados del registro civil y a los notarios públicos para autorizar la formalización de los matrimonios y, por lo que toca en esta ley, a los divorcios en su artículo 5.º determina que el divorcio se podrá obtener únicamente por sentencia judicial, lo que posteriormente por el decreto del 6 de septiembre de 1994, Ley número 154/1994, se pudo ya en sede notarial darse el divorcio por mutuo acuerdo, incluso cuando existan hijos menores de edad.

En Costa Rica, la Ley número 5476, Código de Familia, en su capítulo cuarto, artículo 24, en lo conducente señala:

Los notarios públicos están autorizados para celebrar matrimonios en todo el país. El acta correspondiente se asentará en su protocolo y deberán conservar en el de referencias, la copia respectiva. Los contrayentes podrán recurrir para los trámites previos a la celebración, ante los funcionarios judiciales o administrativos indicados, o ante un notario.

En Bolivia existe la ley número 483 del 25 de enero del año 2014, denominada Ley del Notariado Plurinacional, que abroga a la del 5 de marzo de 1858, y que es muy importante, ya que es de las más recientes. Consta de 115 artículos con 7 títulos, con 7 artículos transitorios y 2 disposiciones finales, y por último disposiciones abrogatorias y derogatorias.

El título 5º regula la vía voluntaria notarial y da los principios que la rigen y que son: de libertad, legitimidad, consentimiento, acuerdo de partes, igualdad, solemnidad, legalidad, neutralidad, idoneidad, transparencia, economía, simplicidad y celeridad (artículo 91), los tres últimos principios son a nuestro parecer de vital importancia, ya que en otros países como México se podría objetar la facultad pretendida de otorgar matrimonios y divorcios, estos últimos no contenciosos, ante notarios por ser el trámite ante notario lo opuesto a estos principios, es decir, caro, complicado y tardado.

Dentro de los hechos en materia familiar en los que procede la actuación notarial, está el divorcio de mutuo acuerdo (artículo 93), estableciendo dicho artículo cuando procede solicitarlo y los requisitos para ello, por ejemplo que exista consentimiento, que sea sin hijos, que no haya bienes comunes o gananciales, sujeto a registro, y que no exista la pretensión de asistencia familiar por ninguno de los cónyuges.

La rogación al notario deberá ser por ambos, por escrito, presentando el certificado de matrimonio y el acuerdo que contendrá los puntos anteriores.

El procedimiento, aunque algo complejo, está regulado en el artículo 96, y se puede resumir en una primera comparecencia ante notario, en donde éste debe registrar la fecha y la hora, sin aclarar si deberá ser en instrumento público para que posteriormente transcurridos 3 meses habrá una segunda comparecencia en la notaría, reiterando los comparecientes su decisión de divorciarse; aquí sí es claro que habrá un instrumento, una acta donde conste la ratificación.

Después hará constar el notario (protocolizará dice la ley) el acuerdo y acta de ratificación, transcribiendo el acta de matrimonio, y expidiendo de ello el testimonio de divorcio notarial para los comparecientes y para el servicio de registro cívico para fines de cancelación definitiva de la partida del matrimonio; debiendo comparecer todavía una última vez ante el fedatario, se entiende en otro instrumento a los 6 meses, de lo contrario el trámite de divorcio caducará y será archivado.

En España, la atribución al notario es en esencia para darle como tal, a nuestro entender, más trabajo, ya que el notario español confronta una gran competencia con el Registrador de la Propiedad y de Comercio, quien es igual que él un abogado preparado cuyo acceso a la función es también por examen y que tiene fe pública.

El anteproyecto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria Española, sin embargo, aduce razones de reducción de los costes económicos, agilización de los trámites y en algunos casos por lo mismo no será necesaria la presencia de abogado y procurador.

En dicho anteproyecto se fija un procedimiento único y sin alternativas que puede ser sólo en sede judicial o sólo ante otros Fedatarios Públicos, con las excepciones de procedimientos alternativos para el caso de matrimonios y divorcios. En el caso de matrimonio se incluye a los notarios para expedir los expedientes matrimoniales y realizar las uniones, sin que se entienda que quedan excluidos los demás, o sea los alcaldes o concejales y el Registro Civil.

Los jueces se oponen a que los notarios celebren bodas, ya que si es por descongestionar a los jueces, ya están los alcaldes y concejales, y con los notarios se encarecerá el procedimiento, ya que ante los jueces el trámite es gratuito. Además, aducen que la medida de hacerlo con notario va a ser discriminatoria, ya que en el caso de divorcio, los que más tienen lo realizarán ante notario, por su rapidez y los que menos puedan pagar será con el juez quizá teniendo algún retraso.

Posteriormente, dicho anteproyecto en agosto del 2014 se aprobó como proyecto, posibilitando la celebración de enlaces matrimoniales y, con la entrada en vigor de la Ley se podrán celebrar también ante notario, ampliando así las alternativas para los ciudadanos. En cuanto a las separaciones y divorcios por mutuo acuerdo sin hijos, podrán acudir ante el juzgado o ante el notario, según sea más conveniente para sus intereses.

VII. DERECHO INTERNO

La Ciudad de México es el Distrito Federal, conforme al artículo 44 de la Constitución Federal, es la sede de los poderes de la unión y capital de los Estados Unidos Mexicanos, y en nuestro trabajo es la sede notarial. En nuestro tema se presentó una iniciativa para darle facultades al notario para celebrar matrimonios y ante él llevar a cabo el denominado divorcio administrativo.

Efectivamente después de haber analizado las funciones del Poder Público del Estado en materia local, el 23 de octubre de 2012, fue presentada a la Sexta Legislatura Parlamentaria de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, por la diputada Priscila Vera Hernández del Partido Acción Nacional, una iniciativa, la cual fue motivo de debate y posteriormente rechazada. De la iniciativa y debate se procede a su análisis, ya que tanto una como otra tuvieron imprecisiones, lo que motivó a nuestro parecer, entre otros, que no se aprobara. Ya teniendo en la metodología del trabajo jurídico analizadas las fuentes históricas tanto del matrimonio como del divorcio, en este apartado estudiaremos a partir de la fuente sustancial, material o real (que es aquello que nutre a la norma jurídica, es el conjunto de aspiraciones sociales, políticas, económicas que no son Derecho pero tienden a serlo) y la pretendida fuente formal (que serían las reformas que se hubieran dado de haber sido aprobada, la iniciativa tanto al Código Civil para el Distrito Federal como a la Ley del Notariado para el Distrito Federal en vigor).

Cabe comentar que la Ley del Notariado para el Distrito Federal en vigor es del 28 de marzo de 2000, y que conforme a su artículo segundo transitorio abroga a la anterior, que lo fue del 8 de enero de 1980, ley que en su tiempo la Asamblea Legislativa consultó al Notariado de aquel entonces, el cual como colegio le dio a la referida asamblea un proyecto de ley que fue aceptado en sus términos y aprobado. Esto constituye de manera excepcional una ley hecha por los notarios con conocimiento de causa para los notarios del Distrito Federal, la cual se ha reformado varias veces, siendo la última reforma del 16 de noviembre del 2012.

