

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA FORMA DEL OTORGAMIENTO DE LOS
TESTAMENTOS CERRADOS Y LO INOPERANTE DE SU FIGURA**

ESTEFANÍA DUARTE LIQUEZ

GUATEMALA, AGOSTO DE 2013.

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA FORMA DEL OTORGAMIENTO DE LOS
TESTAMENTOS CERRADOS Y LO INOPERANTE DE SU FIGURA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

ESTEFANÍA DUARTE LIQUEZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, Agosto de 2013.

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL I: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luis Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Víctor Andrés Marroquín Mijangos
VOCAL V: Br. Rocael López González
SECRETARIA: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Carlos Enrique Aguirre Ramos
Vocal: Lic. Héctor René Granados Figueroa
Secretario: Lic. Emilio Gutiérrez Cambranes

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Dixon Díaz Mendoza
Vocal: Licda. Blanca Chocochic Ramos
Secretario: Lic. Héctor David España Pinetta

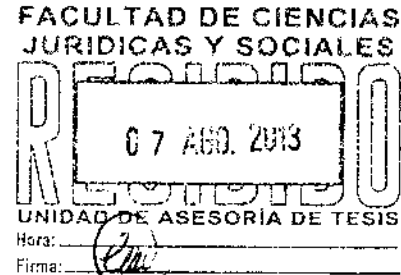
RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Exámen General Público).



Lic. Estuardo Castellanos Venegas
Abogado y Notario
3ª avenida 14-43 zona 1, Guatemala.
Teléfono: 2230-4830

Guatemala, 02 de agosto de 2013.

Doctor
Bonerge Mejía Orellana
Jefe de la Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala



Estimado Doctor Mejía:

En cumplimiento y atención a la providencia de fecha diecinueve de julio del año dos mil trece, procedí a asesorar el trabajo de la tesis de la Bachiller Estefanía Duarte Liquez, intitulado: "Análisis Jurídico sobre la forma del otorgamiento de los testamentos cerrados y lo inoperante de su figura".

Con la bachiller Duarte Liquez, sostuvimos varias sesiones de trabajo, durante las cuales se realizaron varios cambios y sugerencias pertinentes con el objeto de perfeccionarlo que fueron aceptadas por la bachiller; por lo que dictamino:

1. El contenido científico y técnico de la tesis es el adecuado y para su obtención, la sustentante aplicó la realidad social, la doctrina y legislación adecuada relativa a los testamentos cerrados, redactándola de forma clara, y utilizando un lenguaje jurídico correcto; desarrollando de manera sucesiva los distintos pasos del proceso de investigación.
2. Los métodos de investigación empleados, consistieron en: a) analítico, con el que se señaló la importancia y relevancia de la figura jurídica del Testamento Cerrado y la relación que tiene el notario con la misma; b) sintético, al dar a conocer los efectos del otorgamiento de los testamentos cerrados al no observarse las formalidades que establece la legislación civil y notarial, así como la inoperancia de dicha figura en nuestro país; c) inductivo, al señalar la naturaleza jurídica, clasificación y características de los instrumentos públicos y específicamente del testamento cerrado; d) deductivo, al dar a conocer la regulación legal aplicable y la necesidad de su modificación. Las técnicas de investigación utilizadas fueron: ficha bibliográfica de autores nacionales y extranjeros así como estudios de legislación, con las cuales, a mi juicio, se recolectó la información suficiente.

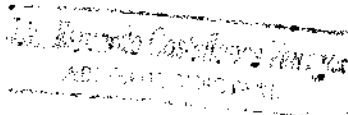


3. La redacción empleada se ajusta perfectamente al desarrollo de la tesis. La hipótesis comprobó la inadecuada regulación del otorgamiento de testamentos cerrados, la evidente vulneración del principio de la fe pública notarial y la inoperancia de esta figura en Guatemala.
4. Como consecuencia de la adecuada investigación, el contenido técnico y científico de la tesis señala los inconvenientes que se generan por la manera en que el legislador reguló el otorgamiento de los testamentos cerrados dentro del Código Civil, lo cual genera la posible invalidez de los mismos y su poca utilización.
5. Las conclusiones y recomendaciones fueron redactadas de manera sencilla, y permiten conocer las causas de la inseguridad que se genera en el testador al otorgar testamento cerrado y evidencian la necesidad de una reforma a las normas legales que rigen la figura jurídica del testamento cerrado y su promoción para incrementar la utilización del mismo dentro de la sociedad guatemalteca.
6. La bibliografía utilizada es la justificativa y apropiada para el trabajo de investigación.
7. La tesis contribuye de manera científica a la sociedad guatemalteca y es de útil consulta para profesionales y estudiantes. Y en la misma, la ponente señala un amplio contenido relacionado con las normas legales que rigen la figura jurídica del Testamento Cerrado en Guatemala.

La tesis desarrollada por la sustentante cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, razón por la cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, a efecto de que, el mismo, le permita continuar con el trámite correspondiente para su posterior evaluación por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular me suscribo, atentamente.


Lic. Estuardo Castellanos Venegas
ASESOR DE TESIS
Colegiado 7,706


Lic. Estuardo Castellanos Venegas
ABOGADO EN EJERCICIO



USAC

TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7 Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

Handwritten initials

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala. 12 de agosto de 2013.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante ESTEFANÍA DUARTE LIQUEZ, titulado ANÁLISIS JURÍDICO SOBRE LA FORMA DEL OTORGAMIENTO DE LOS TESTAMENTOS CERRADOS Y LO INOPERANTE DE SU FIGURA. Artículos: 31 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

BAMO:slh.

Handwritten signature

Handwritten signature
Lic. Avidán Ortiz Orellana
DECANO





DEDICATORIA

- A DIOS Y A LA VIRGEN MARÍA:** Por amarme, iluminarme y guiarme cada día a lo largo de mi vida, dándome fuerzas en los momentos difíciles, oscuros y de debilidad, y por darme la sabiduría y coraje para superar los obstáculos que se me presentan y determinación para alcanzar esta meta tan añorada por mí y mi familia.
- A MIS PADRES:** Por su apoyo y amor incondicional, por sus sabios sermones y consejos, por estar a mi lado en todo momento, guiándome en el camino correcto, enseñándome con su entrega y ejemplo a ser mejor persona cada día.
- A MI HERMANA Y SOBRINO:** Por su amor y apoyo en cada etapa de mi vida, por brindarme su ayuda cuando la necesito, por creer y confiar en mí, por los lindos momentos compartidos, y por los no tan lindos también, porque estos han sido lecciones aprendidas.
- A MI FAMILIA:** Por siempre mostrarme su cariño, por estar presentes cuando los necesito, por alegrarse por mis logros y por impulsarme a seguir luchando por alcanzar mis metas.



A MIS MEJORES AMIGOS:

Muchas gracias por formar parte de mi vida, por convertirse en mi familia, por ayudarme a levantarme cuando caigo, por darme ánimos cuando no me encuentro del todo bien, por cada uno de los momentos compartidos y por celebrar conmigo mis triunfos y éxitos. Cada uno es muy especial para mí.

A MIS CATEDRÁTICOS:

Por su tiempo, paciencia, dedicación y entrega, por compartir sus conocimientos, anécdotas y experiencia profesional y por ayudar a formarnos como personas de bien y profesionales.

**A LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES:**

Por acogerme en sus aulas, ayudarme a crecer y madurar en el ámbito personal y profesional, y por ser el lugar en el que conocí excelentes personas que dejaron un poco de sí en mí y que llevo en el corazón.

**A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA:**

Por ser mi segunda casa durante todos estos años, casa que me dio las herramientas y estudios para convertirme en una profesional y que me enseñó que es un deber luchar y esforzarse por conseguir lo que uno quiere.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	(i)

CAPÍTULO I

1. Fe pública.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Clases.....	2
2. Función notarial.....	5
2.1. Generalidades.....	5
2.2. Funciones.....	7
2.3. Finalidades.....	9
3. Instrumento público.....	9
3.1. Definición y etimología.....	9
3.2. Fines.....	14
3.3. Características.....	15
3.4. Clases.....	23
3.4.1. Principales, protocolares o dentro del protocolo.....	23
3.4.2. Secundarios, extraprotocolares o fuera del protocolo.....	25
3.5. Efectos.....	26

CAPÍTULO II

4. Testamento.....	31
4.1. Etimología y definición.....	31
4.2. Naturaleza jurídica.....	32
4.3. Características.....	35
4.4. Interpretación.....	38



	Pág.
5. Formas testamentarias.....	41
5.1. Reseña histórica.....	41
5.2. Doctrina y legislación.....	43
5.2.1. Testamentos comunes.....	44
5.2.1.1. Testamento común abierto.....	46
5.2.1.2. Testamento común cerrado.....	48
5.2.2. Testamentos especiales.....	52

CAPÍTULO III

6. Formalidades que se exigen en el otorgamiento de testamentos en la legislación guatemalteca.....	59
6.1. En el testamento común abierto.....	59
6.2. En el testamento cerrado.....	63
7. Consecuencia en la omisión de formalidades o solemnidades.....	67
7.1. En los instrumentos públicos en general.....	67
7.2. En los testamentos.....	81

CAPÍTULO IV

8. Análisis jurídico sobre la forma del otorgamiento de los testamentos cerrados, la violación de la fe pública notarial y lo inoperante de su figura en Guatemala.....	83
9. Propuesta.....	92
CONCLUSIONES.....	95
RECOMENDACIONES.....	97
BIBLIOGRAFÍA.....	99



INTRODUCCIÓN

El presente análisis toma como punto de partida la importancia y relevancia que tiene para una persona la disposición de sus bienes, derechos y obligaciones para después de su muerte. El testamento es la figura jurídica que el Derecho Civil creó para dar forma legal a la manifestación de última voluntad de una persona.

En Guatemala, el testamento se encuentra regulado en el Código Civil, Decreto Ley 106 y el Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República. En ambos cuerpos legales se establecen las formalidades que deben observarse al momento del otorgamiento de las distintas clases de testamentos reconocidas en Guatemala, dentro de ellas el testamento cerrado, que es el que interesa en la presente investigación.

Los principales objetivos del presente trabajo de investigación son analizar las formalidades que se exigen al testador en el otorgamiento de un testamento cerrado y si su regulación resulta adecuada y apropiada respecto a sus ulteriores efectos jurídicos, asimismo analizar si la intervención del notario en dicho otorgamiento efectivamente proporciona certeza y seguridad jurídica a los testamentos cerrados y la relación que guarda la función del notario con la fe pública que posee y que consiste en un principio primordial del Derecho Notarial. Paralelo a esto, se analiza la utilización de esta figura jurídica en Guatemala.



La hipótesis de esta investigación se fundamenta en que debe existir una mejor regulación respecto a la figura jurídica del testamento cerrado para garantizar su validez al momento del fallecimiento del testador y que las normas legales que rigen el que hacer del notario en el otorgamiento de este documento no vulnere el principio de la fe pública notarial, que es la fuente de la función notarial. Una vez se logre lo anterior, se deberá promover su utilización dentro de la sociedad guatemalteca para que se torne en una norma legal positiva y de beneficio para sus habitantes.

La investigación se sustentó en el uso de los métodos analítico, sintético, inductivo y deductivo, partiendo, a su vez, de la observación y el planteamiento de una hipótesis y comprobación de la misma, utilizando como técnicas de investigación fichas bibliográficas de autores nacionales y extranjeros, y estudios doctrinarios y de legislación nacional e internacional, con lo cual se recolectó la información necesaria para analizar y establecer la existencia de una errónea regulación de la forma del otorgamiento de los testamentos cerrados y una evidente vulneración al principio de fe pública delegada al Notario.

De la investigación realizada se desprende una serie de conclusiones y recomendaciones, que evidencian los principales problemas que devienen de la incorrecta redacción de las normas legales que regulan la figura jurídica del testamento cerrado, y la posible solución a los mismos.



El presente trabajo de investigación se divide en cuatro capítulos con el contenido siguiente:

El capítulo inicial hace referencia a aspectos generales doctrinarios de la fe pública, la función notarial y el instrumento público, temas que resulta importante conocer para la mejor comprensión del tema medular del presente trabajo de tesis; en el capítulo segundo se profundiza sobre la figura jurídica del testamento, la clasificación más aceptada por los juristas, así como las distintas formas testamentarias reconocidas en la doctrina y en nuestra legislación; el capítulo tercero se centra en las formalidades que la ley exige para los testamentos y las consecuencias de la omisión de las mismas en estos y los instrumentos públicos en general; el último capítulo contiene el análisis crítico sobre la forma del otorgamiento de los testamentos cerrados en nuestro país, la violación a la fe pública notarial y lo inoperante de esta figura jurídica, proponiendo una solución estas problemáticas.



CAPÍTULO I

1. Fe pública

Para el desarrollo del presente tema de investigación es necesario que aborde inicialmente algunos aspectos de la fe pública.

1.1. Definición

La fe pública es “la garantía que da el Estado de que son ciertos determinados hechos que interesan al derecho, estos hechos son de cuatro clases: normas jurídicas o actos creadores del derecho, resoluciones mediante el cual el poder público califica y valora un hecho determinado de acuerdo con las normas jurídicas en general; acto de ejecución del derecho estatuido en normas jurídicas o declarado en resoluciones y en fin. hechos previstos en las normas jurídicas generales los cuales son fuente de derechos, obligaciones y sanciones”¹, así señala Vásquez Pérez y Cipriano Ruiz, además indican que, en el caso del notario, su función social, al ejercer la delegación de fe que le confiere el Estado, es la de configurar el acto o el hecho con el derecho y de dejar a los intervinientes conocedores y seguros del alcance social y legal de tal configuración, lo que solo puede hacer un funcionario público profesional del derecho.

El jurista Luis Carral y de Teresa explica que la fe pública es el imperativo jurídico impuesto por el Estado, vigente mientras no se pruebe su falsedad.

¹ Mustapich, José María, *Tratado teórico y práctico de derecho notarial*, pág. 134.



Para Giménez Arnau la fe pública consiste en la necesidad jurídica que obliga a estimar auténticas e indiscutibles los hechos o actos sometidos a su amparo, quiérase o no creer en ellos.

Las notas características de la fe pública son la exactitud y la integridad. La exactitud se refiere al hecho histórico presente y exige la fidelidad, o sea, la adecuación de la narración al hecho. La fe pública tiene eficacia erga omnes, incluso contra tercero, pues no existe fe pública interpartes, ya que cuando se trata de que la fe pública autentique un acto o negocio jurídico, las partes, con el funcionario o notario, intervienen en el hecho histórico que es plasmado en el documento o instrumento público.

