

Normativa familiar y función pública notarial

Dra. Ana Aracely Henríquez Domínguez

Abogada y Notaria. Dra. en Jurisprudencia y Ciencias Sociales (UES). Profesionista especializada en procesos de familia. Ex Presidenta de la Asociación Salvadoreña de Derecho de Familia (ASADEFAM).

Escribo estas líneas para sintetizar la relación entre la Normativa Familiar y el Derecho Notarial, con la finalidad de brindar un pequeño aporte de estructuración del conocimiento de ambas materias jurídicas, tratando de aproximarme al objetivo trazado, hago referencia a instituciones trascendentes de la vida de muchas personas, con la plena conciencia de que la realidad rebasa a las leyes, y desde luego mi humilde propósito.

El Derecho de Familia y la Función Pública Notarial.

El objeto del Código de Familia, conforme al Artículo 1 dicta: *“El presente Código establece el régimen jurídico de la familia, de los menores y de las personas adultas mayores y consecuentemente, regula las relaciones de sus miembros y de éstos con la sociedad y con las entidades estatales”* (Art. 1 inciso 1º, Código de Familia) Ref. D. L. No. 811 de fecha 6 de Enero de 2000. D.O. No. 31 Tomo 346 del 14 de Febrero de 2000.

La Familia es el grupo social permanente, constituido por el matrimonio, la unión no matrimonial o el parentesco (Art. 2 Código de Familia).

Las disposiciones antes dichas tienen su fundamento constitucional en los

Artículos 32 y 33 de la Constitución, en los que se dicta que la familia es la base fundamental de la sociedad y tendrá la protección del Estado, quien dictará la legislación necesaria y creará los organismos y servicios apropiados para su integración, bienestar y desarrollo social, cultural y económico.

De la Función Notarial

La función notarial es una función pública. En consecuencia el notario es un delegado del estado que da fe de los actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen y de otras actuaciones en que personalmente intervenga, todo de conformidad con la ley (Art. 1 Ley de Notariado).

Los instrumentos notariales o instrumentos públicos son: escritura matriz, que es la que se asienta en el protocolo; escritura pública o testimonio,



que es aquélla en que se reproduce la escritura matriz; y actas notariales, que son las que no se asientan en el protocolo (Arts. 50, 51 y 52 Ley de Notariado).

Dicho lo anterior, es necesario expresar que muchos actos jurídicos del Código de Familia guardan una relación necesaria con la Ley de Notariado, a vía de ejemplo: el matrimonio, los poderes, el divorcio por mutuo consentimiento, la modificación del convenio de divorcio, la pensión compensatoria, el divorcio decretado en el extranjero, el reconocimiento voluntario de paternidad y/o maternidad, el estado familiar, la delegación de cuidado personal, asignaciones alimenticias voluntarias, tutela testamentaria, y muchos otros actos más.

De la Celebración del Matrimonio

Para clarificar la enumeración ejemplificativa veamos el caso relativo al matrimonio. De conformidad al Código de Familia, dentro de los actos previos a la celebración del matrimonio, está la elaboración del Acta Prematrimonial, que es el documento en que las personas que pretendan contraer matrimonio manifiestan al Notario, sobre su intención de contraerlo, quien formula Declaración



Jurada en la que los contrayentes expresan que no tienen impedimentos legales y que no están sujetos a prohibición alguna. En dicha acta deben consignarse los datos del nombre, edad, estado familiar, nacionalidad, profesión u oficio, domicilio o lugar de nacimiento de cada uno de los contrayentes, así como el nombre, profesión u oficio o domicilio de sus padres, el régimen patrimonial que hubieren acordado, el apellido que usará la mujer al casarse, y en su caso, los nombres de los hijos que reconocerán en el acto del matrimonio. Si el notario se cerciora de que no se contraviene prohibición alguna, procederá de inmediato a celebrar el matrimonio o acordará con los interesados el lugar, día y hora para ello, consignándolo en el acta prematrimonial (Art. 21 Código de Familia en relación a los Arts. 50 incisos 1° y 2°, 51 y 52 de la Ley de Notariado).

En el acto de la celebración del matrimonio, que es público, el notario autorizante expresara las solemnidades que dicho acto jurídico requiere, haciéndoles saber a los contrayentes y testigos el objeto de la reunión, explicándole la igualdad de derechos y deberes de los cónyuges y de la responsabilidad para con los hijos, exhortándoles a conservar la unidad de la familia y leyéndoles las disposiciones legales que el Código de Familia establece en el Art. 27 inc. 1° Código de Familia.