La iniciativa en su exposición de motivos reconoce que en los últimos años ha tenido lugar en Latinoamérica una ola expansiva de reatribución de competencias en la que una buena parte le ha sido dada al notario. Aquí “competencia” se refiere a facultades de obrar operando para el notario en su ley el principio de legalidad que enuncia que: “todo lo que no está expresamente prohibido está permitido”; lo que está expresamente prohibido a los notarios es lo que señala el artículo 45 de su Ley, integrado por once sendas fracciones, y en donde no se encuentra prohibido celebrar matrimonios o divorcios no contenciosos (administrativos). Sin embargo, no por no existir esta prohibición, lo puede hacer, ya que sus atribuciones (competencia), en este caso por ser la ley de orden público, de-

ben de constar expresamente en su Ley o en otras, como el Código Civil o el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, en los cuales tampoco consta esa atribución.

En la Ley del Notariado esas facultades expresas debieran constar en el artículo 166, el cual la iniciativa lo pretende adicionar con un inciso *d*) a la fracción tercera, artículo que dice en términos vigentes:

III. En los términos de esta Ley se consideran asuntos susceptibles de conformación por el notario mediante el ejercicio de su fe pública en términos de esta Ley...

a) En las sucesiones...

b) En la celebración y modificación de capitulaciones matrimoniales, disolución y liquidación de sociedad conyugal.

c) En las informaciones *ad perpetuam*, apeos y deslindes y demás diligencias excepto las informaciones de dominio.

Y como ya se comentó, el inciso que propone la iniciativa decía: “d) En la celebración de matrimonios y divorcios administrativos, para los cuales fungirán como autoridad administrativa.

De inicio ahí hubo un error, ya que es consabido que el notario no es una autoridad, y al efecto dice el diccionario de la Real Academia Española: “Autoridad [...] Carácter de una persona por su empleo [...] potestad [...] que ha establecido su constitución para que le rija y gobierne ya dictando leyes, ya haciéndolas observar, ya administrando justicia[...] Persona revestida de algún poder de mando o magistratura”.²³ Para el notario, sus funciones-atracciones derivan de su Ley, la cual en ningún lugar le da el carácter de autoridad, lo más lo considera auxiliar, el cual no forma parte de las funciones del poder público, porque no puede legislar como un juez en la norma individualizada sentencia; no puede porque carece de fuerza coactiva el notario para hacerla cumplir y el administrar la justicia es aplicar la ley a un caso concreto, buscando, si es necesario, la equidad entre las partes sin poder el juez jamás dejar de conocer y solucionar un caso aplicable; por lo mismo al juez le aplica la denominada plenitud hermética del Derecho.²⁴ Y por último, el notario no tiene poder de mando porque carece en sus funciones también de la característica de la norma jurídica, que es la heteronomía.²⁵

²³ *Diccionario...*, *op. cit.*, p. 147.

²⁴ *Cfr.* SOTO SOBREYRA Y SILVA, Ignacio, *Teoría de la Norma Jurídica*.

²⁵ El notario como autoridad desgraciadamente en la nueva Ley de Amparo, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de abril de 2013, ley que reglamenta los artículos 103 y 107 constitucionales, se introdujo en ella la definición de autoridad responsable para efectos del juicio de amparo, estableciéndose que los particulares también pueden llegar a tener la calidad de tal, señalando su artículo 5.º, fracción segunda, como autoridad la que dicta ordena, ejecuta, o trata de

El debate fue contundente, señalando la necesaria eliminación de tal carácter del notario (autoridad), por ser el divorcio hoy administrativo sin lugar a dudas un acto extrajudicial.

Sigue la iniciativa señalando que:

El espíritu de servicio y la integridad como principios éticos, básicos que rigen el actuar de la función notarial, hacen que sea idóneo trasladar al notario la facultad de disolver el vínculo matrimonial mediante la figura del divorcio administrativo así como celebrar matrimonios en los mismos términos que el juez del Registro Civil. Desgraciadamente a pesar de lo bien que iba la iniciativa que proponía la reforma de varios artículos del Código Civil para el Distrito Federal artículos 97, 98 fracción quinta 99, 100, 102, 103 fracciones seis y nueve, 105, 107, 108, 110 111, 112, 113, 146 y 250 en donde de manera conjunta y lógica y respetando el presupuesto básico de libertad que tienen las personas, los artículos hacen referencia indistintamente como debía ser, al Juez del Registro Civil y todos además señalaban o “EL NOTARIO”. Inexplicablemente la propuesta de reforma al artículo 272, que habla de cuando procede el divorcio administrativo, deja como atribución exclusiva del notario este tipo de divorcio, cuando debió ser como venía la reforma a los otros artículos, es decir establecer una atribución indistinta del juez del Registro Civil o del notario siendo la atribución no excluyente sino concurrente, compartida, la propuesta de reforma, así debió de ser, además de dejar del original artículo 272 la expresión que compete al Juez del Registro Civil, que se refiere a que cumplidos los supuestos, “los declarará divorciados.

Esto último recuerda la controvertida actuación del notario en los apeos y deslindes, en donde procede cuando simplemente haya por parte de un particular la aclaración de las medidas y linderos, no así cuando se refiere a superficie, porque si en virtud del apeo se va a reconocer una superficie mayor de demasía a la que conforme a Derecho tenía el solicitante, implicaría que la actuación del notario le diera “POSESIÓN DE ESA DEMASÍA”, la cual no tenía conforme a sus antecedentes de propiedad y la posesión sólo es atribución del juez. El debate a la iniciativa lo señala de esta manera: “El artículo 272 del Código Civil debiera contener una expresión distinta a la de ‘LOS DECLARÁ DIVORCIADOS’ ya que como ya se comentó implicaría darle facultades al notario de verdadera “autoridad”.

En la misma iniciativa se dio la propuesta de crear un artículo 272 bis para que el notario emita el acta de divorcio administrativo, que como ya se vio con la iniciativa de reforma al artículo 272 del Código Civil para el Distrito Federal

ejecutar el acto que crea modifica o extingue situaciones jurídicas en forma unilateral y obligatoria, teniendo los particulares ese carácter cuando realicen actos equivalentes a los de autoridad que afecten derechos en los términos de estas fracciones, cuyas funciones estén determinadas por una norma general.

queda como facultad única del notario y dicho artículo 272 bis menciona lo que se requería para levantar dicha acta.

Esto no era necesario, porque el notario jamás va expedir una acta de divorcio (aunque sea administrativo), ya que en la legislación vigente, tratándose de la celebración y modificación de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad conyugal, el artículo 166, fracción tercera, inciso d), de la Ley del Notariado para el Distrito Federal, señala que lo que simplemente procede es un aviso conforme al artículo ciento tres del Reglamento del Registro Civil para el Distrito Federal, en donde el notario da a conocer que se realizó ante él cualesquiera de los supuestos antes señalados para que el encargado del Registro Civil en la correspondiente acta de matrimonio, haga la anotación del divorcio.

Posteriormente la iniciativa entra en el campo de Derecho comparado para señalar que la Ciudad de México no sería la primera en permitir matrimonios o divorcios administrativos en sede notarial, ya que en otros países sucede como Colombia, donde por primera vez se reguló en América del Sur el matrimonio ante notario, y actualmente otros países como Brasil, Bolivia, Costa Rica, Guatemala, y el proyecto uruguayo de 2011, lo contemplan. En Quebec, Canadá (donde asimismo aplica el notariado en su corte latino), también se encuentran autorizados además del notario otras personas designadas para celebrar el matrimonio, como los alcaldes y los consejos municipales, señalando en el caso del notario que éste pueda celebrar matrimonios incluso fuera del despacho, respetándose siempre la solemnidad de la ceremonia.