Por su parte, la integridad proyecta esa exactitud hacia el futuro. La fe pública tiene que estar contenida corporalmente en un tiempo y lugar determinados, que son el documento público.

1.2. Clases

Un criterio generalizado entre los diversos juristas sobre la clasificación de la fe pública es la siguiente:

a. Fe pública legislativa:

Esta clase de fe pública es atribuida al Organismo Legislativo, la cual confiere autenticidad a las leyes y actos legislativos; es eminentemente corporativa.



El quórum de diputados legalmente constituido es el que posee la fe pública que opera frente a todos los gobernados.

b. Fe pública registral:

Los registradores de los distintos registros públicos son los que se encuentran investidos de esta clase de fe pública, lo cual les permite expedir documentos que prueban inscripción y existencia de determinados actos. La fe pública de que se encuentra investido todo registrador está limitada a un determinado ámbito de competencia.

c. Fe pública administrativa

Es la fe pública que emana, por delegación del Estado, de algunos funcionarios o empleados públicos y que se refleja en las certificaciones expedidas por estos, dentro del ámbito de su competencia, y su principal objeto es dar valor y autenticidad a los actos realizados por la Administración Pública.

d. Fe pública judicial

Esta clase de fe pública es la que gozan los documentos de carácter judicial; le fue delegada al Secretario de los distintos órganos jurisdiccionales para dar fe del acto procesal en los que interviene el titular del mismo, es decir el Juez, realizando de este modo una función autenticadora; funge como espectador del actuar del juez.

e. Fe pública notarial

Es aquella que da el Notario en el ejercicio de su profesión, a los actos que dan nacimiento a relaciones de Derecho en los cuales él interviene, ya sea por solicitud de las partes o bien por un mandato legal; dando a estos actos la condición de exactos y en el caso de documentos, la calidad de auténticos. La presunción que establece la ley de que el contenido del documento es cierto y verdadero hace que el mismo no pueda ser atacado, lo cual no limita el derecho de algún interesado de redargüirlo de nulidad si considera que existe algún vicio de fondo o forma en el mismo.

El jurista Bartolomé Fiorini la denomina fe legitimada, pues advierte que es la única regulada por ley; las demás: judicial, administrativa, registral y legislativa, no se encuentran reguladas expresamente en ninguna norma legal.

La fe pública notarial explica la función del Notario en su esencia fundamentando diversos aspectos: 1) subjetivo, pues sin ella no tiene razón de existir el notario tal como hoy lo concebimos; 2) funcional, sin ella la función actual carecería de sentido; 3) institucional, ya que tampoco existiría la institución notarial con sus caracteres; 4) objetivo, el acto notarial no podría subsistir en sus actuales condiciones tipificantes: forma e instrumentos públicos, hecho de las partes autenticado, hechos del notario autenticados, auténticos y autenticadores; 5) teleológico, la certeza y la seguridad perderían un medio relevante y eficacísimo de acceso; 6) eficacia, la constitución de la prueba y la forma se verían privadas de uno de los modos destacables de existencia jurídica trascendente.

2. Función notarial

2.1. Generalidades

Para la mejor comprensión del tema considero vital mencionar la definición más completa y aceptada del concepto Notario dentro del Sistema del Notariado Latino, la cual fue aprobada por la Unión Internacional del Notariado en 1948, la cual es la siguiente: El notario es el profesional del derecho, encargado de una función pública, que consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de éstos y expidiendo copias que den fe de su contenido. En su función está contenida la autenticación de hechos.

Nuestra legislación no define qué es Notario, solamente se limita a establecer que “el notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte”, esto de acuerdo al Artículo 1 del Código de Notariado.

La función notarial se refiere al quehacer o actividades que realiza el Notario.

Como se mencionó, la definición aceptada dentro del sistema de notariado latino reconoce la función del notario como pública, sin embargo existen varias doctrinas que estudian el carácter de su función.



Los funcionaristas sostienen que el notario ejerce una función pública de carácter compleja, en nombre del Estado, con una posición especial dentro de la organización administrativa y jurídica, pero siempre como funcionario público.

A diferencia de éstos, los liberales o profesionalistas niegan el carácter de funcionario público y destacan el valor exclusivo de una profesionalidad libre, especialmente reglamentada por ser de trascendencia social. Los autonomistas, por su parte, sostienen que el notario es el oficial público que, siendo profesional libre, asesora las voluntades negociales de los requirentes, instrumentándolas por medio de su redacción para constituir las con plena certeza, seguridad y permanencia.

Gattari concluye que la función notarial se caracteriza por ser jurídica, pública y legal, pero los contenidos sobre los cuales recae son privados. Es de carácter jurídico, pues el notario y las partes se relacionan por medio de la rogación, la cual, una vez aceptada, nace en los requirentes el derecho de exigir el deber de la función notarial. El notario debe interpretar, aplicar e integrar las normas y las voluntades y se obliga frente a sus rogantes a un resultado: la entrega de un instrumento público determinado.

Es de carácter pública, pues interesa al Estado desde el punto de vista del orden y de la paz pues satisface al reparto autónomo; interesa a la sociedad, que fija, por medio de la ley, una medida constitutiva, formal y probatoria en el instrumento actuado por el notario, creado por ella misma; e interesa a cualquier tercero, no solo como posible adquirente, sino como destinatario definido o indefinido en el instrumento.



Es de carácter legal, pues la fe pública es otorgada al notario por el Estado, a través de la ley, y no a otro particular, es la única fe legitimada. Además se trata de contenidos privados pues se refiere a actos o negocios jurídicos que realizan los sujetos dentro de los derechos caracterizados como privados.

Nuestra legislación refleja este último criterio pues no reconoce al notario como funcionario público, salvo en materia penal cuando el notario comete determinados delitos con ocasión o motivo de actos relativos al ejercicio de su profesión.

2.2. Funciones

La función notarial como una unidad se desarrolla a través de funciones o actividades que realiza el notario, las cuales son:

- a. Función Receptiva: hace referencia al momento en que el Notario recibe la voluntad de las partes, esto en base al principio de rogación, pues recordemos que por mandato legal, el notario solamente actúa a requerimiento de parte o por disposición de la propia ley, nunca de oficio.

- b. Función Directiva o Asesora: una vez ha recibida la voluntad de las partes, el Notario, como profesional del derecho, debe proceder a interpretarla y dirigirla, para posteriormente brindar asesoría al o los requirentes sobre el acto o negocio que pretenden celebrar. El Notario adquiere una calidad de consejero.



- c. Función Legitimadora: se refiere a la labor del notario de verificar: 1) que las personas que requieren sus servicios profesionales sean las personas que dicen ser, por medio de sus documentos de identificación, 2) que sean los titulares de los derechos sobre los que pretender celebrar el negocio jurídico, y 3) si ejercitan alguna personería, que la misma sea suficiente conforme a la ley y a su juicio para celebrar el negocio jurídico, para lo cual el notario actuará como experto, perito y de acuerdo con sus conocimientos legales.

- d. Función Modeladora: esta función la desarrolla al dar forma legal a la voluntad de las partes, es decir, cuando mentalmente ajusta dicha voluntad a lo que prescribe la ley con respecto al negocio jurídico que se pretende celebrar, redactando el instrumento público adecuado.

- e. Función Preventiva: se refiere a la actividad que realiza el notario, al redactar el instrumento, de tener en cuenta las posibles situaciones o dificultades que puedan surgir en un futuro y así evitar conflictos posteriores.

- f. Función Autenticadora: al momento en que el Notario firma y sella los instrumentos públicos que elabora, los mismos se tendrán como ciertos y auténticos por la fe pública que ostenta.

Sin embargo, por mandato legal, el sello y la firma deben estar previamente registrados en la Corte Suprema de Justicia.



2.3. Finalidades

La doctrina señala tres finalidades principales de la función notarial, a saber:

- a. Seguridad: la cual es también llamada firmeza o certeza, y se refiere a la garantía que otorga el notario al autorizar instrumentos públicos, pues implica que él ha verificado su competencia, los presupuestos y las formalidades legales.

- b. Valor: el notario al realizar su actividad otorga valor jurídico al instrumento público, es decir que otorga utilidad, fuerza o eficacia que permite que el mismo produzca efecto jurídicos para las partes y frente a terceros.

- c. Permanencia: el instrumento público nace para proyectarse en el tiempo, por lo que es responsabilidad del notario conservar dichos instrumentos para que perduren y puedan reproducirse las veces necesarias para ejercitar los derechos contenidos en los mismos.

3. Instrumento público

3.1. Etimología y definición

Empezaré exponiendo lo relativo al concepto genérico de instrumento para una mejor comprensión del término jurídico instrumento público.

Partiendo de su etimología, la palabra instrumento proviene del latín instruere, que significa instruir, y el cual se refiere a “todo aquello que puede servir para dejar una constancia, para fijar un acontecimiento (...)”².

El tratadista Argentino Neri expone que en orden general, instrumento es el escrito con que se justifica o se prueba un hecho o un derecho. En sentido jurídico, es todo lo que sirve para instruir una causa, o lo que conduce a la averiguación de la verdad. Según la acepción académica, instrumento proviene del instrumentum, que significa escritura, papel o documento con que se justifica o se prueba una cosa. Sin embargo, en opinión de Faiguera (Apuntes de Notaría), la palabra instrumento dimana de las latinas instruens y mentem, porque instruye al entendimiento: por eso se llama instrumento a cierta escritura que prueba cualquier negocio realizado (...)”³

La definición que proporciona Guillermo Cabanellas, es la siguiente: “escritura, documento. Es aquel elemento que atestigua algún hecho o acto”.⁴

Ahora bien, refiriéndome al concepto específico de interés en el presente capítulo, el jurista en mención define instrumento público únicamente como un documento público, por lo que conviene estudiar este concepto para conocer su significado.

Atendiendo al origen etimológico, la palabra documento proviene del término latino documentum que a su vez deriva del verbo latino docere, que significa enseñar.

² Pérez Fernández, Bernardo, **Derecho notarial**, pág. 81.

³ Neri, Argentino, **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**, volumen 1, pág.5.

⁴ Cabanellas, Guillermo, **Diccionario jurídico elemental**, pág. 228.



Según Cabanellas, documento es un “Instrumento, escritura, escrito con que se prueba, confirma o justifica alguna cosa o, al menos, que se aduce con tal propósito.”⁵

Enfocándonos propiamente en el concepto de documento público, el referido autor explica que aquél es “el otorgado o autorizado, con las solemnidades requeridas por la ley, por notario, escribano, secretario judicial u otro funcionario público competente, para acreditar algún hecho, la manifestación de una o varias voluntades y la fecha en que se producen.”⁶

Para Gatarri, el documento público es el que emana de autoridad pública comprendida en algunos poderes estatales, y que, en consecuencia, tiene facultades para suscribir tales documentos según normas y reglamentos propios. Sin embargo, no está facultada para el otorgamiento de documentos públicos auténticos, que son emitidos sólo por notario.

El autor incluye dentro de los documentos públicos a los notariales o auténticos que constituyen una de las especies más importantes de documentos públicos, ya que es diferente a los demás por sus caracteres externos, tal como el papel utilizado, que constituyen su corporeidad, y se hallan minuciosamente regulados en normas especiales. También se distinguen por sus caracteres internos como lo es tener contenido literal, o pieza escrituraria que sólo narra hechos en acuerdo, y autoriza un oficial público responsable.

⁵ *Ibíd*, pág. 146.

⁶ *Ibíd*.

Partiendo de que se reconoce al documento notarial como una especie de documento público, el Tercer Congreso del Notariado Latino, celebrado en abril de 1954 en París, estableció que el documento autorizado por Notario constituye, por el hecho de serlo y en virtud de la delegación del poder público, para darle carácter auténtico, un documento público cuya autenticidad no puede ser desconocida más que atacándola por causa de falsedad.

La definición de instrumento público siempre se relaciona con el Notario que lo autoriza, por lo que Miguel Fernández Casado, citado por Carlos Emérito González en su obra, considera que instrumento público “es el documento notarial autorizado a instancia de parte, en el que consta un hecho jurídico o una relación de derecho”⁷

El autor Enrique Giménez Arnau expresa que el instrumento público es un “documento público, autorizado por notario, producido para probar hechos, solemnizar o dar forma a actos o negocios jurídicos y asegurar la eficacia de sus efectos jurídicos.”⁸

Considero que una definición muy acertada es la expuesta por el Doctor Nery Muñoz, quien indica: “Instrumento público es todo documento autorizado por Notario a requerimiento de parte interesada, en el cual se hacen constar declaraciones que tienen validez entre los participantes y ante terceros, el cual por la intervención del Notario se tienen como ciertos y sirven de prueba en juicio y fuera de él.”⁹

⁷ González, Carlos E, **Derecho notarial**, pág. 305.

⁸ Giménez, Enrique, **Derecho notarial**, pág. 403.

⁹ Muñoz, Nery, **Introducción al estudio del derecho notarial**, pág. 106.



Englobando las ideas que existen dentro de la doctrina sobre el instrumento público se puede decir que el mismo es el documento que hace fe por sí mismo respecto de un acto jurídico emanado o autorizado por una persona que, por imperio de la ley, desempeña una función pública, es decir, el notario, dentro del territorio que la misma ley le ha fijado para el ejercicio de sus funciones y con relación a las personas en cuyos asuntos no le hubiese prohibido intervenir.

Tomando como consideración lo expuesto por los juristas mencionados, resulta relevante analizar lo que nuestra legislación establece al respecto.

El Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República, regula la figura jurídica de instrumento público pero no proporciona una definición del mismo, solamente se limita a detallar las formalidades generales y esenciales que deben contener para que sean válidos.

Le corresponde cumplir dichas formalidades al profesional del derecho quien tiene a su cargo la función notarial, entendida como el quehacer del notario, que consiste en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin, confiriéndoles autenticidad, conservando los originales de éstos y expidiendo copias que den fe de su contenido.

Más adelante me detendré a exponer detenidamente sobre el elemento formal de los instrumentos públicos.

3.2. Fines

Carlos Nicolás Gattari en sus diversas obras explica que el instrumento público de carácter notarial, como una especie de documento público, posee un triple fin: dar forma a hechos y voluntades; con la forma, constituirlos sustantivamente, y por último, en toda controversia, que se supone no común, presentarse como prueba privilegiada ante el Juzgador. Para el autor, el instrumento notarial ya redactado no se limita a presentar, ni menos a representar los hechos y voluntades, sino que los constituye y les da existencia.

Para el jurista Carlos Emérito González, al igual que para Gattari, son tres los fines: la prueba preconstituida, dar forma legal y dar eficacia al negocio jurídico.