Todo lo actuado se consignará en la escritura que formalizara el notario y este instrumento deberá firmarse por los cónyuges, los testigos y el notario respectivo. El notario deberá entregar a los contrayentes el testimonio de la escritura pública del caso y deberá remitir en el término de quince días hábiles siguientes a la celebración

del matrimonio, al encargado del Registro del Estado Familiar del lugar en que se celebró el acto jurídico en mención, el testimonio de la escritura antes mencionado, para que asiente de inmediato la partida de matrimonio, inscriba el régimen patrimonial acordado o el que legalmente corresponda, el apellido que usará la mujer y reconocimiento de los hijos procreados en común; y haga las anotaciones marginales correspondientes si ahí se encuentran asentadas las partidas de nacimiento de los contrayentes. Si éstas estuvieren asentadas en otro Registro del Estado Familiar, deberá remitir dentro del plazo antes dicho, testimonio para que practique la anotación marginal (Arts. 28 y 29 Código de Familia).

Una situación peculiar que no podemos dejar de señalar es, que el matrimonio puede celebrarse por medio de apoderado con poder especial, otorgado en escritura pública, con los requisitos especificados en el inciso primero del Art. 30 del Código de Familia; guardando la debida relación con lo estipulado en el Art. 69 del Código Procesal Civil y Mercantil, especialmente en lo que atañe a la literalidad de las facultades concedidas al apoderado.

Si los contrayentes o alguno de ellos no comprendieren el idioma castellano, el notario deberá asistirse de un intérprete para la celebración del matrimonio y para los actos previos al mismo, consignándose en la escritura matriz lo que exprese en castellano el intérprete. Si el notario y los testigos entienden el idioma del contrayente, podrá prescindirse del intérprete, a no ser que el contrayente prefiera que lo haya. El contrayente formulará en su propio idioma una minuta de lo que exprese al

notario, la cual deberá ser traducida por el contrayente respectivo o el intérprete en su caso (Art. 33 Código de Familia).

Cuando uno de los contrayentes sólo pudieren darse a entender por lenguaje especializado, deberá intervenir, para asistirlos en los actos del matrimonio, una persona que le entienda, y la interpretación de lo que exprese, el contrayente deberá consignarse bajo juramento en una minuta, que deberá ser firmada por el notario, el contrayente y el intérprete si lo hubiere (Art. 33 Código de Familia).

Del Régimen Patrimonial del Matrimonio

Las normas que regulan las relaciones económicas de los cónyuges entre sí y con terceros, constituyen el régimen patrimonial del matrimonio, los cuales pueden ser:

- Separación de bienes.
- Participación en las ganancias.
- Comunidad diferida.
- Formulación de otro régimen patrimonial diferente, pero que no contraría las disposiciones del Código de Familia.
- Subsidiariamente si los cónyuges no optan por ninguno de los regímenes antes dichos, operara el de comunidad diferida.

Los cónyuges pueden por convenio entre ellos, modificar o sustituir el régimen patrimonial optado o el supletorio, el cual tendrá efecto inmediato entre ellos a partir del otorgamiento de la escritura respectiva, pero frente a terceros desde la inscripción en el Registro correspondiente (Arts. 40 al 44 del Código de Familia, Arts.

44 y 45 de la Ley Transitoria del Registro del Estado Familiar y de los Regímenes Patrimoniales del Matrimonio).

De la Protección para la vivienda familiar

Cualquiera que sea el régimen patrimonial optado, puede constituirse el derecho de habitación para el grupo familiar en un determinado inmueble, o en una parte del mismo, si fuere de fácil división, mediante escritura pública que deberá ser inscrita en el Registro de la Propiedad Raíz e Hipotecas correspondiente. Si el inmueble destinado para el uso de la vivienda familiar estuviere gravado, la constitución del derecho de habitación surtirá efecto, pero se respetarán los derechos y privilegios derivados de los gravámenes que afecten el inmueble, siempre que estén inscritos en el Registro correspondiente, o presentados para ello, incluyendo cuando se trate de una anotación preventiva. La sustitución del inmueble afectado, también deberá efectuarse por mutuo acuerdo de los cónyuges, y otorgado en escritura pública, que deberá inscribirse registralmente (Art. 46 Código de Familia, reformado por D.L. No. 766 del 23 de junio de 2011, D.O. No. 20 Tomo 136 del 20 de julio de 2011).