Todo lo anterior debió de haber bastado para motivar al legislador para aprobar la iniciativa, claro, con las adecuaciones y correcciones necesarias para que la Ciudad de México no quedara a la zaga de otros países en donde el matrimonio y el divorcio administrativo es permitido, países de corte latino, países hermanos. Desgraciadamente en la Ciudad de México, hay un problema que en gran parte fue lo que no permitió que se aprobara la iniciativa, y es el político. Como ya se dijo, la iniciativa fue presentada por una diputada del Partido Acción Nacional (PAN) y en la asamblea legislativa se encuentran los otros partidos, y los legisladores en su mayoría son del partido que se encuentra actualmente en el poder hace ya varios lustros, el Partido de la Revolución Democrática (PRD).

Aquí lo que resulta incongruente es que la Ciudad de México va a la vanguardia en reformas respecto de otros países de América Latina y del mundo. Adoptando figuras e instituciones tomadas sobre todo de Europa; simplemente a manera de ejemplo tenemos al matrimonio entre personas del mismo sexo (artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal);²⁶ la interrupción del embarazo antes de las

²⁶ Lo que aquí podría constituir una objeción de conciencia para casar a personas del mismo sexo, aunque pudiera este criterio ser violatorio de los derechos humanos.

12 semanas de gestación (artículo 144 del Código Penal para el Distrito Federal), el documento de voluntad anticipada, entre otras que como se aprecia son de alta envergadura y las cuales en otros países de ser sometidas a debate serían quizás desaprobadas por ir en contra de principios religiosos, morales y éticos, y sin embargo la asamblea legislativa vio como algo muy grave autorizar a los notarios para celebrar los matrimonios y divorcios (administrativos), lo que es guardando la proporción “nada”, por lo mismo es concluyente que fueron más razones políticas que de fondo el que no se aprobara la pretendida reforma, y así lo reconoce la iniciativa que dice:

... Es por lo anterior que desde una perspectiva de fondo, la celebración del matrimonio ante notario no plantea problemas y es posible que esta asamblea permita ampliar la competencia del notario con esta función. No olvidemos que el matrimonio nace de la voluntad de los contrayentes, que es lo único imprescindible. Desde hace siglos, esa voluntad se emite ante un testigo cualificado (ministro de culto, juez o alcalde), cuya función es recibir ese consentimiento matrimonial en nombre de la comunidad. Nada que objetar a que el consentimiento pueda ser emitido ante un notario, un funcionario público que recibe las declaraciones de voluntad y da fe de ellas.

En esto último cae en otro equívoco la iniciativa, ya que es un tema superado y vendría de la mano con lo que ya se dijo, que el notario no es “autoridad” de considerar al notario como funcionario público; en el notario la naturaleza del servicio que presta versa sobre un servicio público y éste no lo convierte en funcionario público. Por último, la iniciativa antes de entrar al divorcio pone como punto a favor que a partir del año 2005, con datos que toma del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), el matrimonio va a la baja, mientras que los divorcios van a la alza, debido a la gran carga de trabajo del registro civil, lo cual no es posible que sea la verdad de fondo, porque la gente ya no ve con buenos ojos al matrimonio, más bien prefiere otro tipo de uniones de hecho o de Derecho; además algo muy importante, el matrimonio se encuentra dentro del Derecho de familia, el cual podría ser por lo extenso otro tema, pero basta decir que hoy el que sea el Derecho familiar considerado como de orden e interés público, entendiéndolo éste como el conjunto de normas imperativas y prohibitivas en donde no interviene la voluntad del particular, como lo son dentro de esta clasificación las taxativas, en donde no interviene la voluntad del particular o las que sí interviene esa voluntad, dispositivas las que a su vez se subdividen en supletivas e interpretativas de la voluntad del particular.²⁷

²⁷ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, capítulo sexto. “Clasificación de las Normas Jurídicas desde el punto de vista de su relación con la voluntad de los particulares”, pp. 92-94.

En efecto el Derecho de familia abarca a los sujetos del Derecho que son: los parientes, los cónyuges, las personas que ejercen la patria potestad, los concubenarios y por lo mismo como instituciones tenemos al parentesco, a los alimentos, al matrimonio, al divorcio y a la filiación.²⁸

El matrimonio ha dejado de ser por definición del artículo 146 del Código Civil la unión de un hombre y una mujer con el fin, entre otros, de procreación y ese conjunto de personas que antes necesariamente eran padre, madre y en su caso hijos. Los dos últimos son de gran importancia y es lo que tutela el orden público o sea a la mujer y a los hijos y ya no necesariamente; incluso admitiría pacto en contrario, así se entiende de la redacción del artículo 147 del Código Civil para el Distrito Federal que dice que serán nulos los pactos que hagan los contrayentes en contravención a lo señalado en el artículo anterior, donde como ya se dijo no habla ya de la mujer y la procreación. Por ello al ya no ser parte del artículo 146 del Código Civil del Distrito Federal la pareja heterosexual, hombre y mujer podrían convenir que no tendrán hijos, lo que antes no se admitía, un pacto en contrario por estar en la definición de matrimonio, así dejando de ser el matrimonio convencional por lo mismo incluso de orden público, no se diga en el matrimonio de personas del mismo sexo, donde no habrá una desigualdad, que era lo que antes tutelaba el orden público, porque ambos al ser del mismo sexo son iguales y ya no habría hijos por consanguinidad, como antes se entendía, aunque ahora la adopción equipara a aquellos.

Volviendo a la iniciativa, ésta con datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), señala el descenso, como ya se dijo, en el número de matrimonios y el incremento en el número de divorcios, indicándose del primero lo antes anotado, que es debido a la carga de trabajo de los jueces del Registro Civil, la iniciativa analiza el divorcio ante notario público invocando el Derecho de otros países del continente americano en donde el divorcio administrativo sin hijos es permisible, mencionando países como Brasil, Ecuador, Perú, o incluso con hijos, como es el caso de Colombia y Cuba. Reconoce que en algunos de los países incluso la intervención del notario abarca, además del matrimonio, la delación voluntaria y testamentaria de la tutela, incluso la adopción y ya desde antes las capitulaciones matrimoniales en escritura pública.

La iniciativa, sin embargo, cae en un equívoco, ya que toda ella, salvo cuando habla de las capitulaciones ante notario, se refiere a acta notarial, hay que hablar en esta parte de nuestro tema de la forma.

La forma se encuentra dentro de los elementos de validez del acto jurídico y/o del contrato. En ese orden de ideas, como elementos de validez tenemos a la

²⁸ ROJA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Introducción, Personas y Familia.

capacidad que es la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones (para algunos ello constituye la legitimación), la ausencia de vicios del consentimiento, es decir que no exista error, temor que genere la violencia y en los contratos conmutativos que no exista lesión, asimismo el fin debe de ser lícito, esto es que no existe ilicitud, en este caso quiere decir que no vaya contra las leyes de orden público o las buenas costumbres, y por último en cuarto lugar tenemos a la forma que es la manera como nos dice la ley que debemos expresar el consentimiento, ya sea expreso o tácito, por signos inequívocos o por escrito. El Código de 1928 como lo fue el de 1870 rige el consensualismo, esto es que el consentimiento es válido, sea cual fuere la manera de manifestarse en oposición al formalismo que operó en el código de 1884, sin embargo en el código actual de 1928 todos los contratos son consensuales como regla, aunque en la práctica se ve lo opuesto porque se exige la forma escrita casi para todos. Por lo mismo, esa regla del consensualismo se vuelve excepción, ya que el Código vigente únicamente estudia como contratos consensuales al mutuo, al depósito y al comodato. Dejando al contrato y regresando al acto jurídico tenemos como elemento de existencia la solemnidad, la cual sólo aplica para actos no para contratos y que nuestro tema es importante, ya que el matrimonio, junto con los otros actos, del estado civil de las personas es solemne. La solemnidad habrá que entenderla como la forma del acto elevada al rango de elemento constitutivo esencial, sin el cual el acto se volvería inexistente.