A diferencia de los anteriores, Miguel Fernández Casado, reconoce solamente dos fines principales: a) perpetuar los hechos y las manifestaciones de voluntad y b) servir de prueba en juicio y fuera de él.

“Como queda establecido, sobre los aspectos de forma y de prueba, quedan enmarcados los fines del instrumento público, y no podía ser de otra manera, ya que de lo que se trata al autorizar un instrumento es darle forma a la voluntad de las partes, y que esa voluntad plasmada en el elemento papel sirva de plena prueba”¹⁰, así lo indica Nery Muñoz en su obra de Derecho Notarial.

¹⁰ Muñoz, Nery, *El instrumento público y el documento notarial*, pág. 4.



Giménez Arnau, citado por Luis Carral y de Teresa en su obra Derecho Notarial y Derecho Registral, expone que el instrumento público es:

1. El mejor medio de expresión del pensamiento y del querer serio del individuo
2. El mejor medio para lograr en el futuro la autenticidad
3. El mejor medio de asegurar la técnica y la legalidad del acto
4. El medio de fijación exacta y permanente para cumplir los efectos del acto
5. El medio legal de hacer ejecutiva la obligación, y
6. El medio de garantía de las partes y los terceros.

Como vemos, todos los juristas hacen énfasis en la importancia del instrumento público para dar forma, valor, certeza y seguridad jurídica a la voluntad de una o más personas y por ende, servir de respaldo o prueba preconstituida al momento de que surjan controversias entre los interesados.

Esto último también es considerado como uno de los efectos del instrumento público, criterio que genera diversas opiniones que conviene tratar más adelante.

3.3. Características

“Dicho de una cualidad: Que da carácter o sirve para distinguir a alguien o algo de sus semejantes”, esta es la definición que nos proporciona el Diccionario de la Real Academia Española para el concepto característica.

El Jurista López Olaciregui señala que lo característico del instrumento público es ser una cosa dotada de una fuerza jurídica especial: merece fe pública.



Carlos Emérito González expresa que algunas de las características de los instrumentos públicos son las siguientes:

1. Fecha cierta:

Para conocer y comprender esta característica partiré de su origen histórico.

El instituto de la fecha cierta es de origen antiguo. Sus primeros antecedentes se encuentran en el derecho Romano y en la antigua legislación Española.

En el derecho Francés, sus orígenes se encuentran en dos fallos del Parlamento de Rouen (año 1629) y otros del Parlamento de París (año 1729).

Surge este instituto para resolver los problemas que se presentan cuando existen varias personas invocando su derecho sobre un mismo bien, buscando la seguridad jurídica para que nadie pretenda violentar los derechos de otro, falseando la fecha de su título de adquisición de tal derecho.

El jurista Manuel Ossorio explica que la fecha cierta es aquella a partir de la cual los instrumentos privados tienen efecto en relación con terceros o sucesores singulares de las partes.

Según la legislación generalizada, puede quedar determinada o adquirirse por cualquiera de estos hechos:



1) exhibición del instrumento en juicio o en cualquier repartición pública, si allí quedare archivado, 2) reconocimiento del instrumento ante escribano y dos testigos que lo firmaron, 3) transcripción del instrumento en cualquier registro público; la fecha cierta es la de la inscripción en dicho registro o 4) fallecimiento del firmante del instrumento, del que lo escribió o del que firmó como testigo. En esta exposición, el autor hace referencia a documentos privados, sin embargo esto es aplicable a instrumentos públicos.

La fecha cierta, en otras palabras, significa que ésta debe tenerse por verdadera y auténtica.

“Sólo en la escritura pública podemos tener la certeza de que la fecha de ella es rigurosamente exacta y los efectos que de esta virtud excepcional pueden producirse, son innumerables y valiosísimos.”¹¹

Nuestro Código de Notariado, en su Artículo 29, establece las formalidades generales que todo instrumento público debe contener, y dentro éstas se encuentra reflejada esta característica ya que exige sea consignado el día, mes y año del otorgamiento.

2. Garantía:

Afirma Manuel Ossorio que garantía es la “protección frente a peligro o riesgo”¹².

¹¹ González, **Ob Cit**; pág. 320.

¹² Ossorio, Manuel, **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**, pág. 434.

En el caso del instrumento público, éste "es garantía para el cumplimiento de los convenios. El Estado no sólo debe actuar ante las relaciones de derecho de los individuos con posterioridad a las mismas, cuando violadas las normas, pone la justicia a disposición de ellos y ésta resuelve el caso planteado, restableciendo la normalidad – dando a cada uno lo suyo-, sino que tiene también que hacer imperar el derecho en todo momento y al constituirse una obligación debe asegurar por los medios a su alcance su cumplimiento, porque cumpliéndola el derecho será normal y no patológico."¹³

Esta es otra característica que nuestra legislación reconoce para los instrumentos públicos. El Código Procesal Civil y Mercantil, Decreto Ley 107, en su Artículo 186 establece: "Los documentos autorizados por notario o por funcionario o empleado público en ejercicio de su cargo, producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redargüirlos de nulidad o falsedad".

3. Credibilidad:

La credibilidad del instrumento público tiene relación con la persona del notario, pues el es quien tiene a su cargo la creación del instrumento público. Solamente al notario le corresponde dar forma legal a la voluntad de las partes cuando así lo requieran.

La intervención del Notario nos hace creer y nos garantiza que el instrumento público es veraz y auténtico, incluso le da carácter de indubitable.

¹³ **Ibíd**, pág. 317.



Carlos Emérito González cita al autor Luis Josserand, quien indica: “Es una credibilidad excepcional la que beneficia a los actos auténticos, que se afirma en dos direcciones: a) en cuanto al origen del acto porque se presenta bajo el auspicio de signos exteriores públicos (sellos, timbres, firma del Notario). La apariencia es tan elocuente que se considera responde a la realidad; lleva un uniforme con que va revestido, va en ello el interés de la sociedad misma, y b) en cuanto a las enunciaciones contenidas en el acto.”¹⁴

4. Firmeza, irrevocabilidad e inapelabilidad:

Se dice que el instrumento público es firme e irrevocable mientras no sea redarguido de nulidad o falsedad por algún interesado; es decir que se presume válido y auténtico desde la autorización por parte del Notario quien ostenta fe pública; lo anterior implica que las relaciones, actos o negocios jurídicos creados o modificados a través de ellos también son firmes e irrevocables.

No existe la posibilidad de impugnar o reclamar lo escrito en los mismos ante alguna autoridad administrativa o judicial, pues el notario no se encuentra en una posición jerárquica inferior con respecto a otra persona o autoridad.

El notario es un profesional independiente que se encarga de dar forma legal a la voluntad de las partes o de una sola persona, actuando siempre a requerimiento de parte y cumpliendo con las formalidades que establece nuestra legislación.

¹⁴ *Ibíd*, pág. 319.



Será quien se considere afectado quien tendrá el derecho a acudir a la vía judicial para solicitar sea declarado nulo y por ende, evitar que produzca efectos jurídicos, sin embargo, mientras eso no suceda, el instrumento público tendrá plena validez.

5. Ejecutoriedad

Ésta es una característica de los instrumentos públicos de carácter adjetiva. Se refiere a la facultad que tiene el acreedor, en caso de inobservancia del obligado, de accionar para obtener el cumplimiento por la fuerza de una obligación del pago de una cantidad de dinero, líquida y exigible. El Artículo 294 inciso 6 y el Artículo 327 inciso 1 del Código Procesal Civil y Mercantil le confieren calidad de títulos ejecutivos a la transacción celebrada en escritura pública y a los testimonios de las escrituras públicas; estos instrumentos públicos serán ejecutados a través de una ejecución en la vía de apremio y un juicio ejecutivo, respectivamente. En estos casos, de acuerdo a lo expuesto por Nery Muñoz, la fuerza ejecutiva viene aneja a la escritura pública; trae aparejada la ejecución por su carácter indubitable.

6. Seguridad:

Para Nery Muñoz, la seguridad implica: "una garantía o principio que fundamenta el protocolo, ya que la escritura matriz queda en el mismo, y se pueden obtener tantas copias o testimonios, como fueran necesarios, no se corre el riesgo de pérdida, quedando protegidos los interesados aún después del fallecimiento del notario."¹⁵

¹⁵ Ob Cit; pág. 7.



En este orden de ideas, es importante mencionar que el notario es depositario del protocolo a su cargo, no tiene calidad de propietario, esto de acuerdo a lo que prescribe el Artículo 19 del Código de Notariado, lo cual genera hacia el notario una mayor responsabilidad respecto a su cuidado y conservación.

Luis Carral y de Teresa expresa que el protocolo en sentido estricto es tanto el conjunto de instrumentos públicos fuente original o matriz en los que se hace constar las relaciones jurídicas constituidas por los interesados, bajo la fe notarial; como la colección ordenada cronológicamente de escrituras autorizadas por el notario conforme a una periodicidad, procedimientos y formalidades reglados en la ley.

En Guatemala, las hojas de papel sellado especial para protocolos únicamente puede adquirirlas el profesional a través de la Administración Tributaria, entidad que registra y lleva control de la compra que realiza cada Notario hábil. El Archivo General de Protocolos tiene, entre otras atribuciones, la de practicar inspecciones de los protocolos, exigir la entrega de los mismos de conformidad y en los casos establecidos por el Código de Notariado, así como guardar y conservar bajo su responsabilidad los protocolos que sean depositados en dicha entidad.

Con lo anterior, quiero poner en evidencia que el protocolo se encuentra, de una u otra forma, bajo la supervisión y control del Estado, lo cual garantiza la perdurabilidad del mismo en el tiempo, permitiendo la reproducción de los instrumentos públicos cuando así lo requieran los interesados.

7. Valor:

Según la Real Academia Española, valor implica utilidad, aptitud, fuerza, eficacia para producir efectos. El valor jurídico de los instrumentos es otorgado por el Notario autorizante.

Para Carlos Nicolás Gattari, los valores del instrumento son la forma pública constitutiva y la probatio probata, de que carece el documento al cual falta la firma del notario. Así, una escritura pública firmada por las partes en el protocolo, pero sin firma del notario, es nula como instrumento público, tiene sólo la apariencia, y a lo sumo, podrá ser documento protocolar pero no escritura pública. Sin embargo, la doctrina admite que valga como documento privado, ya que si bien frustra la prueba más perfecta del instrumento público, vale como privado si lleva las firmas de las partes.

“El instrumento público tiene valor formal y valor probatorio. Valor formal, cuando se refiere a su forma externa o el cumplimiento de todas las formalidades esenciales y no esenciales que el Código de Notariado regula. Y valor probatorio en cuanto al negocio que contiene internamente el instrumento. Ambos deben complementarse. Ya que no sería correcto que en un caso determinado, la forma fuera buena y el fondo estuviere viciado; o por el contrario la forma no es buena, por no haberse cumplido los requisitos o formalidades esenciales del instrumento y el negocio o el fondo del asunto fuere lícito.”¹⁶

¹⁶ Muñoz, *Ob Cit*; pág. 111.



3.4. Clases

Muchos afirman que existen diversas clasificaciones de los instrumentos públicos dentro de la doctrina, pero considero que realmente no se trata de clasificaciones distintas, sino más bien, solo un cambio en la denominación, pues en el fondo se refieren a lo mismo.

Para Enrique Giménez-Arnau, los documentos notariales con valor de instrumento público se clasifican en protocolizados y en no protocolizados. Dentro de los primeros incluye a los originales de las escrituras y las actas (para algunos países), y en los segundos, los testimonios, legalizaciones, legitimidad de firmas, etc. Entre los documentos notariales que no tienen valor como instrumentos públicos se encuentran, los índices, comunicaciones, oficios, etc.

Una de las clasificaciones más aceptadas y estudiadas es la que divide los instrumentos públicos en principales y secundarios, o bien en, protocolares y extraprotocolares. La diferencia realmente radica solo en la denominación.

3.4.1. Principales, protocolares o dentro del protocolo

Los instrumentos públicos principales, como los denomina Carlos Emérito González en su obra de Derecho Notarial, protocolares o dentro del Protocolo, como los denomina el Doctor Nery Muñoz, son aquellos que van en el protocolo del Notario, como condición esencial de validez.



Lo expresado implica que deben ser redactados en hojas de papel sellado especial para protocolo que la Administración Tributaria, en el caso de Guatemala, vende a los notarios hábiles, quienes están obligados a utilizarlas y conservarlas.

La definición de Protocolo que el Código de Notariado proporciona en su Artículo 8 es la siguiente: "Colección ordenada de escritura matrices, de las actas de protocolación, razones de legalización de firmas y documentos que el notario registra de conformidad con esta ley".

De lo anterior se desprende que se reconoce como instrumentos públicos que necesariamente deben ser redactados en papel sellado especial para protocolos los siguientes: 1) Escritura Matriz (pública), 2) Acta de Protocolización y 3) Razones de legalización de firmas.

Cabe mencionar que, a pesar de que el Artículo antes citado menciona en su parte conducente: "otros documentos que el notario registra de conformidad con esta ley", no existen otros regulados en dicho cuerpo legal. Si tomamos de forma literal la definición que el Código de Notariado establece de Protocolo, la transcripción del acta de otorgamiento del testamento cerrado, a la que se refiere el Artículo 962 del Código Civil no se consideraría parte del protocolo puesto que no se encuentra regulada en dicho cuerpo legal, sin embargo considero que por el simple hecho de que, para su validez, por mandato legal, debe ser redactada en hoja de papel sellado especial de protocolo sí debe tomarse como un instrumento principal o protocolar.



3.4.2. Secundarios, extraprotocolares o fuera del protocolo

Los instrumentos públicos secundarios, como los denomina Carlos Emérito González en su obra de Derecho Notarial, extraprotocolares o fuera del Protocolo, como los denomina el Doctor Nery Muñoz; son aquellos que van fuera del protocolo del Notario, es decir que son redactados y autorizados por el Notario en hojas simples.

Gattari define al instrumento público extraprotocolar como “el que autoriza el notario en original con las formalidades legales o de práctica, con el fin de certificar sintéticamente por evidencia funcional, firmas puestas en documentos privados, existencia de documentos públicos o privados y otros actos. La evidencia, que se funda en hechos o circunstancias ocurridos en presencia del notario, es la característica de la certificación (...).”¹⁷

Por su parte, Carlos Emérito incluye dentro de éstos los testimonios, legalizaciones, legitimidad de firmas, entre otros.