De las Capitulaciones matrimoniales

Son capitulaciones matrimoniales los convenios celebrados para determinar, modificar o sustituir el régimen patrimonial del matrimonio., inclusive la constitución del derecho de habitación sobre un determinado inmueble y las situaciones jurídicas previstas en el Artículo 46 del Código de Familia. (D.L. No. 843 del 26 de marzo de 2009, D.O. No. 76 Tomo 383 del 28 de octubre de 2009). Estos convenios podrán celebrarse antes o después de contraerse el matrimonio y no podrán contener disposiciones contrarias al Código de Familia y demás leyes de la República. Las capitulaciones matrimoniales deberán otorgarse en escritura pública cuando sea un notario el funcionario autorizante de las mismas. Podrán celebrarse por medio de apoderado con Poder Especial, otorgado en escritura pública, en la que deben constar las cláusulas que regulan el régimen patrimonial del matrimonio (Arts. 84, 85 y 89 del Código de Familia).

Del Divorcio.

El divorcio es la disolución del vínculo matrimonial decretado por el Juez(a) competente (Art. 105 Código de Familia). Los motivos para decretarlo son:

1. Por mutuo consentimiento de los cónyuges.
2. Por separación de los cónyuges durante uno o más años consecutivos;
3. Por ser intolerable la vida en común entre los cónyuges.

Los cónyuges que pretendan divorciarse por mutuo consentimiento, deben suscribir un convenio que contendrá



las cláusulas relativas a las relaciones personales (Art. 36 Código de Familia) y a las relaciones patrimoniales o económicas de aquellos (Art. 40 Código de Familia), en escritura pública otorgada ante notario, cuyo testimonio será uno de los documentos con que se acreditará en las diligencias de divorcio respectivo, los acuerdos que deberán ser calificados por el Juez(a), para la aprobación respectiva, caso de no vulnerar los derechos de los cónyuges y de los hijos, reconocidos en el Código de Familia (Art. 109 Código de Familia). De lo contrario el Aplicador(a), podrá ordenar que se verifiquen las modificaciones procedentes en un nuevo convenio, que sea justo y legal.

También puede modificarse el convenio, después de quedar ejecutoriada la Sentencia de Divorcio, si ocurriere alteración sustancial de las circunstancias bajo las cuales fue aprobado el convenio (Art. 110 Código de Familia). Esta modificación podrá consignarse en otro convenio otorgado en la misma forma que el original, previa aprobación del Juez(a); siguiéndose los trámites que prescribe el artículo 109 del Código de Familia.



El divorcio por mutuo consentimiento también puede decretarse en el extranjero, para aquellas personas que se hubiesen casado conforme a las Leyes Salvadoreñas, pero sólo producirá efectos en El Salvador, cuando se decrete por el motivo o causal semejante a la que el Código de Familia reconoce. Para ello deberán seguirse diligencias de jurisdicción voluntaria, a efecto de obtener el exequátur respectivo, a tenor del Artículo 51 de la Ley Orgánica Judicial, atribución décimo tercera de la Corte Plena de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador, que a la letra dice “conceder el exequátur correspondiente a las sentencias pronunciadas por tribunales extranjeros y eficacia extraterritorial a las resoluciones de dichos tribunales, en actos de jurisdicción voluntaria...”.

De la Pensión Compensatoria.

Cuando el divorcio produjere a uno de los cónyuges desequilibrio que implique una desmejora sensible en su situación económica, en comparación con la que tenía dentro del matrimonio, tendrá derecho a reclamar una pensión compensatoria, la cual se pagará en dinero y se fijará en la sentencia de divorcio, de conformidad a las pruebas que se hubieren producido (Art. 113 Código de Familia).

El pago para extinguir la pensión compensatoria puede establecerse mediante la entrega (transferencia) de bienes, constitución de derecho de usufructo, uso o habitación sobre determinados bienes; o entrega de una suma total de dinero, en efectivo al acreedor de aquélla, si así lo acordaren los interesados. De conformidad a

los artículos 651 y siguientes, 667 y siguientes, 769 y siguientes y 813 y siguientes del Código Civil. Entre las formalidades para otorgar los actos jurídicos antes mencionados, figura el formalizar una escritura pública ante un notario, con los requisitos que establece el Artículo 32 de la Ley de Notariado en relación al Artículo 56 de la Ley Procesal de Familia.