La solemnidad del matrimonio es en esencia el que tenga hasta ahora que ser celebrado ante los oficiales (dice la ley Jueces) del Registro Civil, sin lo cual el acto jurídico sería inexistente; volviendo a la iniciativa antes de entrar a la propuesta de creación o modificación de la fuente formal, aquí siendo la “escritura pública” el instrumento jurídico idóneo para hacer constar el pretendido matrimonio y la disolución del vínculo matrimonial, debido a que en el segundo caso los interesados voluntariamente han llegado a un acuerdo y se encuentran conformes con que el notario haga constar bajo su fe y con su asesoría el acuerdo de divorcio.

Instrumento público es el género continente y el contenido o las especies son las escrituras públicas y actas notariales, la Ley del Notariado para el Distrito Federal en vigor, en sus artículos 100 y 125 respectivamente las define así:

Escritura es el instrumento original que el notario asienta en los folios, para hacer constar uno o más actos jurídicos y que firmados por los comparecientes, autoriza con su sello y firma [...]Acta notarial es el instrumento público original en el que el notario, a solicitud de parte interesada, relaciona, para hacer constar bajo su fe, uno o varios hechos presenciados por él o que le consten, y que asienta en los folios del protocolo a su cargo con la autorización de su firma y sello...

Independientemente de la redacción de las definiciones, la diferencia específica entre un instrumento y otro es que en la escritura se hacen constar actos jurídicos en donde se encuentran los convenios y los contratos, y en el acta se hacen constar hechos materiales o hechos jurídicos; en la escritura hay voluntad que el notario dará fe en las cláusulas, las cuales contienen un acuerdo de voluntades y por lo mismo consentimiento, y a las cuales se podrá llegar con una asesoría del notario. En el acta no hay voluntad, no hay cláusulas, y menos aún acuerdos de voluntad, solamente hay hechos.

Quizás la confusión deriva de la misma Ley del Notariado para el Distrito Federal, ya que el capítulo IV que versa sobre la competencia para realizar funciones notariales en asuntos extrajudiciales y de la tramitación sucesoria ante notario en su artículo 166 es ambiguo, pues dice en lo conducente en la fracción segunda romano:

en los términos de esta ley, se considerarán asuntos susceptibles de conformación por el notario mediante el ejercicio de su fe pública en términos de esta ley: [...] II: todos aquellos en los que, exista o no controversia judicial, lleguen los interesados voluntariamente a un acuerdo sobre uno o varios puntos del asunto, o sobre su totalidad y se encuentren conformes en que el notario haga constar bajo su fe y con su asesoría los acuerdos, hechos o situaciones de que se trate, siempre que se haya solicitado su intervención mediante rogación...

Al decir “lleguen” se puede entender en los interesados una forma privada de acuerdo entre ellos y sólo toca al notario ratificar lo acordado que fue privado y por esto tenemos que se confunde que un hecho se vaya a dar con la fe y asesoría del notario, al decir la ley: “los acuerdos hechos o situaciones”. Ahí podríamos caer en el hecho de ratificación de firmas, y entonces no va a haber asesoría sino solamente la apreciación por el notario por sus cinco sentidos de la situación que se está dando ante él. También la fracción tercera de dicho numeral es todavía más ambigua porque dice: “III todos aquellos asuntos que en términos del Código de Procedimientos Civiles conozcan los jueces en vía de jurisdicción voluntaria en los cuales el notario podrá intervenir en tanto no hubiere menores no emancipados o mayores incapacitados. En forma específica, ejemplificativa y no taxativa...”. Ya que al decir de forma ejemplificativa y no taxativa, es decir, no limitativa, sólo enunciativa, y al no estar prohibido expresamente los matrimonios y divorcios ante notario sería como una parte permitida, sin embargo al hablar de competencia y atribución más allá del principio de legalidad, quedamos que esas atribuciones no se sobreentienden, sino que tienen que ser expresas y esta fracción tercera en sus incisos sólo habla de las sucesiones, la celebración y modificación de capitulaciones matrimoniales, disolución liquidación de sociedad conyugal y las informaciones *ad perpetuam*, apeos y deslindes y demás diligencias, excepto las informaciones de dominio.

Ya para terminar con la iniciativa, ésta se fundamenta en la norma máxima, en específico en la jerarquización de las leyes del artículo 130 constitucional, que en lo conducente dice que los actos del estado civil de las personas son competencia de las autoridades administrativas. Con esto tenemos un problema, ya que los notarios no deben de considerarse autoridad del tipo que sea, sino sólo auxiliares de la administración de justicia como a nuestro parecer también de la administrativa, sin que esto lo vuelva autoridad.

Vale la pena entrar en lo particular en el debate que desechó esta iniciativa y al cual en algunos puntos generales ya nos hemos referido, para dejar en claro que no hay problema de fondo, sino únicamente falta de voluntad política como en materia federal “un pacto”²⁹ en este caso por la Ciudad de México, una de las ciudades más grandes del mundo con problemas también de ese tamaño.

El debate empieza con el matrimonio, entendiendo al notario no como un funcionario del Estado, pues aunque cumple una función de Estado dentro del Derecho Administrativo de delegación por colaboración o concesión por colaboración, no puede actuar como autoridad a diferencia del funcionario público, sino que sólo puede dar fe en aquellos casos que restrictivamente establece el ordenamiento jurídico.

Sigue diciendo que:

El ejercicio de facultades restringidas y por consiguiente expresas, es condición del ejercicio mismo de la Administración Pública[...]

A diferencia del acto administrativo, el acto jurídico notarial; queda en primer lugar sujeto al prudente conocimiento jurídico del notario, en caso de controversia, no existe una autoridad superior de la que dependa, para escrutar el caso, sino que es directamente la autoridad jurisdiccional la única competente para conocer el caso, a la que corresponde resolver sobre el acto jurídico otorgado por las partes (contenido) o sobre el instrumento mismo, es decir la dación de la fe (continente)...³⁰

... La propuesta contradice... los actos otorgados ante notario del Distrito Federal, los principios de conservación jurídica de fondo y forma del instrumento notarial y su efecto adecuado; el de la conservación del instrumento notarial y de la matricidad en todo tiempo del mismo, la obligación de secrecía.³¹

²⁹ El presidente Lic. Enrique Peña Nieto, en un logro casi histórico, hizo el Pacto por México en donde logró la negociación con los diversos partidos políticos para proponer reformas estructurales y coyunturales en materia federal, las cuales propiamente se aprobaron en sus términos por ese pacto del 2 de diciembre del 2012.

³⁰ *Debate.*

³¹ *Idem.*

Esto no es correcto, porque en el notario sí se da la conservación, matricidad de documento y la obligación de secrecía, quizás con falta de conocimiento se haya pensado en el debate que estos instrumentos se manejan fuera del protocolo como en algunos otros estados de la República, respecto de ciertos actos, lo que la Ley del notariado para el Distrito Federal no permite.