En cuanto a nuestra legislación, Nery Muñoz expone que son considerados instrumentos fuera del protocolo los siguientes: a) Actas notariales; b) Actas de legalización de firmas; y c) Actas de legalización de copia de documentos. Considero oportuno resaltar que nuestro Código de Notariado contiene un título denominado Instrumentos Públicos y dentro de éste no se hace referencia a los considerados extraprotocolares, sino más bien, dedica otros títulos a regularlos por separado.

¹⁷ Gattari, Carlos, **Manual de derecho notarial**, pág. 177.



Esto hace parecer que nuestra legislación no los reconoce como instrumentos públicos, pero considero que realmente no fue esa la intención de nuestros legisladores, sino solamente tratar de dar una forma útil y práctica a la ley para su manejo e interpretación.

3.5. Efectos

Entre los varios efectos que reconoce la doctrina se encuentran los que detallaré a continuación.

- Efectos probatorios:

Estos efectos son de carácter procesal y para analizarlos hay que tomar en cuenta que los instrumentos públicos pueden contener aseveraciones del Notario que le constan por sus sentidos, así como declaraciones de las partes.

Para Luis Carral y de Teresa, las primeras se refieren a que el notario ejecutó el mismo el acto, o que se desarrolló en su presencia, siempre en el ejercicio de sus funciones. En este caso, solo demostrando la falsedad del instrumento, pueden desconocerse sus aseveraciones.

En el caso de las segundas, estas se tratan de las hechas en presencia del notario. Su verdad intrínseca hace prueba hasta no comprobarse lo contrario. No implica nunca falsedad.



Por su parte, Rafael Nuñez Lago, citado por Gattari, expresa que "aún entendiendo la prueba en el sentido amplio, judicial y extrajudicial, que le asigna Carnelutti, el documento no tiene como nota característica la de formarse para ser un medio de prueba. Naturalmente que si el documento expresa hechos jurídicos, podrá ser medio de prueba; más una cosa es una aptitud de ser medio de prueba y otra distinta es su naturaleza y su estructura."¹⁸

A pesar de que muchos autores consideran que una de las finalidades del instrumento público es ser prueba preconstituida, se desprende de lo anterior, que Nuñez Lago lo descarta.

Este autor reconoce que el instrumento público tiene la posibilidad de servir de prueba cuando así se necesite pero afirma que no es creado para ese fin.

-Efectos formales:

Aquí se toma en cuenta su manifestación externa, es decir la forma notarial, dejando fuera el acto jurídico que se encuentra contenido en el mismo.

Partiendo de esto, en nuestra legislación, si el instrumento público cumple con las formalidades generales y especiales que el Código de Notariado exige, el mismo tendrá plena validez para las partes y frente a terceros, en todo momento y no existirá fundamento para ser redargüido de nulidad.

¹⁸ *Ibíd*, pág. 212.



-Efectos sustantivos:

Son muy pocos los autores que se detienen a tratar este tipo de efecto pero considero que vale la pena explicar en que consisten.

La palabra sustantivo significa que tiene existencia real, independiente e individual, así lo establece la Real Academia Española.

En ese orden de ideas, los efectos sustantivos se refieren a la exteriorización de la voluntad. Todo negocio exteriorizado notarialmente constituye una disposición del patrimonio que afecta el derecho material de un sujeto cuando realiza contratos que crea una norma legal particular. Es una voluntad dirigida a modificar el estado jurídico de una persona.

El instrumento público genera un principio de existencia. Esto quiere decir que la forma notarial da la existencia del acto jurídico en un plano específico que antes no tenía. A su vez, constituye titularidades, refleja legitimidad y establece la permanencia espacio-temporal del derecho. Considero que este es el efecto primordial del instrumento público pues de éste depende que se generen los demás.

-Efectos ejecutivos:

Esto es desde el punto de vista procesal o adjetivo, y se refiere a la eficacia ejecutiva del instrumento público.



En virtud de ésta, se puede proceder judicialmente al embargo y venta de los bienes que conforman el patrimonio del deudor para pagar al acreedor.

En el caso de nuestro país, el Código Procesal Civil y Mercantil en el Artículo 327 le da la calidad de título ejecutivo para promover un juicio ejecutivo a los siguientes instrumentos públicos: 1) Testimonios de las escrituras públicas; 2) testimonios de las actas de protocolación de protestos de documentos mercantiles y bancarios, y 3) Acta Notarial de saldo contra deudor

Cabe mencionar que a su vez, el Artículo 294 reconoce como título ejecutivo para promover una ejecución en la vía de apremio la transacción celebrada en escritura pública, por lo que el título ejecutivo en este caso es el testimonio de ésta última. Es importante notar que se utiliza el testimonio, o copia fiel, pues se trata de instrumentos públicos protocolares que se encuentran bajo la custodia del Notario, y es a través de su reproducción que se promueve su fuerza ejecutiva ante los tribunales de justicia.

-Efectos registrales:

Si el instrumento público contiene actos o negocios jurídicos que se fundamentan o nacen a partir de derechos o bienes que se encuentran previamente inscritos en registros públicos, tales derechos o bienes se verán afectados una vez sea inscrito el instrumento público, ya que nacen obligaciones, modifican situaciones consignadas en el registro, provocan el nacimiento de un tiempo jurídico y en algunas ocasiones causan la apertura de folios reales.



El instrumento público que ha de inscribirse, genera para el registro público respectivo la obligación de que el mismo sea inscrito o anotado, dependiendo del acto, para su publicidad, oponibilidad frente a tercero y demás efectos legales.

Una vez inscrito el instrumento público automáticamente se produce el siguiente efecto: se torna obligación del notario tener a la vista la documentación expedida por el Registro respectivo para verificar la situación y el estado actual del bien o derecho objeto del instrumento público que se autorizará. A su vez, para el Registro se torna obligatorio el expedir, cuando así sea requerido, la documentación que ampare lo que obra en los libros del mismo.

CAPÍTULO II

4. Testamento

4.1. Etimología y definición

La palabra testamento tiene su origen en el Antiguo Derecho Romano, procediendo de la voz latina "Testamentum", la cual a su vez proviene del verbo "testari" que significa "poner por testigo o atestiguar", así como del sustantivo "testis" que significa "testigo", esto en virtud de que en la antigüedad era necesario que el testador hiciera su declaración de última voluntad frente a testigos, pues eran estos quienes la consentían, además de constituir un medio probatorio. A continuación transcribo algunas definiciones que nos proporcionan diversos juristas en sus respectivas obras de Derecho Civil.

Ambrosio Colin y H. Capitan, siguiendo la definición del Código Civil Francés, exponen: "Es un acto unilateral, solemne, revocable hasta la muerte del otorgante y por el cual éste dispone del todo o parte de sus bienes que deje a su muerte"¹⁹

El tratadista Clemente De Diego lo define así: "Acto unilateral, personalísimo, solemne, revocable, mortis causa, enderezado a disponer lo que queremos se haga después de nuestra muerte en los límites y condiciones impuestas por el Derecho Objetivo (...)".²⁰

¹⁹ Ambrosio Colin y H. Capitan, *Curso elemental de derecho civil*, pág. 5

²⁰ De Diego, Clemente, *Instituciones de derecho civil*, Tomo III, pág. 25.



Para Puig Peña, testamento es “aquel acto jurídico por cuya virtud una persona establece a favor de otra u otras para después de su muerte, el destino de todo o parte de su patrimonio o la ordenación a otros asuntos de carácter no patrimonial”²¹

Por su parte Rafael Rojina Villegas expone: “el testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona transmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte a sus herederos o legatarios, o declara y cumple deberes par después de la misma”²²

Julien Boncasse define testamento de la siguiente manera: “Es un acto jurídico solemne cuyo fin es dar a conocer la voluntad de su autor para después de su muerte, tanto desde el punto de vista extrapatrimonial como económico”²³

En nuestro Código Civil, Decreto Ley 106, el acto jurídico de testamento se encuentra definido en el Artículo 935: “El testamento es un acto puramente personal y de carácter revocable, por el cual una persona dispone del todo o de parte de sus bienes, para después de su muerte.”

4.2. Naturaleza jurídica

Existen diversos criterios sobre la naturaleza jurídica del testamento, por lo que citare los que considero son de mayor relevancia.

²¹ Puig Peña, Federico, **Compendio de derecho civil español**, volumen IV, pág. 1,057.

²² Rojina Villegas, Rafael, **Compendio de derecho civil**, pág. 379.

²³ Boncasse, Julien, **Elementos de derecho civil**, tomo III, pág. 347.



Diego Espín le denomina Naturaleza Jurídica del Acto Testamentario, y agrega las siguientes posiciones: "a) Que el testamento es un acto imperfecto, un simple proyecto que puede ser revocado ad nutum, tesis que sostienen Josserand, Royo Martinez y otros; b) Que el testamento es un acto en sí mismo válido y perfecto, si bien su eficacia depende de la muerte del testador sin haberlo revocado, opinión sostenida por Cicu, Messineo, Ossorio Morales etc., siendo ésta, como lo señala el tratadista antes mencionado, la opinión más generalizada y c) Otra corriente indica que debe distinguirse entre la esfera del testador y la esfera jurídica de los terceros, ya que para el primero, el testamento opera desde su otorgamiento, no así para los terceros a los que sólo afecta desde la muerte del testador, tesis expuesta en Italia por el tratadista Giampiccolo y seguida en España por Giordano Barea."²⁴

El tratadista Puig Peña señala: "entendemos, pues, que el testamento es un verdadero negocio jurídico, ya que goza de todas las características y exigencias que el ordenamiento jurídico requiere para que tenga la consideración de tal. Lo que hay es que es negocio jurídico muy singular; pues que tanto su proyección histórica como la verdadera naturaleza que posee, le dotan de singularidades muy específicas y concretas que perturban aparentemente su naturaleza."²⁵

Otros autores por su parte, consideran al testamento como un contrato entre el testador y el heredero.

²⁴ Espín Cánovas, Diego, **Manual de derecho civil español**, volumen V, pág. 196.

²⁵ Puig Peña, Federico, **Tratado de derecho civil español**, tomo V, pág. 93.



Esta teoría no puede considerarse válida puesto que la característica fundamental del contrato es la concurrencia de dos o más voluntades que convienen en crear, modificar o extinguir una obligación, entendida ésta como el vínculo jurídico que existe entre un deudor que exige a su acreedor el cumplimiento de una prestación.

Lo anterior no se encuentra en el acto del testamento, ya que el heredero no tiene conocimiento de que lo es cuando ha sido instituido en el instrumento público por el testador, además de que éste dicta sus disposiciones como la expresión de su propia voluntad sin que sea necesario que el heredero manifieste su aceptación en el momento del otorgamiento del testamento, lo cual no le resta validez. Como vemos, la falta de acuerdo de voluntades, hace imposible que el testamento pueda normarse por las reglas generales que regulan la contratación. El testamento es un verdadero acto jurídico, porque, como mencioné con anterioridad, es una declaración unilateral de voluntad realizada libremente, y que produce efectos jurídicos.

Otras teorías que se sostienen sobre la naturaleza jurídica del testamento son las siguientes:

- a) Es un acto jurídico de liberalidad, esto en virtud de que a través del testamento, el otorgante favorece a las personas instituidas como herederos o legatarios y la liberalidad consiste en el ánimo de transmitir generosamente bienes propios a determinada persona, sin pretender recompensa material alguna; encuentra su fundamento en la plena voluntad del sujeto testador y no puede verse limitada por ninguna condición cualitativa en la persona del heredero o legatario.

- b) Es un acto gratuito para el otorgante por su misma liberalidad, es decir, que el testador no recibe ninguna prestación como contrapartida de los derechos y/o bienes que transmite, esto en contraposición de los actos jurídicos onerosos, en los cuales sí existe dicha contraprestación.
- c) Es un acto de disposición patrimonial: Por regla general, el contenido de un testamento se refiere, en sus efectos sucesorios, a relaciones con contenido patrimonial sin que se desvirtúe la posibilidad de que también contenga estipulaciones de contenido extrapatrimonial; en ese sentido se orienta nuestra legislación, sin embargo, existe la posibilidad de que el testador no cuente con bienes al momento de otorgar el testamento e incluso en el momento de su muerte, y no por ello sería ineficaz ni dejaría de llamarse testamento a la declaración de última voluntad prestada en esas condiciones y con el fin por ejemplo, de nombrar a alguna persona tutor de los hijos o bien un reconocimiento de los mismos.

4.3. Características

Quiero mencionar que las características que a continuación enumeraré y detallaré, se encuentran reconocidas tanto en la doctrina como en nuestra actual legislación.

1) Acto jurídico unilateral

El carácter unilateral del testamento radica en que solamente es el testador quien expresa su última voluntad, sin necesidad de que concurra otra persona para que la misma sea válida.



Es una declaración totalmente libre e independiente por la cual el testador dispondrá de sus bienes para después de su muerte, sin que sea necesaria la concurrencia o asentimiento del heredero, legatario u otra persona para que se perfeccione el acto.

2) Personalísimo

Aunado a la unilateralidad, encontramos esta característica. La manifestación de última voluntad del testador debe ser expresada por el propio testador, quien no tiene la potestad de delegarla en un tercero, como sí puede ocurrir en otros actos jurídicos. La doctrina y la ley guatemalteca exigen que esa voluntad sea manifestada libremente y por la propia persona que otorga el testamento, esto como máxima garantía de la verdad acerca del contenido del instrumento público.

El testamento ha de constituir una declaración de voluntad de una sola persona, sin que pueda incorporarse a él, conjuntamente, declaraciones de voluntad de terceras personas, para unirlas substancialmente con aquellas. Esta prohibición está contemplada en el Artículo 938 del Código Civil el cual prescribe: “Se prohíbe que dos o más personas otorguen testamento en un mismo acto.”

3) Revocable

Como el testamento consiste en una declaración de voluntad exclusiva de una persona, ésta puede realizar tantas variaciones o cambios como desee, conforme a su libre apreciación o criterio.



El testador tiene la facultad de modificar o revocar el testamento que haya otorgado cuando lo crea conveniente y conforme a su voluntad. El otorgamiento del testamento, mientras viva el otorgante, no implica para él obligación de ninguna especie por la propia naturaleza del acto.

4) Libre

Para que la voluntad expresada en el testamento sea reflejo indudable de los objetivos o propósitos del testador, se requiere que éste proceda con absoluta libertad al dictar sus disposiciones, o en otros términos, que al dictar esas disposiciones, el otorgante no tenga sobre su ánimo presión o coacción de ninguna naturaleza, ya que en caso contrario, no habría realmente voluntad del testador, unilateralidad, ni tampoco sería un acto personalísimo, características esenciales en este acto jurídico.

