

MATRIMONIO Y DIVORCIO EN SEDE NOTARIAL

MARRIAGE AND DIVORCE IN THE NOTARIAL SEAT

IGNACIO SOTO SOBREYRA Y SILVA¹

RESUMEN: 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 público en donde éste ejerce sus funciones fedatarias.

PALABRAS CLAVE: *Matrimonio; divorcio; notario público; Código Civil; Registro Civil.*

ABSTRACT: The present work aims the study of marriage and divorce, as well as other unions which can be considered as one of the activities that may be granted with the faith of the Notary Public where it exerts its fedatarias functions.

KEYWORDS: *Marriage; Divorce; Notary Public; Civil Code; Civil Registry.*

SUMARIO: I. La forma de gobierno. II. Matrimonio. 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.

I. LA FORMA DE GOBIERNO

as 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.

De lo anterior se deduce que existen dos órdenes de Gobierno, uno Federal y otro Local; el primero se refiere a facultades expresas,

¹ Profesor de la Universidad Panamericana. Notario Público número 13 de la Ciudad de México.

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.

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”.²

Señalando Villoro Toranzo que el ámbito federal es el ámbito nacional de un Estado que tiene un Régimen Federal³ 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”;⁴ 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, el cual se divide para su ejercicio en el Legislativo, que hace las leyes bajo un sistema bicameral, el Ejecutivo que ejecuta y/o aplica esas leyes en la esfera que a él le compete, que es la administrativa, y la 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 Constitu-

² Cfr. VILORO TORANZO, Miguel, *Introducción al estudio del derecho*, 3ª ed., Porrúa, México, 1978.

³ *Ibidem*, p. 286.

⁴ *Ibidem*. pp. 290-291.

ción... 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.⁵

Asimismo los estados en base a su autonomía entendiendo ésta como la facultad que tienen las entidades de darse así 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,⁶ 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 del Distrito Federal.

II. MATRIMONIO

1. 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, más 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

⁵ Cfr. TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, 40ª ed., México, Porrúa, 1978.

⁶ Ya que señala el art. 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.

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, es que 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.

2. 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”.

3. 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.

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).

4. 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 1º 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...”,⁷ 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.

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 actos del estado

⁷ *Ibidem*, p. 697.

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

5. CÓDIGO CIVIL DE 1928

Si bien el código actual no define al matrimonio, como sí lo hizo inicialmente antes de la reforma, había varias disposiciones que lo abordaban como un contrato, lo cual era 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.

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. 35-39-102 del Código Civil para el Distrito Federal), adolecerá de falta de solemnidad.⁸

⁸ 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*, núm. 6, 2004, pp. 113-132.

III. EL DIVORCIO

El divorcio en México no siempre ha existido, ya que en nuestra ascendencia es la Iglesia Católica la cual 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 siendo 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. El divorcio es temporal y en ningún caso deja hábiles a las personas para contraer nuevo matrimonio, mientras viva alguno de los divorciados.⁹

Estableció solo 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 solo suspendía algunas obligaciones civiles que emanaban del matrimonio.

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.

⁹ Cfr. TENA RAMÍREZ, Felipe, *Leyes Fundamentales de México 1808-1978*, 8ª ed., México, Porrúa, 1978.

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 instituyó el 25 de mayo del año 2000, el divorcio por mutuo consentimiento administrativo ante el Oficial del Registro Civil.

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 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 solo 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, 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:

Artículo. 272.- Procede el divorcio administrativo cuando habiendo transcurrido un año o más de la celebración del matrimonio, ambos cónyuges convengan en divorciarse, sean mayores de edad, 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 las anotaciones correspondientes en el 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 Federación 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 2008y habrá entonces

que entender que este tipo de divorcio ya solo quedó en la norma sustantiva en el Código Civil para el Distrito Federal.

IV. EL REGISTRO CIVIL

Después de la conquista de México por los españoles, los registros fueron obra del clero católico, con el reconocimiento de las leyes civiles así 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.

Los Jueces del Registro Civil asentarán en formas especiales que se denominan formas del Registro Civil las actas antes mencionadas las cuales solo se pueden asentar en dichas formas ya que si no, 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 si 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 estos funcionarios los llama la “ley jueces” que 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 me-

nos jurisdiccional o legislativa; su objeto es solo 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”,¹⁰ en otras palabras es el decir del Derecho.

Dice el artículo 893 del Código de Procedimientos Civiles para Distrito Federal: “...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 Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal señala en su artículo segundo 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°. - el Registro Civil ... 6°. Los albaceas, interventores, depositarios, tutores, curadores y notarios, en las funciones que les encomienden las leyes correspondientes.

¹⁰ BECERRA BAUTISTA, José, *El Proceso Civil en México*, 6ª ed., México, Porrúa, 1977, p. 5.

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”.¹¹

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”.¹²

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.

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 referen-

¹¹ *Ibidem*, p. 450.

¹² OVALLE FAVELA, José, *Derecho Procesal Civil*, México, Editorial Oxford, 2010, p. 418.

cia esos ordenamientos para integrar a la legislación en México, (ciudad) 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, 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. 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 paterno filiales, 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° 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 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 5° 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.

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 Español, 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.