Sigue el debate en un equívoco, ya que indica que las actas relativas a los actos del estado civil a que se refiere el artículo 35 del Código Civil vigente del Distrito Federal conforme al artículo 36 del mismo ordenamiento se asentarán en formas especiales, que se denominan formas de registro civil, aprovechando aquí el debate un error de la iniciativa al crear el artículo 161 bis, ya que la idea es que el notario no levante un acta del estado civil como lo señala la iniciativa, sino que únicamente deberá de darse un aviso al Registro Civil para hacer la anotación correspondiente del divorcio en el acta del matrimonio.

VIII. UNIONES DE HECHO Y UNIONES DE DERECHO

En un principio, en México el concubinato se conocía como una unión de hecho, más no de Derecho, y posteriormente ese hecho ya tuvo la naturaleza de ser jurídico, en donde se quiere su realización pero no necesariamente su consecuencia. Eso recuerda la ley de causalidad jurídica que dice que no habrá consecuencias de Derecho si no existe un supuesto jurídico capaz de producirlos; por lo mismo este hecho jurídico se encuentra reconocido por el Derecho en el Código Civil para el Distrito Federal en su capítulo XI “Del concubinato”, en los artículos del 291 bis (modificado el 29 de diciembre del año dos mil nueve) al 291 quintus. Este capítulo va después de la regulación que el Código Civil para el Distrito Federal hace del matrimonio y del divorcio; de los referidos artículos, se desprende que las concubinas y los concubinos tienen derechos y obligaciones recíprocos, siempre que no tengan un impedimento para contraer matrimonio, hayan vivido en común íntimamente por un periodo mínimo de dos años, o bien hayan tenido hijos para que entre ambos nazcan los derechos y obligaciones recíprocos.

En forma revolucionaria, las obligaciones y derechos de que se trata serán los mismos que se tienen para la familia en lo que le fuere aplicable.

Estos derechos que tienen los concubinos son alimentarios, sucesorios en los términos del artículo 1635 del Código de referencia, en donde se determina que tienen derecho a heredarse recíprocamente, aplicándose las disposiciones relativas a la sucesión del cónyuge; la paternidad en donde la propia ley (artículo 383 del Código Civil) presume como hijos de los concubinos los nacidos dentro del concubinato y los nacidos dentro de los 300 días siguientes en que cesó la vida en común entre el concubinario y la concubina y da una vez probada la filiación

a los hijos todos los derechos, como si hubieran nacido dentro del matrimonio. La Ley Federal del Trabajo en materia de indemnización por muerte del trabajador, por riesgo profesional o enfermedad da derecho a la concubina a recibir la pensión por viudez en términos de los artículos 130 y 152 de la Ley del Seguro Social.

En el concubinato no se da la forma y rige por lo mismo el consensualismo, el cual no exige una forma escrita para que sea válido, pero cuando hay problemas, y se tiene que probar el concubinato, se requiere la probanza por testigos que comprueben por lo público que se ha hecho el concubinato socialmente, ratificarlo o en su caso por documentos como facturas a nombre de los concubinos, como por ejemplo recibos de arrendamiento. Toda esta problemática que lastima a la “familia” de los concubinos se podría evitar si esta unión constara de manera fehaciente, y es ahí donde la comparecencia ante notario para que éste levantando una acta notarial por tratarse de un hecho jurídico y no de un acto jurídico (contrato) y en la cual sería suficiente ya sin testigos o documentos la simple comparecencia “voluntaria” para tener acreditado el concubinato. El notario en ese caso tomaría declaración bajo protesta de decir verdad de que ambos se encuentran solteros, ya que un hecho negativo no es materia de prueba, los identificaría. Esta acta notarial que estaría entre una fe de hechos y un acta de declaraciones, instrumento que permitiría acreditar esos derechos y obligaciones recíprocos;³² al igual que el Juez del Registro Civil, a quien con la última reforma al artículo 291 bis del Código Civil para el Distrito Federal, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal, el día 31 de octubre del 2014, se le otorgan facultades para recibir declaraciones con relación a existencia o cesación de concubinato, y existencia o cesación de cohabitación, así como de otros hechos relativos a relaciones de pareja que no impliquen modificaciones al estado civil; declaraciones que no constituyen una acta del estado civil, sino simplemente una probanza, como sería el caso de las otorgadas ante notario.

Vamos en este apartado a tratar también otras uniones que en el caso son de Derecho, porque existe una ley que lo permite, y nos referimos a la denominada Ley de Sociedades de Convivencia, publicada en la Gaceta Oficial del Distrito Federal el 16 de noviembre del 2006, ley que se integra por cuatro capítulos: el primero de disposiciones generales, con 5 artículos; el capítulo II del registro de la sociedad de convivencia, del artículo 6 al artículo 12; el capítulo III, de los derechos de los convivientes, del artículo 13 al artículo 19; y el último, sobre la

³² En ese sentido véase el Estudio uruguayo de la reforma del estado del matrimonio, el divorcio y la declaración de concubinato en sede notarial. Su eficacia internacional, de Rubén Santos Belandro, publicado en la *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 97, enero-junio, 2011.

terminación de la sociedad de convivencia que corre del artículo 20 al 25 con 3 artículos transitorios.

Esta ley que vaticinamos durará poco, porque fue en marea oculta la preparación para reformar el 29 de diciembre del 2008 el artículo 146 del Código Civil, para permitir en el Distrito Federal matrimonios entre personas del mismo sexo, lo cual hace entonces ya esta ley inoperante, sin embargo pensamos que es útil, ya que nada impediría que al amparo de esta ley una pareja heterosexual pudiera constituir una sociedad de convivencia desde el primer día o antes de empezar una relación, dejando desde un principio establecido cuáles son sus derechos y obligaciones y que evitaría lo que se da en la práctica, el que muchas personas viven juntas con el ánimo de probarse para ver si funciona y entonces casarse, pero obviamente sin ningún derecho u obligación que consten por escrito, esto último sin que se confunda con el concubinato, ya que el concubinato para ser reconocido como tal, tienen que haber transcurrido dos años como mínimo o haber tenido hijos en ese inter.

En la exposición de motivos de esta ley se reconoce el pluralismo que vive México en la actualidad. Es el reconocimiento del Derecho a la diferencia, reconoce que en el país hay estadísticas de todo, pero en este caso para los hogares constituidos por las personas del mismo sexo, no existe registro estadístico oficial.

En su articulado se desprende que la ley es de orden público e interés social y que tiene por objeto regular las relaciones derivadas de la sociedad de convivencia en el Distrito Federal; que la sociedad de convivencia es un acto jurídico bilateral que se constituye cuando dos personas físicas de diferente o del mismo sexo, mayores de edad y con capacidad jurídica plena establecen un hogar común con voluntad de permanencia y de ayuda mutua y no pudiendo constituir estas sociedades personas que se encuentren unidas en matrimonio, concubinato o aquellas que mantengan vigente otra sociedad de convivencia; siéndole aplicable a la sociedad de convivencia en lo que le sea aplicable las disposiciones del concubinato y las relaciones jurídicas que se deriven de éste; en cuanto a su forma estas sociedades deberán constar por escrito que será ratificado y registrado ante la Dirección General Jurídica y de Gobierno del Órgano Político Administrativo del domicilio donde se establezca el hogar común, instancia que actuará como autoridad registradora no admitiendo en esta figura la representación, ya que deberá hacerse personalmente por los convivientes acompañados por los testigos debiendo cerciorarse fehacientemente la autoridad registradora de la identidad de los comparecientes y cualquier modificación o adición a la sociedad de convivencia deberá de hacerse de igual forma que para su constitución, registro que además de darse por el órgano político administrativo se dará asimismo a conocer al Registro Civil, que corresponda dando vista al Registro Público de la Propiedad

y del Comercio, teniendo la autoridad administrativa ante la cual se otorgue fe pública para los efectos de este acto.