5) Solemne

La solemnidad del testamento es una característica que consiste en las formalidades legales que deben observarse en su otorgamiento. La ley guatemalteca establece determinadas formalidades con el fin exclusivo de que este acto jurídico de tanta importancia en la vida civil de una persona, ofrezca el máximo de garantías, es decir, una mayor seguridad jurídica; la falta de alguna de ellas vicia el instrumento público, lo cual lo hace nulo e insubsistente para nuestra legislación. Estas formalidades están contempladas en los Artículos 42 y 44 del Código de Notariado, y los Artículos 955 y 956 del Código Civil.



6) Dispositivo de bienes

Esta característica implica que, a través de este acto, el testador dispone del todo o de una parte de sus bienes, y precisamente esta característica se encuentra contemplada expresamente en los Artículos 934 y 935 de nuestro ordenamiento jurídico civil sustantivo. Cabe mencionar que el Artículo 936 impone como única limitación a la libertad de testar, es decir, de disponer de sus bienes, el derecho que algunas personas tienen a ser alimentadas.

En base a las características expuestas, una definición de testamento muy acertada es: El testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, esencialmente revocable, libre y solemne, por medio del cual una persona capaz trasmite a otra u otras personas, sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen con la muerte (por ejemplo: usufructo, uso, habitación, patria potestad, parentesco, matrimonio, unión de hecho, mandato, entre otros); o bien declara y cumple deberes para después de su muerte.

4.4. Interpretación

Lo decisivo al momento de interpretar un testamento es la voluntad del testador en el momento de su otorgamiento.

Toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que parezca claramente que fue otra su voluntad.



La interpretación del testamento no debe hacerse tomando sólo palabras o frases aisladas, sino la totalidad de la declaración de voluntad. Esto es lo que preceptúa nuestro Código Civil en su Artículo 940.

Cabe mencionar que gran parte de las legislaciones civiles de los países de habla latina en el mundo guardan la misma postura que la nuestra con respecto a la interpretación de los testamentos y esto, considero se debe a que toman como base lo que expone la doctrina mayoritaria. Por lo anterior, opino que es oportuno exponer lo que la doctrina indica respecto a este tema.

Algunos autores sostienen que si las palabras del testador no plantean oscuridad alguna, deberá prevalecer el sentido literal de las mismas con arreglo al principio in claris non fit interpretatio.

Sin embargo, la doctrina mayoritaria sostiene que debe concederse preeminencia a la voluntad del testador de modo que todos los criterios de interpretación deberán encaminarse al objetivo de descubrir dicha voluntad sin que quepa atribuir preeminencia al elemento gramatical ni a ningún otro.

Por otro lado, se plantea la cuestión de determinar si son admisibles medios de prueba extrínsecos al testamento para esclarecer el sentido de sus disposiciones o si la interpretación deberá ceñirse a las disposiciones del propio testamento. En relación con esta cuestión, se han manejado diversas posturas:



Algunos autores como De Diego sostienen que la interpretación del testamento deberá únicamente basarse en los datos aportados por el propio testamento, sin recurrir a elementos extrínsecos, mientras que otros autores como Jordano sí aceptan como admisibles tanto los intrínsecos como los extrínsecos, ya que consideran que la legislación que dispone “toda disposición testamentaria deberá interpretarse en el sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador”, se limita a expresar el objeto sobre el que debe recaer la actividad del intérprete sin determinar los medios que deban emplearse a tal efecto.

El tratadista Castán Tabeñas, citado por Federico Puig Peña en sus diferentes obras, señala tres principios fundamentales:

- “1) Que cuando el testador haya expresado adecuadamente sus pensamientos, no sienta ambiguos ni oscuras sus cláusulas, el testamento ha de estarse a su literal contexto (interpretación gramatical).
- 2) En caso de duda y pugna entre la letra y el espíritu del testamento, ha de prevalecer la intención sobre las palabras en virtud del principio subjetivista que inspira nuestro derecho.
- 3) La intención del testador ha de deducirse del tenor del mismo testamento; aquí a diferencia de la interpretación de las obligaciones; y siendo el contrato gratuito, se optará por el sentido que beneficie a los herederos o legatarios instituidos en el testamento, y por el contrario, todo lo que se suponga carga o gravamen para dichos herederos o legatarios deberá restringirse”.



5. Formas testamentarias

5.1. Reseña histórica

Iniciaré exponiendo la evolución histórica de las formas testamentarias, de acuerdo a lo expuesto por grandes juristas.

Gayo indica que las formas más antiguas de los testamentos son dos: el testamento ante los comicios curiados y el testamento ante el ejército:

- Testamento ante los comicios curiados (*testamentum calatiis comitis*): éste se realizaba en tiempos de paz, en las reuniones que los comicios dedicaban dos veces al año a la confección de testamentos.
- Testamento en procinto, o en pie de guerra (*in procinctu*), es decir, cuando se tomaban las armas para ir a la guerra; pues procinto se llama al ejército cuando está dispuesto y armado.

Una vez desaparecidas estas antiguas formas testamentarias, la que permanece durante la época clásica es el testamento oral o escrito por el bronce y la balanza, el cual consiste en el acto solemne de la *mancipatio* (acto más arcaico y solemne de adquirir la propiedad de las cosas; es un negocio *iure civilis*, por tanto, en principio sólo válido entre ciudadanos romanos), por la que el disponente vendía sus bienes a una persona de confianza (*mancipatio familiae*), en presencia del portador de la balanza (*libripens*) y de cinco testigos. La persona que recibe los bienes en custodia se compromete a entregarlos a quien había designado el disponente.



Este procedimiento de hacer intervenir un fiduciario se remonta a una época antigua. En una primera etapa, las declaraciones del testador serían orales (nuncupatio, para después convertirse en escritas a través de la utilización de tablillas enceradas, que se presentan a los testigos para que las autentiquen con sus sellos. A pesar de la mayor difusión del testamento escrito, se siguió admitiendo el testamento oral o nuncupativo hasta el punto de que coexistir con el escrito.

En la época postclásica se confunden las distintas formas testamentarias y resulta un sistema poco preciso, sobre todo por la influencia de prácticas provinciales.

La distinción clásica entre testamento civil y testamento pretorio ahora se mantiene referida a dos clases de testamento: el abierto, que se hace ante cinco testigos, y el cerrado, que se presenta con la firma de siete. Del testamento cerrado o escrito deriva el que Justiniano llama tripartito, porque tiene un triple origen: del derecho civil, la presencia simultánea de los testigos; del derecho pretorio, la exigencia de los siete sellos de los testigos, y del derecho imperial, el requisito de la firma de estos testigos.

Junto a estas formas, se introducen otras en las que participan jueces o funcionarios públicos. Honorio y Teodosio regulan el testamento apud acta que se practica ante el juez o autoridad municipal y el testamento depositado en el archivo imperial (testamentum principi oblatum).

A pesar de lo anterior, se admiten para casos especiales otras formas que se consideran extraordinarias, siendo estas las siguientes:



- Testamento en tiempos de epidemia (testamentum pestis conditum).
- Testamento que se hace en el campo (ruri conditum)
- Testamento del ciego.
- Testamento del analfabeto.
- Testamento en beneficio de la Iglesia o de obras pías.

Justiniano, además de estas innovaciones, volvió al régimen clásico al exigir la forma de testamento con siete testigos, para poder instituir heredero.

5.2. Doctrina y legislación

Atendiendo a la doctrina, algunos autores exponen que los testamentos pueden ser públicos o privados, según que al momento del otorgamiento intervenga funcionario público o no. Al respecto, Diego Espín indica: "Desde diversos puntos de vista pueden clasificarse los testamentos: a) según que se exija intervención de un funcionario público o no, se dividen en públicos o privados; y b) por la razón de la normalidad o anormalidad de las circunstancias en que se otorgan, en comunes y especiales pudiéndose distinguir estas circunstancias especiales en referentes a la persona del testador."²⁶

Refiriéndose específicamente al testamento privado, el autor Rafael de Pina se expresa así:

²⁶ Ob Cit; pág. 237.



“El testamento privado se caracteriza por la formula legal de las disposiciones de ultima voluntad reconocida para casos verdaderamente urgentes. Las circunstancias en que este testamento se encuentra autorizado manifiestan, todas ellas, el apremio de utilizarlo ante el riesgo de que, de otra manera, la voluntad de testar del interesado quedase frustrada y, en contra de sus deseos, la transmisión de su patrimonio quedase entregada a las reglas de la sucesión legitima y cualquier género de disposición no patrimonial que hubiese tenido el propósito de formular igualmente impedida.”²⁷

Es importante hacer notar que estas formas testamentarias no son utilizadas en la mayoría de legislaciones, incluyendo la nuestra; siendo las más generalizadas las siguientes: los testamentos comunes y los testamentos especiales.

Nuestro Código Civil dentro del Título II del Libro Tercero contiene el capítulo II denominado De la forma de los testamentos; el Artículo 954 establece: “Los testamentos en cuanto a su forma, son comunes y especiales. Son comunes, el abierto y el cerrado. Son especiales los que se otorguen en los casos y condiciones que se expresan en este capítulo”.

5.2.1. Testamentos comunes

Manuel Ossorio, refiriéndose a la persona del testador indica que testamento común es: “El que puede otorgar cualquier con capacidad jurídica y aptitudes físicas normales”.²⁸

²⁷ De Pina Vara, Rafael, **Elementos de derecho civil mexicano**, volumen II, pág. 292.

²⁸ **Ob Cit**; pág. 744.



De Pina Vara lo define así: “Testamentos comunes u ordinarios son los que la ley regula para que sean otorgados en las circunstancias y con las formalidades normales.”²⁹

Tomando en consideración lo anteriormente expuesto, se puede decir que son aquellos que son otorgados por personas civilmente capaces y que deben contener las formalidades o requisitos que la ley establece como regla general para toda forma de testamento.

La doctrina clasifica estos testamentos en abiertos, ológrafos y cerrados, pero nuestra legislación civil sustantiva reconoce únicamente los primeros y los últimos mencionados, por lo que, más adelante en el presente trabajo, me detendré a describir ampliamente solamente estos, pues son los que guardan relación con el tema medular del presente trabajo de investigación.

A pesar de lo expuesto, no quiero dejar de mencionar que existen testamentos comunes excepcionales, que conllevan modalidades especiales en relación a los que generalmente se exigen para la manifestación ordinaria de voluntad y esto en base a características específicas en la persona del testador, usualmente enfermedades o defectos físicos.

En el caso de nuestra legislación, se encuentran regulados el testamento del ciego y el testamento del sordo.

²⁹ Ob. Cit; págs. 321-322.



Si fuera el testador una persona ciega, deben comparecer tres testigos instrumentales y el testamento se lee en voz alta dos veces, la primera por el notario autorizante, y la segunda por uno de los testigos que elija el testador, haciendo constar esta circunstancia, tal y como lo establece el Artículo 957 del Código Civil. La persona ciega tiene prohibición expresa de otorgar testamento cerrado.

En el caso de que se trate de una persona sorda, adicionalmente se requiere que él lea en voz inteligible el instrumento en presencia del Notario y los testigos, lo que se hace constar en el instrumento público. Si lo desea, esta persona puede otorgar testamento común cerrado, pues la ley no lo prohíbe expresamente, siempre y cuando sepa leer y escribir.

5.2.1.1. Testamento común abierto

Dentro de la doctrina se contemplan muchas definiciones de testamento común abierto, sin embargo transcribiré las que considero son las más acertadas.

“El testamento común abierto es la manifestación de última voluntad de una persona que se lleva a cabo en presencia de las personas que deben autorizar el acto, las cuales quedan enteradas de lo que en él se dispone y que se realiza con las formalidades legales.”³⁰

³⁰ Fenech, Miguel, **Enciclopedia práctica de derecho**, volumen I, pág. 1,409.



Rojina Villegas indica: “Es un testamento ordinario y formal en el cual el testador manifiesta claramente su voluntad ante notario y tres testigos, y el notario redacta por escrito esa manifestación, sujetándose estrictamente al tener de ella; una vez hecha la redacción, dará lectura al testamento y si el testador da su conformidad, será firmado por éste, el notario y los testigos.”³¹

Nuestro Código Civil, al referirse a esta forma testamentaria, prescribe en su Artículo 955: “El testamento común abierto deberá otorgarse en escritura pública, como requisito esencial para su validez”. Para el efecto, el testador entrega al notario la minuta de sus disposiciones testamentarias o las manifiesta de palabra, así lo establece el Artículo 956 del referido cuerpo legal. El Notario redacta el testamento cumpliendo las formalidades del Código Civil y las contenidas en los Artículos 29, 31, 42 y 44 del Código de Notariado, y procede a su lectura en presencia de dos testigos instrumentales, en un solo acto y sin interrupción. Cabe resaltar de lo expuesto anteriormente, lo siguiente: a) El testamento abierto es fundamentalmente de carácter notarial con la conjunción necesaria de testigos, quienes deben ser idóneos. Tanto el notario como éstos deben ver y entender a la persona del testador, esto en virtud de la trascendencia del acto.

La función que desempeñan los testigos es fundamentalmente activa, ya que con su acto de presencia quedan investidos de obligaciones tales como la de manifestar si conocen al testador, la de formar juicio sobre la capacidad del mismo, escuchar la lectura del instrumento y por último firmario.

³¹ Ob. Cit; pág. 402.



El testamento abierto supone el conocimiento, en un ambiente de publicidad forzosa, de las disposiciones testamentarias, por el notario y los testigos. Frente a ellos debe expresar su deseo de otorgar testamento, y seguido de esto expresar su última voluntad.

Una característica del testamento abierto es que este quedará bajo la custodia y cuidado del notario puesto que se encuentra contenido en su protocolo, en escritura pública.

El Código de Notariado en su Artículo 75 establece: "mientras viva el otorgante de un testamento (...), solo a él podrá extenderse testimonio o copia del instrumento."

En base a esto último, desde el punto de vista puramente formal, puedo definir testamento común abierto como aquel instrumento público que contiene la última voluntad del testador en lo que se refiere a la disposición de sus bienes, derechos y obligaciones para después de su fallecimiento, otorgado ante un notario y en presencia de dos testigos instrumentales (en otros países puede ser ante un funcionario público o autoridad facultada para el efecto y el número de testigos puede variar).

5.2.1.2. Testamento común cerrado

Esta es otra forma de testamento común, reconocida así tanto por la doctrina como por nuestra legislación.