Del Reconocimiento Voluntario de Paternidad y/o Maternidad.

De conformidad a los Artículos 143 y 159 del Código de Familia, la paternidad y/o maternidad de un hijo puede verificarse de forma voluntaria, entre otros casos, los siguientes:

- En la escritura pública de matrimonio.
- En escritura pública, aunque el reconocimiento no sea el objeto principal del instrumento.
- En escritura pública en que se otorgue testamento.

Tanto el reconocimiento forzoso de paternidad y/o maternidad puede concretarse en declaración otorgada en escritura pública, por el padre o la madre.

Del Cuidado Personal de los Hijos:

Cuando los hijos de familia no hubieren cumplido su mayoría de edad, o cumplida fueren judicialmente declarados incapaces, podrán sus progenitores delegar el cuidado personal de los mismos por una situación de grave urgencia, de común acuerdo, confiándolo a persona de su confianza y sin que por tal motivo, desatiendan sus



deberes paternos. Esta facultad la tiene el padre o la madre que ejerza de manera exclusiva el cuidado personal del hijo o la hija.

El acuerdo sobre delegación de cuidado personal de los hijos sujetos a autoridad parental, deberá constar en instrumento público, es decir, en escritura otorgada voluntariamente ante notario (Art. 216 Código de Familia) y deberá homologarse judicialmente para que surta efectos frente a terceros.

De las Asignaciones Alimenticias Voluntarias.

Cualquiera de los progenitores o ambos pueden acordar de común acuerdo, en escritura pública y/o en documento privado autenticado notarialmente, la cuota alimenticia que de conformidad al Artículo 247 Código de Familia, cubra los diferentes rubros que den satisfacción a las necesidades de sus hijos menores de edad, o de aquellos que habiendo cumplido la mayoría de edad continúen

estudiando con provecho, tanto en tiempo y rendimiento, como lo establece el Art. 211 Código de Familia, hasta que concluyan sus estudios o hayan adquirido profesión u oficio. Posteriormente deberá homologarse judicialmente el documento que contenga la declaración de voluntad de los padres de familia de que se trate, a efecto de que surta efectos contra terceros.

De la Tutela.

La tutela o guarda es un cargo impuesto a ciertas personas a favor de los menores de edad, o incapaces no sometidos a autoridad parental, para la protección y cuidado de su persona y bienes, y para representarlo legalmente (Art. 272 Código de Familia). La tutela de conformidad a la normativa familiar puede ser testamentaria, legítima y dativa (Art. 274 Código de Familia). Pero es en la tutela testamentaria en donde tenemos la intervención directa

de un notario, al otorgarse el testamento en que figure el nombramiento del o de los tutores nombrados por el causante. De igual manera puede nombrar el testador administrador de los bienes que herede o legue a menores de edad o incapaces, con la condición de que sean administrados por la persona designada para tal cargo (Art. 281 Código de Familia en relación al Art. 996 del Código Civil y Art. 40 Ley de Notariado).

Actas Notariales, Reconocimientos de Documentos Privados, Auténticas y Protocolizaciones.

El Artículo 50 de la Ley de Notariado, establece que:

““El notario levantará actas de los hechos que presencie o que personalmente ejecute o compruebe, cuando interponga sus oficios por disposición de la ley o a requerimientos de los interesados.



Las actas notariales se referirán exclusivamente a hechos que por su índole no puedan calificarse como contratos; no se asentarán en el protocolo y cuando se refieran a actuaciones que la ley encomienda al notario, tendrán el valor de instrumento público. En los demás casos tendrán en valor que las leyes determinen.

Se extenderá acta notarial cuando la ley lo exija o permita. . . ""

Para mayor comprensión de la relación de esta disposición y la normativa familiar, citamos a vía de ejemplo de actas notariales en que el notario las levanta por hechos que presencie, tenemos el caso de que el padre o la madre a quien no se hubiere confiado el cuidado personal del hijo(a), no quiera entregarlo después de un régimen de visitas, a quien goza del cuidado de aquél (Artículo 177 de la Ley Procesal de Familia). El notario levantará acta de hechos que personalmente ejecute o compruebe. Para el caso en que haya sido otorgado un Poder Judicial y posteriormente el poderdante le solicite que lo sustituya o delegue el Poder en otro abogado, el apoderado originalmente nombrado, levantará acta notarial para tal efecto, pudiendo actuar por sí y ante sí.