De lo anterior se deduce que aquí también al igual que el concubinato podría la constitución, modificación o extinción de este tipo de sociedades ser otorgada ante notario, quien daría vista para su anotación a los referidos registros y obviando la presencia de testigos y demás formalidades, las cuales se englobarían con la fe del notario en la escritura pública correspondiente.

IX. PLANTEAMIENTO

El notario por excelencia es el profesional del Derecho; su acceso a la función es mediante un riguroso examen de oposición, lo que da la certeza de su conocimiento y preparación, muy distinto a la de otros abogados; su desempeño versa sobre un servicio público, por eso el debatido tema si el otorgamiento de su patente debiese ser entendido como una concesión o como una mera autorización que se le otorga cuando cumple como particular los requisitos que fija la ley para ello.

Después de estudiar la forma de gobierno habrá que entender que el notario deviene de la función administrativa, porque es ella representada por el Jefe de Gobierno del Distrito Federal, quien expide y otorga la patente respectiva. En ese orden de ideas el notario no proviene de la función judicial, es por ello que de esta función es un mero auxiliar. Como ya se dijo, las funciones o competencia del notario deben de ser expresas, jamás se sobreentienden y sólo de la función judicial expresamente en las leyes sustantiva y adjetiva se tiene al notario, como auxiliar en la administración de justicia; no existe un ordenamiento que expresamente lo considere como auxiliar de la función administrativa, sin embargo aunque no se expresó, se deduce de ciertas obligaciones que tiene el notario, como por ejemplo en materia fiscal tanto federal como local. En el primer caso, es obligación del notario hablando de enajenación de bienes inmuebles calcular y enterar el impuesto sobre la renta por la ganancia obtenida, ya sea por el vendedor o comprador, en el segundo caso teniendo como ejemplo la compraventa tendrá también que calcular y enterar el impuesto local de adquisición de bienes inmuebles y el cobro de derechos para la obtención por parte de esa misma función administrativa de ciertos documentos, tales, como constancias de no adeudo de predio, agua, zonificación de uso de suelo, y por supuesto para la inscripción en el Registro Público de la Propiedad correspondiente al inmueble del que se trata.

El Registro Civil forma parte de la Administración Pública, los abogados ahí encargados también prestan un servicio público, con la diferencia que éstos si son funcionarios públicos. Cuando estudiamos la división de funciones (poderes), analizamos que la función que se maneja con carácter jurisdiccional se le consi-

dera más bien una actividad administrativa encomendada a órganos jurisdiccionales, y se planteó que pueden colaborar dos funciones en esa pretendida separación de funciones, como sería la función judicial y la función administrativa. Esto es muy importante, pues el mismo debate a la iniciativa que estudiamos en el apartado de Derecho Interno señala:

se refiere expresa y limitativamente a la jurisdicción voluntaria típica y atípica de la que pueden conocer los jueces conforme al Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, es decir que se trata de los jueces de lo Civil y de lo Familiar y no de los jueces del Registro Civil, de ahí, que en su caso la adición sería de una nueva fracción que se refiriera al divorcio ante notario, quitándole la denominación de administrativo...³³

A primera vista efectivamente aquí no aplicaría el carácter de auxiliar del notario ya que los mal llamados jueces del registro civil son funcionarios administrativos no jueces civiles ni de lo familiar, donde si es clara, la atribución de ser auxiliar.

Desde el punto de vista de los derechos de quien accede ante el notario, que la Ley del Notariado para el Distrito Federal los llama prestatarios; éstos tienen frente al notario casi puros derechos ya que su única obligación será pagarle al notario por la prestación del servicio. Dentro de los derechos del prestatario, está la libertad de elegir ante cual notario quiere comparecer para que le preste el servicio notarial.

La actuación notarial es muy variada, pues podrá a manera de ejemplo reconocerse hijos en escritura pública, cambiar, modificar o disolver regímenes patrimoniales del matrimonio; hacer aclaración mediante acta notarial de declaración testimonial a los atributos de la personalidad jurídica de la persona, esto es: al nombre, al domicilio, al estado civil, sobre todo hablando de los hechos negativos que no son materia de prueba.

El notario propiamente puede hacer todo aquello que no esté prohibido, así reza el principio de legalidad, además de lo que expresamente le faculta su ley u otras leyes, siendo una limitación aquello que vulnere el orden o el interés público; ya analizamos en este orden de ideas la desnaturalización del matrimonio. En ese sentido, al amparo de cómo ahora se entiende el matrimonio con la reforma al artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, nada impediría que los particulares le solicitasen al notario de su elección hacer constar bajo su fe su deseo, ya sea para casarse o para divorciarse. En este último caso, habrá que proponer efectivamente quitarle la designación de “administrativo” al divorcio voluntario no contencioso, ya que eso lo limita y lo confunde.

³³ *Debate.*

El matrimonio ante notario no plantea a nuestro parecer, por lo antes dicho, ningún problema. El notario no sería un sustituto del encargado del Registro Civil sino una segunda opción, o sea uno u otro dándole así al prestatario del servicio público notarial el derecho de elección para que con la prontitud y rapidez que pudiera dar el notario, el prestatario lo sopesaría frente al oficial del Registro Civil. Esto es en el ejercicio que nos ocupa el mismo caso que una notificación, la cual la puede hacer el particular judicialmente mediante una jurisdicción voluntaria o extrajudicialmente con un notario, la primera le va a ser menos costosa, pero tardará quizás unas seis semanas y ante el notario podría ser el mismo día que lo solicitase. Aunque le cobre quizás más el notario, podría aplicarse el dicho anglosajón que dice “Tiempo es dinero”, lo que el particular sopesando el tiempo y el dinero quizás le sería mejor ante notario y a la larga por el tiempo más económico.

Volviendo al matrimonio siendo éste en su caso posible con la reforma legal adecuada, sin quitarle jamás la solemnidad del caso; el notario abriría un expediente y recabaría en lo conducente, lo que hasta hoy dice la ley que se requiere para casarse (artículos 97 y 98 del Código Civil para el Distrito Federal), planteando además lo conveniente que fuera que el notario como en otras diligencias hiciera dos publicaciones, una en un periódico local y otra en un periódico nacional, en donde manifestara los nombres de los contrayentes, su deseo de casarse, el día de la celebración de dicha unión ante él para que cualquier interesado pudiera ante él mismo comparecer para manifestar su oposición al referido matrimonio (parecido a las amonestaciones).

Dicho matrimonio se podrá otorgar en la notaría o en cualquier lugar y a cualquier hora sin necesidad para ello de una habilitación, sólo con el requerimiento de que fuera dentro de los límites que tiene la Ciudad de México (Distrito Federal), otorgándose tal acto matrimonial ante notario en escritura pública y dando aviso de ello el notario al encargado del Registro Civil correspondiente, para la expedición por parte de esa oficina del acta de matrimonio, en donde sólo diría como adicional el nombre del notario, su número de notaría y el número de escritura, por lo demás el acta de matrimonio expedida por el encargado del Registro Civil tiene que ser igual.