Para el jurista Rojina Villegas, el testamento común cerrado “es aquel en el cual el testador hace sus disposiciones en un documento privado, que guarda en un sobre cerrado, y que es escrito por el mismo testador o por otra persona a su ruego, firmando al calce y rubricando todas las hojas y si no sabe o no puede firmar, lo hará otro a solicitud suya.”³²

La definición que otorga el tratadista Miguel Fenech es la siguiente: “es aquel en que el testador por si o por otra persona escribe su última voluntad que entrega bajo pliego cerrado al Notario y testigos, declarando a éstos que en el sobre está contenida su última voluntad, cuyo contenido permanece secreto, siendo público tan solo el acto de hacer constar que dentro del sobre está su testamento.”³³

Así también, Puig Peña expone que el testamento cerrado “es aquel en que el testador, sin revelar su última voluntad, manifiesta, en presencia del notario y los testigos que han de autenticar el acto, que aquella se haya contenida en el pliego cerrado y sellado que al efecto presenta.”³⁴

Se desprende de las definiciones anteriores las siguientes características:

1. Esta forma testamentaria supone el secreto material de las disposiciones testamentarias, así como la prohibición de publicidad formal de su contenido.

³² Ob. Cit; pág. 403.

³³ Ob Cit; pág. 1,405.

³⁴ Ob. Cit; pág. 280.



Lo primero en virtud de que el documento se encuentra contenido en un sobre debidamente sellado por el propio testador o una persona a su ruego, de modo que nadie pueda enterarse de su última voluntad. Y aquello último, en virtud de que el testador no está obligado a manifestar a viva voz lo que plasmo en dicho documento.

2. El otorgamiento de este documento conlleva fases que deben llevarse a cabo para que el mismo surta efectos jurídicos, fases que más adelante explicaré.
3. Tomando como punto de partida lo anterior, el testamento cerrado necesariamente adopta un carácter notarial, en virtud de la intervención de un profesional del derecho al momento en que el testador le hace entrega del sobre debidamente cerrado.

En cuanto a las fases en el otorgamiento de este testamento, existen diversos criterios sostenidos por grandes juristas de la materia. Gran parte de los civilistas las dividen en dos: una fase privada y otra pública. La primera fase, es decir la privada, consiste en la declaración de voluntad del testador que es secreta y que incluye la redacción del testamento por el propio testador o por otra persona a su ruego. Esto es lo fundamental del otorgamiento de esta clase de testamento. La fase pública la constituye el momento de la intervención del Notario, cuando éste realiza su función autenticadora al dar fe que dentro del sobre cerrado que le fue entregado por el testador se encuentra su última voluntad.



No obstante, Diego Espín hace una división de tres fases, siendo las siguientes:

La primera de estas fases es la llamada privada o secreta que constituye la redacción del testamento por el propio testador, conociendo solamente él su contenido.

La fase de comparecencia ante el notario y testigos es la segunda fase y en ésta se dan las formalidades que acreditan que el pliego presentado por el testador contiene su última voluntad.

La tercera fase, la de conservación del testamento, se refiere al momento en que se hace entrega del sobre cerrado a determinada persona o al notario, quien guardará el testamento y queda obligado a su presentación a la autoridad judicial competente, al saber del fallecimiento del otorgante.

En los Artículos del 959 al 964 del Código Civil se encuentra reflejado lo expuesto por el jurista Espín, solamente que dicho cuerpo legal no lo prescribe expresamente como fases o etapas en el otorgamiento de testamento común cerrado.

El tema relativo a las formalidades o solemnidades de las formas testamentarias se profundizará más adelante, pero a grandes rasgos puedo indicar que, de acuerdo a lo establecido por el Artículo 959 del referido cuerpo legal, además de las solemnidades prescritas en dicho Artículo, en el otorgamiento del testamento cerrado se observarán las prescritas para el testamento abierto.



5.2.2. Testamentos especiales

Cabe resaltar que hay ocasiones en las cuales una persona desea disponer de sus bienes, derechos y obligaciones para después de su muerte pero por las condiciones en las que se encuentra no puede hacerlo de la forma convencional u ordinaria, por lo que tanto la doctrina como nuestra legislación reconoce los llamados testamentos especiales; Estos son aquellos otorgados en tiempos o lugares en que la situación reinante es inusual o extraordinaria.

Nuestro Código Civil distingue cuatro formas a saber:

1. El testamento militar: En el Derecho Romano se consideró como un testamento privilegiado, tanto en su forma como en cuanto a su contenido. Es un testamento que se otorga en zona y en tiempo de guerra, es decir, en un lugar en el que parece que no será posible otorgar testamento ordinario (notarial).

De acuerdo al Artículo 965 del cuerpo legal citado, es aquel testamento abierto otorgado por militares en campaña, rehenes, prisioneros o demás individuos empleados en el Ejército o que sigan a éste que se encuentren ya sea en el país al cual sirven o en país extranjero, y el cual es otorgado ante el oficial bajo cuyo mando se encuentran, o bien ante el facultativo que lo asista o ante cualquier oficial, en el caso de que estuviere enfermo o herido; pero en todos los casos será necesaria la presencia de dos testigos que sepan leer y escribir, y si el testador no pudiese firmar, lo hará por él cualquiera de los dos testigos. Estos testigos, a mi criterio, pueden ser civiles o militares ya que la ley no lo especifica.



Como obligación posterior al otorgamiento del testamento, se deberá remitir al Cuartel General lo más pronto posible, para luego éste remitirlo al Ministerio de la Defensa, tal como lo prescribe el Artículo 966 del Código Civil.

Si el testador hubiere fallecido en esas circunstancias, el titular del Ministerio antes mencionado, deberá enviarlo al Juez del último domicilio del testador y en caso de que éste no fuere conocido, el testamento deberá ser remitido a cualquier Juzgado de Primera Instancia del Ramo Civil del departamento de Guatemala para que éste de oficio cite a los herederos y a las demás personas que tengan interés. Éstos deberán solicitar que el testamento sea protocolizado en la forma que prescribe el Código Procesal Civil y Mercantil.

2. Testamento marítimo: Puig Peña expone que el testamento marítimo es "aquel que pueden otorgar todos aquellos que vayan a bordo de una nave en un viaje marítimo"³⁵ y lo clasifica en:

1) Ordinario: que puede ser abierto o cerrado, ya sea que el testador manifieste su última voluntad ante la persona quien debe autorizar el testamento, o bien que manifieste que la plica que presenta contiene su disposición testamentaria; y 2) Extraordinario: el cual llama testamento marítimo de urgencia, porque éste no solo se otorga en casos de accidentes marítimos sino que también cuando la mar esté tranquila pero surgen eventos no predecibles, como por ejemplo bombardeos por parte de algún enemigo, o incendios dentro de la nave.

³⁵ Ob Cit; pág. 339.



Dentro de nuestra legislación, esta clase de testamento especial puede ser abierto o cerrado y se concibe de esta forma como el otorgado en viaje por mar (en buque de guerra o mercante), y accesible a todos los tripulantes y pasajeros.

Esta forma testamentaria se encuentra regulada en el Código Civil en los Artículos 967 al 970, los cuales establecen, entre otros requisitos, que siempre deberá otorgarse en presencia de dos testigos que sepan leer y escribir que serán elegidos entre los pasajeros, y el cual será custodiado por el comandante o por el capitán, y se hará mención de él en el diario de navegación.

3. Testamento en lugar incomunicado: este testamento se caracteriza por otorgarse con ocasión de epidemia que tuvo como resultado la permanencia del testador en un lugar incomunicado y aislado, por lo que las disposiciones testamentarias podrán manifestarse ante el juez local y en presencia de dos testigos que sepan leer y escribir, como lo prescribe el Artículo 971 del referido cuerpo legal.

Dicho Artículo no especifica si el testamento debe ser abierto o cerrado, por lo que considero, esto queda a elección del testador, siempre y cuando no se encuentre el testador comprendido dentro de los casos enumerados en el Artículo 960 del cuerpo legal citado sobre las personas que no pueden otorgar testamento cerrado.

4. Testamento de preso: Se refiere a la manifestación de última voluntad que puede otorgar una persona que se encuentra privada de libertad.



El Artículo 972 del Código Civil no indica cual debe ser el motivo por el cual se encuentra en prisión, por lo que considero este testamento puede ser otorgado por personas que se encuentran sujetas a la medida sustitutiva de prisión preventiva o cumpliendo una condena. El testador deberá manifestar su última voluntad ante el jefe de la prisión y en presencia de testigos que sepan leer y escribir, pudiendo ser, a falta de otros, los detenidos o presos.

La característica especial de los testamentos especiales es que éstos son solamente válidos si el testador muere durante la situación especial o extraordinaria en que se encuentra al momento de otorgar su testamento o dentro de los noventa días siguientes a la cesación de ella, esto de acuerdo al Artículo 973 del Código Civil, y es por esto que se desprende que el testador otorgó su testamento bajo tal circunstancia especial motivado por un latente peligro de muerte.

En cuanto al testamento otorgado en el extranjero, nuestra legislación no lo reconoce como un testamento especial, sin embargo considero que sí podría ser considerado como uno de ellos, pues se caracteriza por estar sujeto a las formalidades que establecen las leyes del país en que se otorgue o al que pertenezca el buque en que se transporta el testador.

Esta forma testamentaria se encuentra regulada en los Artículos 974, 975 y 976 del Código Civil los cuales indican que se trata del testamento que otorgan guatemaltecos mientras se encuentran fuera del territorio nacional, ya sea en tierra o a bordo de un buque extranjero.



Cabe mencionar que nuestra legislación faculta a los guatemaltecos que se encuentran en país extranjero a otorgar testamento, abierto o cerrado, ante el agente diplomático o consular de Guatemala, residente en el lugar del otorgamiento si éste fuere notario.

Analizando lo anterior, considero que en estos casos, el testamento que autorice el agente diplomático o consular de Guatemala deberá contar con las formalidades que el Código de Notariado, el Código Civil y la Ley del Organismo Judicial (en cuanto a su protocolación) prescriben para dichos instrumentos públicos, en virtud de que estos últimos serán autorizados en sedes diplomáticas consideradas parte del territorio guatemalteco, por lo que rigen los principios locus regit actum y lex loci celebrationis contemplados en los Artículos 28 y 29 de la Ley del Organismo Judicial que respectivamente establecen: “Las formalidades extrínsecas de los actos y negocios jurídicos se regulan de acuerdo a la ley del lugar de su celebración” y “las formalidades intrínsecas de los actos y negocios jurídicos, se regulan de acuerdo a la ley del lugar de su celebración.”

No quiero dejar de mencionar lo establecido en el Artículo 975 del Código Civil sobre el denominado, en la doctrina, “testamento mancomunado”.

El testamento mancomunado se refiere al acto naturalmente revocable por el cual dos personas ordenan, en un mismo instrumento, para después de su muerte, con o sin liberalidades mutuas y disposiciones respectivas, el destino de todos sus bienes o de parte de ellos.



Nuestra legislación civil contiene la prohibición expresa de que dos o mas personas otorguen testamento en un mismo acto, por lo que el legislador consideró importante resaltar en el referido Artículo que no será válido en Guatemala esta clase de testamento otorgado por guatemaltecos en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de esa nación. De esta forma se reconoce la característica de unilateralidad del testamento en Guatemala.





CAPÍTULO III

6. Formalidades que se exigen en el otorgamiento de testamentos en la legislación guatemalteca

6.1. En el testamento común abierto

Antes de profundizar en el tema de las formalidades que deben cumplirse en el otorgamiento de testamento común abierto, considero relevante señalar que nuestra legislación, específicamente el Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República, en su Artículo 31, exige para todos los instrumentos públicos el cumplimiento de determinadas formalidades.

En cuanto a los testamentos, el referido cuerpo legal contiene un capítulo denominado “Formalidades Especiales para Testamentos y otras Escrituras”, en el cual se regulan las formalidades especiales y esenciales que debe contener este instrumento. En el Artículo 42 se establece que el testamento debe estar contenido en escritura pública, por lo cual debe entenderse que se trata del testamento común abierto regulado en el Código Civil lo que confirma lo prescrito en su Artículo 955 sobre su solemnidad, y cual lo hace encajar dentro de la clasificación doctrinaria de los instrumentos públicos protocolares o principales. Manifiesto que se entiende que se refiere al testamento común abierto pues el testamento cerrado, por su naturaleza y como se mencionó anteriormente en este trabajo, es redactado por el propio testador en hojas simples.



Además de no debe dejarse de lado el factor que el papel sellado especial para protocolos es de uso exclusivo para los notarios en ejercicio, tal como lo prescribe el Artículo 9 del cuerpo legal citado en el primer párrafo.

Dicho Artículo señala que además de contener las formalidades generales previstas para todos los instrumentos públicos, la escritura pública de testamento deberá contener las especiales siguientes:

1. La hora y sitio en que se otorga el testamento;
2. La nacionalidad del testador;
3. La presencia de dos testigos que reúnan las calidades que exige el Código de Notariado (estos son los que la doctrina denomina testigos instrumentales);
4. Fe de la capacidad mental del testador, a juicio del notario;
5. Que el testador exprese por sí mismo su voluntad;
6. Que el testamento se lea clara y distintamente por el testador o la persona que él elija; y se averigüe al fin de cada cláusula, viendo y oyendo al testador, si lo contenido en ella es la expresión fiel de su voluntad;
7. Que si el testador no habla el idioma español, intervengan dos intérpretes elegidos por él mismo para que traduzcan sus disposiciones en el acto de expresarlas;
8. Que el testador, los testigos, los interpretes, en su caso y el notario, firmen el testamento en el mismo acto (aquí se ve reflejado el principio que se denomina unidad del acto);
9. Que si el testador no sabe o no puede firmar, ponga su impresión digital y firme por el un testigo más, que deberá reunir las mismas calidades de los testigos instrumentales (éste es el denominado en la doctrina testigo híbrido).



El Código Civil, Decreto Ley 106, en la parte conducente del segundo párrafo de su Artículo 956 agrega una formalidad que deberá cumplir el notario una vez ha redactado el testamento, a saber: “El notario (...) procederá a su lectura en presencia de los testigos, en un solo acto y sin interrupción (...)”, por lo que se puede decir que son diez las formalidades especiales que debe contener la escritura pública de testamento.

El Artículo 44 del Código de Notariado, Decreto número 314 del Congreso de la República, indica que son formalidades esenciales de los testamentos las siguientes:

1. La hora en que se otorgan;
2. La presencia de dos testigos;
3. La expresión por el testador, de su última voluntad;
4. La lectura del testamento o de la donación en su caso; y
5. Las firmas del otorgante o su impresión digital, en su caso; de los testigos y del notario, y de los intérpretes, si los hubiere.