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 quizás 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, el cual fue acogido en nuestra legislación el 25 de mayo de 2000.

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, a 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 política, 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).

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 cuarenta y cinco de su ley, integrado dicho artículo por once sendas fracciones que le señalan expresamente lo que tiene prohibido y en donde no se encuentra prohibido la de 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 deben 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 Lengua Española 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”.¹³ Para el notario su empleo funciones-atribuciones derivan de su Ley la cual en ningún

¹³ *Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española*, Madrid, Espasa-Calpe, 1956, 147.

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 aun 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.¹⁴ 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 heteromonia.¹⁵

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 art. 272 del Código Civil para el Distrito Federal 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 en la legislación vigente y tratándose de la celebración y modificación de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad conyugal artículo 166 fracción tercera inciso d) de la Ley del Notariado para el Dis-

¹⁴ Cf. SOTO SOBREYRA Y SILVA, Ignacio, *Teoría de la Norma Jurídica*, 3ª ed., México, Porrúa, 2012.

¹⁵ 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 5º. fracción segunda como autoridad la que dicta ordena, ejecuta, o trata de 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 esta fracciones cuyas funciones estén determinadas por una norma general.

trito Federal, 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.

Todo lo anterior debió de haber bastado para motivar al legislador para aprobar la iniciativa, claro con las adecuaciones y correcciones necesarias para que México (ciudad) 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 México (ciudad), 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 México (ciudad) 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 y simplemente a manera de ejemplo tenemos al matrimonio entre personas del mismo sexo (artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal);¹⁶ la interrupción del embarazo antes de las 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 embar-

¹⁶ 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.

go 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.

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, esto último 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 y 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, entendiendo 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 si interviene esa voluntad, dispositivas las que a su vez se subdividen en supletivas e interpretativas de la voluntad del particular.¹⁷

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 concubinarios y por lo mismo como instituciones

¹⁷ Cfr. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al Estudio del Derecho*, 26^a ed., México, Porrúa, 1977, pp. 92-94.

tenemos al parentesco, a los alimentos, al matrimonio, al divorcio y a la filiación.¹⁸

El matrimonio ha dejado de ser por definición 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, 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 art. 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.

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 capacidad que es la aptitud de ser sujeto de derechos y obligaciones (para algunos ello constituye la legitimación) la ausencia de vicios del consentimiento, o sea que no exista error, temor que genere la violencia y en los contratos conmutativos

¹⁸ Cfr. ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Compendio de Derecho Civil*, 21^a ed., México, Porrúa, 1986.

que no exista lesión, asimismo el fin debe de ser lícito, o sea 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 por que 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 solo aplica para actos no para contratos y que en 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.

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:

[...] 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 solo 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 va a haber 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 solo 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”,¹⁹ en este caso por la Ciudad de México, por el Distrito Fe-

¹⁹ 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.

deral una de las ciudades más grandes del mundo con problemas también de ese tamaño.

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 2009) 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.

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 recíprocos²⁰; 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 treinta y uno 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.

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

²⁰ 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 SANTOS BELANDRO, Rubén B., *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, t. 97, enero-junio. 2011, pp. 163-184. Consultado el 18 de octubre de 2014 en: <http://biblioteca.aeu.org.uy/digital/RAEU/090/097-1-163-184.pdf>

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 ya se señaló que tienen que haber transcurrido 2 años como mínimo o haber tenido hijos en ese inter.

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 registros Civil y de la Propiedad 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.

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 considera 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.²¹

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.

La actuación notarial es muy variada pues podrá a manera de ejemplo reconocerse hijos en escritura pública, cambiar, modificar

²¹ *Idem.* Debate.

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 con la reforma al artículo 146 del Código Civil para el Distrito Federal, el matrimonio 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 en México (ciudad) efectivamente proponer quitarle la designación de “administrativo” al divorcio voluntario no contencioso ya que eso lo limita y lo confunde.

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.

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, solo 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 solo 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 sería 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, ósea 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 cónyuge 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 le 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 V 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)²² están más asegurados contra los bienes del deudor ya que se admite actualmente el embargo sobre dichos bienes como medida precautoria para garantizar esta obligación.²³

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.

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 e interés público. Su competencia o atribuciones se encuentran en el derecho local, en este caso del Distrito Federal.

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. Así mismo, con las mencionadas adecuaciones legales, podrían llevarse ante notario, no solamente matri-

²² Incluso la Ley Federal del Trabajo en su artículo 112 con relación en el artículo 110 fracción 5ª. Señala que el salario del trabajador podrá ser embargado hasta un 30% para garantizar los alimentos.

²³ Los artículos 311 quáter 317 y 318 del Código Civil señalan la preferencia de los acreedores alimentarios así como las garantías.

monios, sino también el reconocimiento de uniones de hecho como el concubinato, y de derecho como las sociedades de convivencia.

III. El divorcio fue reconocido hasta la Ley Sobre Relaciones Familiares en México (Ciudad); y el divorcio denominado “administrativo” hasta el 25 de mayo del año 2000. Deberá quitársele en su expresión el calificativo de “administrativo” al divorcio, para el caso de que el notario lo pueda llevar 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.



HISTORIA DEL DERECHO

HISTORY OF LAW