El divorcio ante notario público plantea una instrumentación diferente, ya que se antoja serían dos comparecencias, la primera para recibir la rogación correspondiente a su deseo de los dos cónyuges a divorciarse y la exhibición en esa comparecencia del acta de matrimonio, porque a ella se deberá de referir el notario cuando dé aviso al encargado del Registro Civil para que haga la anotación correspondiente en el acta de matrimonio. Por lo demás, será igual lo que hasta ahora se pide para que este tipo de divorcio proceda, es decir, la solicitud que sería en la primera comparecencia, que sean mayores de edad, que hayan liquidado la sociedad conyugal de bienes si están casados bajo ese régimen, que la cón-

yuge no esté embarazada, que no tengan hijos o estos ya fuesen mayores de edad, identificación oficial de los cónyuges y, como ya se dijo, el acta de matrimonio. Después y con fundamento en la primera diligencia o comparecencia, o instrumento público, se procederá a celebrar una segunda comparecencia en donde se dejará sin efectos el vínculo matrimonial hasta ahí existente y procederá el notario al correspondiente aviso a la oficina del Registro Civil para que levante el acta de divorcio, la cual será igual; sencillamente se tomará razón en la anotación que haga el encargado del Registro Civil en el acta de matrimonio y en el acta de divorcio que fue ante notario con el nombre del notario, número de la notaría, el día y mediante escritura pública, señalando su número.

Siendo el divorcio ante notario por la fe pública que éste tiene y la obligación de asesoría a las partes que nacen de su Ley, ya no sería necesario que los cónyuges contratasen a un abogado o procurador o la presencia de testigos, porque todo esto ya no se requeriría al ser ante notario.

Un fundamento, a nuestro juicio, para poder llevar a cabo ante notario un divorcio voluntario no contencioso o incluso de otro tipo sería la transacción.

Efectivamente la transacción es un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura (artículo 2944 del Código Civil para el Distrito Federal) de la mano con lo que dispone la ley del notariado su artículo 166 ya citado; el notario puede intervenir en todos aquellos actos en los que haya o no controversia judicial, siempre y cuando los interesados la soliciten, haga constar bajo su fe y asesoría los acuerdos, esto es, siguiendo a la Ley del Notariado que los interesados lleguen a un acuerdo sobre uno o varios puntos o sobre su totalidad.

Cuando es voluntario, cada uno tiene que ceder a las peticiones del otro con el fin de dejar sin efecto el matrimonio, y esto implica en el fondo un convenio transaccional, el cual pueden los particulares otorgar ante el notario.

Siendo los efectos de la transacción los equivalentes a una sentencia, ya que dichos efectos son de cosa juzgada, efectivamente la transacción tiene, respecto de las partes, la misma eficacia y autoridad que la cosa juzgada (artículo 2953 del Código Civil para el Distrito Federal). El aparente problema de ser nula la transacción (artículo 2950 fracción quinta del Código Civil para el Distrito Federal) es cuando verse sobre el derecho de recibir alimentos, aquí la transacción trataría no sobre el derecho sino la obligación del deudor alimentista, máxime que en esta ley (Código Civil con la reforma del dieciocho de agosto del 2011 artículos 35 y artículo 309)³⁴ están más asegurados contra los bienes del deudor, ya que se ad-

³⁴ Incluso la Ley Federal del Trabajo en su artículo 112 con relación en el artículo 110 fracción 5.^a señala que el salario del trabajador podrá ser embargado hasta un 30% para garantizar los alimentos.

mite actualmente el embargo sobre dichos bienes como medida precautoria para garantizar esta obligación.³⁵

La transacción pura o declarativa incluso cae en el supuesto, a nuestro juicio, totalmente de la jurisdicción voluntaria, ya que el artículo 2961 del Código Civil para el Distrito Federal entiende por ésta cuando no se transmiten sino que se declara o reconocen los derechos que son el objeto de las diferencias sobre las que recae.

Teniendo, como ya se dijo, el efecto de cosa juzgada, si alguno incumpliese el referido convenio transaccional iría al juez, pero ya no para un juicio, sino para pedirle al juez en vía de apremio la ejecución forzosa del convenio, como lo dispone el artículo 73 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal.

Estamos llegando al fin del presente trabajo, y con ello la propuesta en la metodología del trabajo jurídico y después de estudiar las fuentes históricas, reales y sustanciales a considerar se propone la adecuación, reforma, o adición a las normas jurídicas, esto es, a las fuentes formales en los términos siguientes:

Todos los artículos que se refieren al matrimonio o al divorcio y a los cuales ya se hizo mención en la parte de Derecho interno de este trabajo al comentar la pretendida iniciativa y su debate deben modificarse a efecto de que digan que es ante el juez del Registro Civil o ante notario, sin excluir uno al otro, y que sea el prestatario del servicio con su derecho de elección el que elija conforme a sus intereses ante quien tramitar el divorcio.

Deben en caso del artículo 267 del Código Civil para el Distrito Federal adecuarse en el divorcio voluntario (hoy judicial) que el notario como ya se comentó pueda llevarlo a cabo cuando los interesados estén de acuerdo en los términos del artículo 166, de la Ley del Notariado en vigor para el Distrito Federal, con la consecuente adición a dicho artículo 166 dándole la facultad expresa al notario para poderse otorgar ante él tanto matrimonios como divorcios con la salvedad de que operen ante notario aunque existan hijos menores de edad como en Cuba y Colombia.³⁶

Sin perjuicio de darle vista al Ministerio Público de ser necesario para el caso de los menores y sus intereses, y entonces quizás ahí sí tendría que separarse el divorcio del conocimiento del notario.

X. CONCLUSIONES

I. El notario es un profesional, entre otros, del Derecho Civil, el cual forma parte del Derecho Privado, no obstante que se encuentren en él Normas de Orden

³⁵ Los artículos 311 quáter 317 y 318 del Código Civil señalan la preferencia de los acreedores alimentarios así como las garantías.

³⁶ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Un "fantasma" recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial*, p. 227.

e Interés Público. Su competencia o atribuciones se encuentran en el derecho local, en este caso del Distrito Federal (hoy Ciudad de México).

II. El matrimonio es un contrato, un acto jurídico solemne que se encuentra regulado en forma sustantiva en el Código Civil y puede llevarse a cabo ante el notario, como operador del Derecho Privado, con las adecuaciones legales correspondientes, al ser el matrimonio en su desnaturalización ya no necesariamente considerado de orden e interés público. Asimismo, con las mencionadas adecuaciones legales, podrían llevarse ante notario no solamente matrimonios, sino también el reconocimiento de uniones de hecho, como el concubinato, y de Derecho, como las sociedades de convivencia.

III. El divorcio fue reconocido en la Ley del Divorcio Vincular y en la Ley sobre Relaciones Familiares en México (Ciudad). Respecto del divorcio denominado “administrativo” deberá quitársele en su expresión el calificativo de “administrativo” para el caso de que el notario pueda llevarlo a cabo. El fundamento del divorcio ante notario es el convenio o contrato de transacción, que ya su Ley del Notariado desde antes permite que se lleve a cabo ante él, por mutuo acuerdo, aunque haya controversia o contienda, siempre con el requisito de la rogación de las partes.

IV. La jurisdicción voluntaria es una actividad más bien de tipo administrativo, que se encomienda a órganos jurisdiccionales. La función de los malamente llamados “Jueces del Registro Civil” no es de tipo jurisdiccional, no son Jueces Civiles o Familiares; sino que su objeto solamente es la prestación de un servicio público. El notario es un auxiliar en la administración de justicia, pero nada le impide, por la colaboración de funciones, actuar como auxiliar de la función administrativa.