De lo anterior se desprende que la escritura pública de testamento debe contener las formalidades generales de todo instrumento público, las especiales y además las esenciales que el referido cuerpo legal especifica. Considero que se trata de un instrumento público muy especial desde el punto de vista formal, lo cual genera que el notario autorizante preste especial cuidado en su redacción.

Dentro de las obligaciones posteriores al otorgamiento de testamentos abiertos se encuentran las siguientes:



- El Notario autorizante deberá comunicar al Registro General de la Propiedad, así como al Segundo Registro de la Propiedad ubicado en el departamento de Quetzaltenango, por escrito, dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se autorizó el testamento, los datos expresados en el Artículo 1193 del Código Civil, Decreto Ley 106, bajo pena de veinticinco quetzales de multa, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales y civiles, esto según lo prescrito en el Artículo 45 del Código de Notariado, Decreto número 314 del Congreso de la República.

El Artículo 1193 en mención, específicamente en el numeral 1º, detalla lo que contendrá el libro de testamentos abiertos y donaciones por causa de muerte del Registro de Testamentos y de Donaciones por Causa de Muerte adscrito al Registro General de la Propiedad.

- El notario deberá remitir al Director del Archivo General de Protocolos, dentro de los veinticinco días hábiles siguientes al otorgamiento del testamento, testimonio especial en hojas simples con los timbres fiscales y notariales adheridos de conformidad con la ley, el cual se entregará en plica (sobre) firmada y sellada por el Notario, expresando en la misma, el número de orden, lugar, fecha, hora y objeto del instrumento, nombre del otorgante, así como el número y registro de las hojas de papel sellado especial para protocolos en las que fue extendido, todo lo anterior de conformidad con el Artículo 37 del Código de Notariado, Decreto número 314 del Congreso de la República. Es importante mencionar que dicho cuerpo legal consigna que el testimonio especial debe remitirse en papel sellado del menor valor, sin embargo en la actualidad éste no existe.



Para solventar esta situación, la Ley del Impuesto de Timbre Fiscal y Papel Sellado Especial para Protocolos, Decreto número 37-92 del Congreso de la República, reguló en su Artículo 5 numeral 6 que debe adherirse a cada hoja de papel un timbre fiscal de cincuenta centavos.

Así también la Ley de Timbre Forense y Timbre Notarial, Decreto 82-96 del Congreso de la República, en su Artículo 3 numeral 2 literal d) indica que los Notarios en ejercicio que autoricen testamentos abiertos deberán adherir timbres notariales por el valor de veinticinco quetzales en la plica que contenga el testimonio de la disposición de última voluntad del testador.

Otra característica que diferencia el testamento de otro instrumento público protocolar es lo que el Artículo 75 establece con respecto al testimonio del mismo: "Mientras viva el otorgante de un testamento o donación por causa de muerte, sólo a él podrá extenderse testimonio o copia del instrumento", esto con la finalidad de mantener en secreto las disposiciones de última voluntad del testador y garantizar la libertad del otorgante en este tipo de actos personalísimos.

6.2. En el testamento cerrado

El Artículo 959 del Código Civil, Decreto Ley 106, se señala que el testamento cerrado deberá contar con las solemnidades pertinentes prescritas para el testamento abierto, además de las que se enumeran en dicho Artículo.



Por la forma en que se encuentra redactado el Artículo en mención, pareciera que el legislador utilizó como sinónimos las palabras solemnidades y formalidades, por lo que debe entenderse que las solemnidades a que se refiere dicho Artículo son las formalidades especiales y esenciales que se encuentran reguladas en el Código de Notariado, Decreto número 314 del Congreso de la República y que fueron enumeradas en el presente trabajo anteriormente. A su vez, el legislador utilizó el término pertinente para hacer referencia de que no serán aplicables las formalidades de dicho cuerpo legal que contraríen las enumeradas en el Artículo en mención para esta forma testamentaria.

Las solemnidades específicas, como las denomina dicho Artículo, para los testamentos cerrados son las siguientes:

1. El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada, de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta;
2. En presencia del notario y los testigos, y los intérpretes en su caso, manifestará el testador que el pliego que presenta contiene su testamento y si está escrito y firmado por él o escrito por mano ajena y si, por no poder firmar, lo ha hecho a su ruego otra persona, cuyo nombre expresará;
3. Sobre la cubierta del testamento extenderá el notario el acta de su otorgamiento, dará fe de haberse observado las formalidades legales; y
4. Extendida y leída el acta la firmarán el testador, los testigos, los intérpretes si los hubiere y la autorizará el notario con su sello y firma.

Si el testador no puede firmar, pondrá su impresión digital, y un testigo más,



designado por él mismo, firmará a su ruego.

El Artículo 963 de dicho cuerpo legal prescribe que el testador podrá conservar en su poder el testamento, encomendar su guarda a persona de su confianza, o depositarlo en poder del notario, lo cual se hará constar en el acta de otorgamiento antes mencionada.

Las obligaciones posteriores a la autorización del testamento cerrado son las siguientes:

- De acuerdo al Artículo 962 del Código Civil, el notario entregará el testamento al testador, después de transcribir en el protocolo, con el número y en el lugar que le corresponde, el acta de otorgamiento. Dicho instrumento será firmado también por todos los que en el acto intervinieren. Este instrumento público, como se mencionó en su oportunidad, no es considerado por el Código de Notariado como un instrumento público protocolar, sin embargo a mi criterio, sí lo es.
- El Notario autorizante deberá comunicar al Registro General de la Propiedad, así como al Segundo Registro de la Propiedad ubicado en el departamento de Quetzaltenango, por escrito, dentro de los quince días siguientes a la fecha en que se otorgó el testamento, los datos expresados en el Artículo 1193 del Código Civil, Decreto Ley 106, bajo pena de veinticinco quetzales de multa, sin perjuicio de las demás responsabilidades penales y civiles, esto de acuerdo a lo establecido en el Artículo 45 del Código de Notariado.



El Artículo 1193 en mención, específicamente en el numeral 2º, detalla que el libro de testamentos cerrados del Registro de Testamentos y de Donaciones por Causa de Muerte adscrito al Registro General de la Propiedad, contendrá copia íntegra del acta de otorgamiento faccionada en la plica que protege el testamento.

- El notario deberá remitir al Director del Archivo General de Protocolos, dentro de los veinticinco días hábiles siguientes al otorgamiento del testamento, testimonio especial de la transcripción que se realizó en el protocolo del acta de otorgamiento faccionada en la cubierta del testamento cerrado, en hojas simples con los timbres fiscales y notariales adheridos de conformidad con la ley.

Es importante resaltar que tanto el acta de otorgamiento que se redacta en la cubierta del testamento cerrado, como su transcripción en el protocolo, no revela la última voluntad del testador, la cual es conocida únicamente por el testador, y es por esto que el testimonio especial en mención no va contenido en plica.

Para el testimonio especial de este instrumento público también aplica lo establecido en la Ley del Impuesto de Timbre Fiscal y Papel Sellado Especial para Protocolos sobre el timbre fiscal de cincuenta centavos que debe adherirse a cada hoja de papel, por no existir el papel sellado. Así también la Ley de Timbre Forense y Timbre Notarial, Decreto 82-96 del Congreso de la República, en su Artículo 3 numeral 2 literal d) indica que los Notarios en ejercicio que autoricen testamentos cerrados deberán adherir timbres notariales por el valor de veinticinco quetzales en la razón notarial del testimonio especial de dicho instrumento público.



Como obligación posterior al fallecimiento del testador, el Artículo 964 del Código Civil, indica que el notario o la persona que tenga en su poder el testamento cerrado debe presentarlo al juez competente a más tardar dentro de diez días luego que sepa el fallecimiento del testador, bajo pena de responder de los daños y perjuicios.

El Código Procesal Civil y Mercantil contiene las normas jurídicas que regulan el proceso judicial a seguir una vez ha sido presentado el testamento cerrado al juez competente, dentro de lo que se incluye, entre otras cosas, la diligencia de apertura y lectura del mismo, así como su oportuna protocolización.

El Artículo 473 establece que una vez ha sido protocolizado el testamento cerrado, se procederá como se dispone para el proceso sucesorio en caso de testamento abierto, lo cual puede ser de forma judicial o extrajudicial.

7. Consecuencia de la omisión de formalidades

7.1. En los instrumentos públicos en general

Como bien se mencionó con anterioridad, uno de los primeros efectos del instrumento público es exteriorizar la voluntad de las partes.

Con esto quiero decir que dicha voluntad adopta una forma jurídica que, a su vez, produce efectos jurídicos como lo son la validez y eficacia del instrumento público.



Para Ossorio, validez es la "cualidad de un acto o contrato jurídico para surtir los efectos legales propios, según su naturaleza y la voluntad constitutiva"³⁶.

El jurista Nicolás Gattari explica que la validez consiste en el cumplimiento de lo normativo, legal o voluntario. La validez está relacionada con la constitución originaria del acto jurídico en su doble dimensión: negocio e instrumento. Ambos se integran estructuralmente con los elementos que se encuentran contenidos en la norma legal.

Nuestro Código Civil, en la parte conducente del Artículo 1251, norma los llamados requisitos o elementos esenciales del negocio jurídico, a saber: "(...) capacidad legal del sujeto que declara su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito". Este Artículo hace referencia al fondo del negocio jurídico. Si bien es cierto que el negocio jurídico necesariamente debe reunir los elementos esenciales de validez, debemos tomar en consideración que es a través de su forma jurídica que se pondrá de manifiesto ante la sociedad. La forma jurídica se refiere al elemento exterior del negocio jurídico, es decir, las formalidades o solemnidades que deben cumplirse de conformidad con la ley, en el caso de Guatemala, lo estipulado en el Código de Notariado

Analizando lo estudiado puedo afirmar que la validez abarca el cumplimiento tanto de requisitos de fondo, es decir los requisitos propios del negocio jurídico, como de las formalidades o solemnidades que exige la ley, pues ambos elementos (intrínsecos y extrínsecos) van concatenados, no pueden ser aisladamente considerados. Cumplido lo anterior, nos encontramos frente a un estado de validez.

³⁶ Ob Cit; pág. 979.



Se desprende de lo anterior que la invalidez surge por faltar o estar viciado alguno de los elementos esenciales del negocio jurídico; por haber sido infringida una norma, lo que genera que el acto sea defectuoso en su constitución interna. Por otra parte, la eficacia es definida por Cabanellas como el logro de la conducta prescrita; en la concordancia entre la conducta querida por el orden y la desarrollada de hecho por los individuos sometidos a ese orden. En otras palabras, eficacia se refiere a la capacidad de alcanzar el efecto que se espera o desea tras la realización de una acción.

Larraud, en su obra, explica la eficacia del instrumento público de la siguiente manera:

- La eficacia constitutiva se refiere a la forma del acto
- La eficacia de tráfico consiste en el título
- La eficacia procesal se refiere a que constituye prueba en juicio
- La eficacia ejecutiva consiste en la calidad de título ejecutivo

Un acto es ineficaz cuando cualquier obstáculo o defecto impide que nazcan sus consecuencias, tanto aquellas que responden a la voluntad de las partes, como las que se producen dentro de la ley. Un acto puede tener todos los elementos constitutivos en forma, y aún así ser ineficaz porque un obstáculo externo podría impedir la producción de los efectos.

Así, si el instrumento público carece de veracidad o existe inexactitud comprobada en su contenido (hechos narrados), se está frente al delito de falsedad, lo cual produce la ineficacia del negocio jurídico.



La ineficacia también surge en base al aspecto de la legalidad del instrumento, esto quiere decir que éste no se ha ajustado a los requisitos o formalidades establecidos en la ley, lo cual genera la figura jurídica de la nulidad.

Guillermo Cabanellas define nulidad como “carencia de valor; falta de eficacia”³⁷

Específicamente en el ámbito jurídico, Ossorio expresa que la nulidad se refiere a la “ineficacia en un acto jurídico como consecuencia de carecer de las condiciones necesarias para su validez, sean ellas de fondo o de forma.”³⁸

Por su parte, Eduardo Couture indica que la nulidad es “el vicio de que adolece un acto jurídico cuando se ha verificado con violación o apartamiento de ciertas normas, o con la omisión de los requisitos indispensables para la validez del mismo”.³⁹

Un acto es considerado nulo cuando a pesar de que reúne todas las condiciones esenciales para la existencia de todo acto jurídico, se encuentra afectado de un vicio que le impide ser válido y por ende es ineficaz.

La doctrina contiene diversas clasificaciones de nulidad, dependiendo de su fuente, por lo que iniciaré exponiendo que, partiendo del negocio jurídico como tal, la nulidad se divide en: nulidad absoluta y nulidad relativa.

³⁷ Ob Cit; pág. 293.

³⁸ Ob Cit; pág. 491

³⁹ Couture, Eduardo, *Vocabulario jurídico*, pág. 23.



- Nulidad absoluta:

También denominada nulidad de pleno derecho por el jurista Puig Peña. Esta se produce cuando el negocio jurídico: a) Se ha constituido violando un precepto legal de carácter prohibitivo; b) carece de los elementos fundamentales del negocio; o c) la inobservancia de forma cuando ésta es considerada por el Derecho como requisito esencial para su validez.

Nuestro Código Civil en su Artículo 1301 prescribe: “Hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a leyes prohibitivas expresas, y por la renuncia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia. Los negocios que adolecen de nulidad absoluta no producen efecto ni son revalidables por confirmación.”

Anteriormente se expuso que los requisitos esenciales para la existencia de un negocio jurídico son los que el Artículo 1251 del Código Civil establece, sin embargo, la ley puede señalar que debe cumplirse con determinada formalidad o solemnidad, por lo que ésta se convierte, a su vez, en un requisito esencial. Aquí nos encontramos frente a lo que conocemos como la forma notarial, el cual profundizaré más adelante.

Si bien la doctrina afirma que, como el acto nulo no produce efectos y no nació a la vida jurídica, no es obligatorio que se declare su nulidad, dentro de nuestra legislación si es indispensable que exista una sentencia dictada por juez competente en la cual se reconozca al negocio jurídico como nulo de pleno derecho.

Esta acción de nulidad se tramitará a solicitud de quien tenga interés o por la Procuraduría General de la Nación, cuando el interés que se vea afectado sea carácter público, o bien puede realizarse de oficio por el juez cuando la nulidad resulta manifiesta. Mientras no se realice tal declaratoria, el acto viciado surte todos sus efectos, por llevar envuelto en sí una presunción de validez.

El negocio jurídico que ha sido declarado nulo se considera que nunca nació a la vida jurídica, por lo que si había producido efectos antes de dictada la sentencia, la misma tiene efectos retroactivos, destruyendo los efectos causados por dicho negocio desde su celebración.