No debe olvidarse que las actas notariales cuando la ley lo exige, por ejemplo: el acta prematrimonial tienen el valor de instrumento público y que en los otros casos, tendrán el valor que la ley respectiva les asigne,

Actas Notariales relativas al Reconocimiento de Documentos Privados.

Cualquier persona puede comparecer ante notario para dar valor de ins-

trumento público a los documentos privados de obligación, de descargo o de cualquier otra clase que hubiere otorgado. En estos casos el notario levanta el acta notarial, a continuación del instrumento que se le presente, o en hojas separadas, pero dicha acta deberá contener las formalidades de los instrumentos públicos, consignándose las cláusulas esenciales del documento que se le presenta, y dando fe que la(s) firma(s) puestas al pie de la misma, corresponden a la persona(s) que lo suscribió a su presencia, o que la reconoce ante él, si hubiese sido puesta antes.

Los documentos privados reconocidos en la forma anterior, hacen fe, pero su fecha no se contará respecto de terceros sino desde que se otorgó el acta respectiva (Artículo 1574 del Código Civil).

Hay casos como los Convenios de Divorcio por Mutuo Consentimiento y las Transacciones Extrajudiciales otorgadas por las partes que intervienen en un proceso de familia, que los formulan como documento privado y posteriormente, concurren ante un notario, para el reconocimiento de sus firmas, las obligaciones consignadas y en general del contenido del mismo (Artículos 51 y 52 de la Ley de Notariado, Artículos 84, 85 y 204 de la Ley Procesal de Familia).

De las Auténticas de firma que calzan los documentos

Las firmas puestas por los interesados, en correspondencia particular, solicitudes, memoriales y escritos de toda clase, podrán ser autenticadas por notario, mediante una razón en que este



funcionario, dé fe del conocimiento o identidad del otorgante, y de la autenticidad de la firma; así como de la indicación del lugar y la fecha en que se extiende y que será firmada y sellada por el notario (Art. 54 Ley de Notariado).

En materia familiar, es importante esta legalización de firma, entre otros, para los casos siguientes: a) Cuando el Poder para intervenir en un proceso de familia, sea mediante Poder Específico, otorgado en escrito firmado por la(s) parte(s) y dirigido al Juez respectivo (Artículos 10 y 11 de la Ley Procesal de Familia); b) Cobra relevancia la auténtica de firma de que se trata, cuando en el Juicio se pretenden alimentos, y que por ley debe anexarse una declaración jurada de ingresos y egresos del demandante y del demandado (Artículos 42 y 46 de la Ley Procesal de Familia); y c) Otorgamiento de Permisos Migratorios que firman el padre y la madre, para que su hijo(a) pueda salir del país (Art. 44 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia).

De las Protocolizaciones de Documentos

El Artículo 55 de la Ley de Notariado, expone los documentos que pueden protocolizarse ante notario, enumerando los siguientes: 1º) Los documentos públicos o auténticos; 2º) Los documentos o diligencias cuya protocolización se ordene por ley o por resolución de tribunal competente. En estos casos el notario actuará por sí y ante sí; 3º) Los documentos y otros papeles de carácter privado con firmas previamente legalizadas, para lo cual bastará la comparecencia de la persona a cuyo favor se otorgó o estuviere

dirigido; 4º) Los documentos o papeles privados sin legalización de firma, concurriendo todos lo que los que lo suscriben.

Las protocolizaciones se harán con las formalidades de los instrumentos públicos, transcribiendo íntegramente el documento de que se trata, y haciendo constar la conformidad de la transcripción con el original.

Protocolizado un documento, se devolverá al interesado con una razón firmada y sellada por el notario, en la que indicará el número del instrumento, folios y libro en que se hizo la protocolización y su fecha.

Como ejemplo de este caso, podemos citar las diligencias proseguidas de conformidad a la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y de otras Diligencias, en casos como; a) Errores de fondo y omisiones no subsanadas en tiempo, de que adolecieren las inscripciones del Registro del Estado Familiar; y b) La omisión y destrucción de inscripciones de un estado familiar (Artículos 193 y 197 del Código de Familia).

Conclusión

La finalidad de estas inquietudes se orienta a la valoración de la prueba en materia familiar, a tenor del Artículo 56 de la Ley Procesal de Familia, que literalmente dicta: *“Las pruebas se apreciarán por el Juez según las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de la solemnidad instrumental que la Ley establezca para la existencia o validez de ciertos actos o contratos.”* (los subrayados son míos).