V. En el Derecho interno mexicano (Ciudad), no se han aprobado los supuestos del matrimonio y divorcio en sede notarial, más bien por falta de acuerdos políticos, que por problemas de fondo, pudiendo empezar a lograrse esos cambios en las legislaturas de los estados que conforman al país, con el antecedente del Derecho comparado, para que de esa manera el Distrito Federal lo reconsidere y no se quede a la zaga.

XI. RECOMENDACIONES

Se deberá proponer la iniciativa en el Distrito Federal a la Asamblea Legislativa, teniendo para ello el acercamiento previo y cabildeo con los distintos legisladores que la conforman, a fin de reconsiderarlas y que se proponga que las atribuciones del notario del Distrito Federal abarquen además el poder llevar a cabo ante su fe matrimonios, así como otras uniones de hecho y de Derecho.

Asimismo, dentro de la propuesta deberá incluirse al divorcio en principio voluntario y en su caso el convenio judicial voluntario ante notario. Haciendo incluso la misma labor en las demás legislaturas de los estados que conforman la República Mexicana, para que dicha propuesta se apruebe en dichas legislaturas y, una vez logrado esto, reintentar, de la mano con el Derecho Comparado, permear la iniciativa en el Distrito Federal para que se apruebe dicha reforma.

XII. BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA IMPRESA

- ADAME GODDARD, Jorge, *El Matrimonio civil en México 1859-2000*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Serie de Estudios Jurídicos, núm. 59, UNAM, México 2004.
- AGUILAR CARVAJAL, Leopoldo, *Segundo Curso de Derecho Civil*, Editorial Porrúa, México, 1967.
- ALARCÓN ZARAGOZA, Consuelo, *Comentarios al Artículo 130 constitucional*, Tesis de Grado de Maestría en Derecho, Universidad Iberoamericana, México, 2002.
- BECERRA BAUTISTA, José, *El Proceso Civil en México*, Editorial Porrúa, 6.ª ed., México, 1977.
- Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Editorial Espasa-Calpe, 18.ª ed., Madrid, 1956.
- DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, Jorge Alfredo, "Sociedad Conyugal y Separación de Bienes, Libertad de los Esposos para convenir su cambio", *Breviario*, núm. 14, coedición Editorial Porrúa y Colegio de Notarios del Distrito Federal, México, 2002.
- FLORES BARROETA, Benjamín, *Lecciones del Primer Curso de Derecho Civil*, edición privada Universidad Iberoamericana, México, 1965.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, 27.ª edición, revisada, México, 1977.
- LOZANO NORIEGA, Francisco, *Cuarto curso de Derecho Civil Contratos*, edición de la Asociación Nacional del Notariado Mexicano A. C., 5.ª ed., México, 1990.
- OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, Editorial Oxford, 12.ª reimpresión, México, 2010.
- PALLARES, Eduardo, *Diccionario de Derecho Procesal Civil*, Editorial Porrúa, 10.ª ed., México, 1977.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, *Derecho Notarial*, Editorial Porrúa, 12.ª ed., México, 2002.
- ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, Editorial Porrúa, 21.ª ed., México, 1986.
- SÁNCHEZ MEDAL, Ramón, *De los Contratos Civiles*, Editorial Porrúa, 18.ª ed., México, 2001.
- SOTO ÁLVAREZ, Clemente, *Introducción al estudio del Derecho y nociones de Derecho Civil*, Curso Gráfico, Editorial Limusa, 2.ª ed., México, 1980.

- SOTO SOBREYRA Y SILVA, Ignacio, "Capitulaciones matrimoniales", *Revista Mexicana de Derecho*, núm. 6, Colegio de Notarios del Distrito Federal, Editorial Porrúa, México, 2004, pp. 113-132.
- , *Teoría de la Norma Jurídica*. Editorial Porrúa, 3.ª ed., México, 2012.
- TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, Editorial Porrúa, 40.ª ed., México, 2011.
- , *Leyes Fundamentales de México 1808-1978*, Editorial Porrúa, 8.ª ed., México, 1978.
- VILLORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del Derecho*, Editorial Porrúa, 3.ª ed., México, 1978.

BIBLIOGRAFÍA ELECTRÓNICA

- ALZATE MONROY, Patricia, Matrimonio y divorcio ante notarios. 27/02/2014. www.amabogados.com/blog/matrimonio-y-divorcio-ante-notarios/5627/ (18/10/2014).
- "El divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial", *Revista IUS del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla A.C.*, Número 23. Pp. 214-262. Versión electrónica, www.icipuebla.com/revista/IUS23/IUS%2023IND.pdf (18/10/2014), www.icipuebla.com/revista.html (18/10/2014).
- SANTOS BELANDRO, Rubén B.; *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 97, ene.-jun. 2011. Pp. 163-184. Versión electrónica: <http://biblioteca.aeu.org.uy/digital/RAEU/090/097-1-163-184.pdf> (18/10/2014).
- VERA HERNÁNDEZ, Priscila. Diputada de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal VI Legislatura. Iniciativa de Reforma presentada a la VI Legislatura de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, publicada en la Gaceta Parlamentaria de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, el día 23 de octubre de dos mil doce, Número Quince, Año 01. Versión electrónica: www.aldf.gob.mx/archivo-1b31f7372cf24502f6d20f51a-55d572a.pdf (18/10/2014).

LEGISLACIÓN VIGENTE

- Código Civil Federal. Agenda Civil Federal, Editorial ISEF, México, 2013.
- Código Civil para el Distrito Federal, Editorial Andrade, México, 2014.
- Código de Procedimientos Civiles del Distrito Federal, Editorial Gallardo, México, 2014.
- Código Penal para el Distrito Federal. <http://www.aldf.gob.mx/archivo-3cc2ba51c58e-00b59fed07bc5ec3b1e9.pdf> (18/10/2014).
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Editorial Oxford, Sexta Edición Comentada, México, 2011.
- Ley de Amparo, 2014, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm> (18/10/2014)
- Ley del Notariado para el Distrito Federal, Editorial Andrade, México, 2014.
- Ley del Seguro Social, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/92.pdf> (18/10/2014).
- Ley Federal del Trabajo, 2014. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm> (18/10/2014).
- Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Porrúa, México, 2002.

LEGISLACIÓN ABROGADA

- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1870, Tip. de J. M. Aguilar Ortiz. 1.^a de Santo Domingo, núm. 5, México, 1875.
- Código Civil del Distrito Federal y Territorio de la Baja California de 1884, Imprenta de Don Francisco Díaz de León, México, 1884.
- Ley Sobre Relaciones Familiares de 1917, Editorial Andrade, México, 1980.

LEGISLACIÓN EXTRANJERA

- Código de Familia. Ley número 5476 de la República de Costa Rica. Asamblea Legislativa. 1995. www.iin.oea.org/badaj_v/docs/lcofcr74.htm (18/10/2014).
- Código de la Familia. Ley Número 1289 de la República de Cuba. 1975. www.cepal.org/oig/doc/cub_1975_ley_1289_codfamilia.pdf (18/10/2014).
- Ley del Notariado Plurinacional, Ley Número 483 del Estado Plurinacional de Bolivia. Asamblea Legislativa Plurinacional. 2014. www.notariosbolivia.com/leynotariado-plu.pdf (18/10/2014).
- Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria, República de Guatemala.
http://www.academianotarialamericana.org/base/leyes/guatemala/decreto54-77-tramitacion-jurisdiccional-voluntaria_guatemala.pdf (18/10/2014).