Espín Cánovas indica que “la nulidad es perpetua e insubsanable, por lo que el negocio no es susceptible de confirmación, ni de prescripción sanatoria”.⁴⁰ Este criterio es el que adopta nuestro Código Civil, pues no fija un plazo dentro del cual deba plantearse la acción de nulidad, y que de no hacerlo se considere perdido el derecho.

¿Qué efectos causa esta declaración judicial? Nuestra legislación señala que las partes, en forma simultánea (si fuere posible) a esta declaración, deberán restituirse recíprocamente lo que han recibido o percibido en el estado en el que se encontraban en el momento de la celebración del acto. Si fuere imposible la restitución, cumplirá entregando otra de igual especie, calidad y valor, o devolviendo el precio que tenía la cosa en el momento de la celebración del negocio.

⁴⁰ Ob Cit; pág. 300.



En el caso de que ambas partes han percibido frutos, productos o intereses, estos serán compensables hasta la fecha de la notificación de la demanda de nulidad, esto de acuerdo a lo establecido en los Artículos 1314 al 1318 del Código Civil.

- Nulidad relativa:

“Condición de los actos o negocios jurídicos que pueden ser declarados nulos e ineficaces por existir en su constitución un vicio o defecto capaz de producir tal resultado. Así como los actos nulos carecen de validez por sí mismos, los anulables son válidos mientras no se declare su nulidad. De ahí que la anulabilidad sea llamada también por algunos nulidad relativa”⁴¹.

Es decir que, esta nulidad tendrá lugar cuando exista un vicio en el consentimiento o la declaración de voluntad de alguna o ambas partes. Debemos entender como vicio a una circunstancia que daña un negocio jurídico, pero no lo hace ineficaz mientras no se reconozca su existencia.

Nuestro Código Civil en varios Artículos hace referencia a esta clase de nulidad.

El Artículo 1257 establece: “es anulable el negocio jurídico cuando la declaración de voluntad emane de error, de dolo, de simulación o de violencia” y en los subsiguientes Artículos detalla cada una de estas circunstancias, a saber:

⁴¹ Ossorio, Manuel, **Ob Cit**; pág. 77.



- El error implica un falso conocimiento de la verdad, y esto puede recaer en sustancia, en persona o en cuenta, tal y como lo señalan los Artículos 1258, 1259 y 1260.
- El dolo o animus docendi es toda sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o mantener en él a algunas de las partes.
- La simulación o apariencia comercial tiene lugar cuando se encubre un acto jurídico con la apariencia de otro, cuando contiene cláusulas que no son sinceras o fechas inexactas, o cuando por el acto se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten.
- La violencia o intimidación es el empleo de cualquier medio destinado a inspirar temor, causar un mal grave o la pérdida de bienes. De acuerdo a Salvat es la coerción ejercida sobre una persona para obligarla a ejecutar un acto que no quería realizar.

Así también, es necesario analizar la redacción del Artículo 1303 de dicho cuerpo legal pues en él se emplea el término anulable al enumerar los casos en que el negocio jurídico es objeto de nulidad, lo cual puede generar confusión ya que pareciera ser que se refiere a lo que la doctrina denomina anulabilidad o nulidad relativa, sin embargo a mi criterio, y tomando como base lo expuesto anteriormente en este capítulo sobre la nulidad absoluta, este Artículo engloba ambas nulidades.



En el primer literal se indica que el negocio jurídico es anulable por incapacidad relativa de las partes o una de ellas, lo cual denota que se trata de la nulidad absoluta pues recordemos que capacidad legal es uno de los requisitos esenciales de validez de todo negocio jurídico y al faltar uno de ellos, el negocio jurídico es ineficaz y carece de existencia jurídica. Por otro lado, el segundo numeral al señalar “por vicios del consentimiento”, hace referencia a la nulidad relativa que es la que continuaré analizando en los párrafos siguientes.

El Artículo 1304 establece una de las diferencias más importantes que existe entre la nulidad absoluta y la nulidad relativa; aquél establece que el negocio que adolece de nulidad relativa puede revalidarse confirmándolos expresamente o dando cumplimiento a la obligación a sabiendas del vicio que los hace anulables, configurándose de esta forma una confirmación tácita del negocio jurídico, mientras que en la nulidad absoluta no puede darse ninguna de estas situaciones.

Cabe mencionar que la ley exige que esta confirmación reúna los mismos requisitos que se exigen para la celebración del negocio jurídico que se trata de validar, y de no ser así no surtirá los efectos jurídicos deseados y de nuevo podrá ser objeto de nulidad relativa. Una vez ha sido confirmado el negocio jurídico por alguna de las partes, ésta no podrá, en un momento posterior, alegar nulidad del mismo, es decir que se tiene por extinguida la acción de nulidad. Los efectos de la nulidad relativa tendrán lugar una vez haya sido declarada en sentencia firme, de lo contrario, el negocio jurídico anulable surtirá todos sus efectos, es decir, produce de forma temporal los derechos y obligaciones propias del mismo.



Otra diferencia significativa entre ambas nulidades radica en la prescriptibilidad, que consiste en la pérdida de un derecho por el transcurso del tiempo. La nulidad absoluta se caracteriza por no estar sujeta a un plazo para ser invocada o alegada ante juez competente, ya que su misma naturaleza jurídica consiste en afirmar la inexistencia jurídica del negocio, es decir, declararla, mientras que la nulidad relativa, de no ser solicitada su declaración dentro del plazo legal, se perderá el derecho a hacerlo y se tendrá por válido el negocio jurídico.

Como lo mencioné, todo lo expuesto en los párrafos anteriores sobre la nulidad toma como punto de partida el negocio jurídico en sí. Sin embargo, tomando como base el instrumento notarial, Giménez Arnau explica que la nulidad tiene dos fuentes: “la ineficacia del instrumento puede proceder de que sea nulo el negocio jurídico que es el contenido del documento (nulidad de fondo, comercial o de contenido); o bien, puede derivar de que la confección, redacción o autorización del documento (portador o representación externa del negocio) le falte alguno de los requisitos esenciales que la ley establece como presupuesto de validez del instrumento (la llamada nulidad formal o documental).”⁴²

En ese mismo orden de ideas, el jurista Oscar Salas indica que, “desde el punto de vista notarial, la nulidad se puede definir como la incapacidad del instrumento público para producir efectos jurídicos, por mediar algún vicio en su contenido o en su parte formal. La nulidad de un instrumento puede ser, pues, de fondo o de forma”.⁴³

⁴² Ob Cit; pág. 535.

⁴³ Salas, Oscar, *Derecho notarial de Centroamérica y Panamá*, pág. 154.



A continuación estudiaré la denominada nulidad de fondo.

- Nulidad de fondo:

Esta nulidad es la que afecta directamente al negocio jurídico que el instrumento contiene; se refiere a las nulidades absoluta y relativa, que he analizado con anterioridad, y la que pertenece al campo del Derecho Civil.

- Nulidad de forma:

De acuerdo Salas, citado por el autor José Antonio Gracias González, "la nulidad de forma es la que más interesa al Derecho Notarial porque afecta al documento considerado en sí mismo, y no como continente de un acto o un negocio jurídico invalido, sin perjuicio desde luego, que la nulidad instrumental afecte indirectamente la validez del acto o negocio que contiene".⁴⁴

Como mencioné en su oportunidad, el negocio jurídico no puede considerarse de forma independiente a la forma notarial (instrumento público), permitida u ordenada por ley, pues a través de ella es que se pone de manifiesto. La no existencia de una forma notarial provoca que, el negocio jurídico, en muchos casos, se considere inexistente, en otros no se producen los efectos deseados, y finalmente por carecer de tal forma, se debe probar que existió. Es por esto que muchos autores opinan que la forma notarial aporta perfección al negocio jurídico.

⁴⁴ Gracias, José Antonio, **Derecho notarial guatemalteco**, pág. 346.



El negocio jurídico puede ser válido, desde el punto de vista del Derecho Civil, mas adolecer de nulidad por motivos de forma, es decir, de los requisitos del instrumento público que lo contiene; la inobservancia de los requisitos esenciales da lugar a que indirectamente aquél sea ineficaz.

Es importante destacar que, una vez cumplidas las formalidades legales, el instrumento público nace a la vida jurídica por el acto que realiza el Notario consistente en la imposición de su firma y sello en el mismo.

El Notario, al ejercer su función modeladora en la redacción de instrumentos públicos, goza de credibilidad, pues es un profesional del derecho que conoce el ordenamiento jurídico y tiene los conocimientos para dar forma adecuada a la voluntad de las partes y hacer constar los hechos que presencia y circunstancias que le consten cuando así sea requerido.

A pesar de lo anterior, el acto que realiza el Notario puede adolecer de defectos que en muchos casos pueden ser inoperantes, pero en otros, afectar la validez y eficacia del instrumento público.

En consecuencia puedo afirmar que la responsabilidad de prever que un instrumento sea impugnado o redarguido de nulidad corresponde exclusivamente al Notario, y no a las partes.

Lloveras de Resk, citado por el autor Carlos Nicolás Gattari, plantea lo siguiente:



“Que la forma de los actos jurídicos ha cobrado una gran importancia inusitada vinculada al interés de los terceros extraños al acto, y a la seguridad de las transacciones jurídicas. Este nuevo fundamento de la forma, referida a la publicidad de los actos jurídicos, alcanza un interés de orden general; por ello, toda violación a las normas legales que rigen las formas de los actos jurídicos nos conduce a calificar el acto jurídico como de nulidad absoluta”.⁴⁵

Nuestro Código de Notariado, en su artículo 31 enumera los requisitos esenciales del instrumento público, específicamente de la escritura pública, siendo estos:

- El lugar y fecha del otorgamiento;
- El nombre y apellido o apellidos de los otorgantes;
- Razón de haber tenido a la vista los documentos que acreditan la representación legal suficiente de quien comparezca en nombre de otro;
- La intervención de intérprete, cuando el otorgante ignore el español;
- La relación del acto o contrato con sus modalidades; y
- Las firmas de los que intervienen en el acto o contrato, o la impresión digital en su caso.

La omisión alguna de éstas da acción a la parte interesada para demandar su nulidad ante juez competente, siempre que se ejercite dentro del término de cuatro años, contados desde la fecha de su otorgamiento, así lo estipula el Artículo 32 del citado cuerpo legal. Si no se demanda la nulidad dentro del plazo legal, debe entenderse que se convalida el mismo.

⁴⁵ Ob Cit; pág. 229.



Así también, según lo indica el Artículo 35 del cuerpo legal en mención, al Notario autorizante podrá deducírsele responsabilidad civil por los daños y perjuicios causados por la nulidad del instrumento, una vez ha sido citado y oído en el juicio respectivo.

Sin embargo, si el Notario, una vez ha sido autorizado el instrumento público, observa que ha incurrido en algún defecto de forma, puede, por autorización expresa de la ley, subsanar dichos errores, a través de la autorización de escrituras públicas de aplicación o aclaración, siempre que éstas tengan por objeto único enmendar errores u omisiones de forma en que hubiere incurrido, siempre que no fueren los contemplados en el Artículo 96 de dicho Código, ya que en esos casos deberá acudir a la vía judicial.

En el Artículo 29 de dicho cuerpo legal se encuentran comprendidos tanto los requisitos esenciales como los requisitos generales o no esenciales de los instrumentos públicos. Si se omitiere alguno de éstos últimos, al Notario se le impondrá una sanción pecuniaria consistente en una multa de cinco a cincuenta quetzales según el caso, la cual se verificará al momento en que el Director del Archivo de Protocolos realice inspección del protocolo a su cargo. En estos casos nos encontramos frente a una nulidad relativa, es decir que puede generarse la anulabilidad del documento, la cual como sabemos, da lugar a que el mismo pueda ser revalidado por confirmación expresa o tácita.

Además de los requisitos antes enlistados, la ley en diversas ocasiones puede exigir que en el instrumento público se observen determinadas formalidades o solemnidades, lo cual se torna en un requisito esencial para que el mismo pueda ser válido.



En estos casos, y partiendo de lo expuesto en el presente trabajo, nos encontramos de nuevo frente a una nulidad absoluta, la cual no se encuentra sujeto a un plazo para demandarla. Si el instrumento público es nulo, el negocio jurídico es inexistente. Un ejemplo de esto lo contiene el Artículo 1577 del Código Civil que prescribe que deberán constar en escritura pública los contratos calificados como solemnes, sin cuyo requisito esencial no tendrán validez.

Estas nulidades serán demandadas al Notario autorizante como sujeto responsable de la redacción y autorización del instrumento, por lo que el profesional debe ser muy cuidadoso y responsable en el ejercicio de su función notarial para evitar afectar negativamente a las partes y/o interesados en el negocio jurídico contenido en el instrumento público.

7.2. En los testamentos

Anteriormente en este capítulo se indicó que la escritura pública de testamento debe cumplir con formalidades generales y esenciales, que se encuentran enumeradas en los Artículos 31, 42 y 44 del Código de Notariado. Relacionado a esto, se encuentra lo prescrito en el Código Civil, en el primer párrafo del Artículo 977: “Es nulo el testamento que se otorga sin la observancia de las solemnidades esenciales que la ley establece.”

En este caso, estamos frente a lo que, de acuerdo a lo estudiado, es una nulidad absoluta, por lo que una vez declarada el testamento se considerará inexistente.



Ahora bien, el Artículo 978 del mismo cuerpo legal nos describe lo que conocemos como nulidad relativa o anulabilidad pues indica que es anulable el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude, circunstancias que sabemos son vicios de la declaración de voluntad. Esta clase de nulidad se encuentra sujeta a un plazo legal para ser alegada por lo que es recomendable que el interesado accione al tener conocimiento del vicio para evitar perder su derecho de impugnar el instrumento público.

Una de las formalidades que establece el Código de Notariado con respecto al testimonio del Testamento Abierto y el documento que contiene el Testamento Cerrado, es que éstos deberán estar contenidos en una plica cerrada con el objeto de garantizar su confidencialidad y evitar el conocimiento público de la última voluntad del testador.

Al dar lectura al segundo párrafo del Artículo 977 del cuerpo legal en mención se desprende que otra causa para impugnar el instrumento público es que esta plica a la que me refiero se encuentre rota, y claramente establece dicho Artículo que el derecho de impugnar el testamento no puede ser limitado por el testador al momento de manifestar su última voluntad. Esta formalidad, establecida en la ley para este acto jurídico en específico, es considerada un requisito esencial de validez, por lo que la omisión de la misma dará lugar a una nulidad absoluta, por lo que, una vez declarada, se considerará que el testamento nunca nació a la vida jurídica.

Conviene destacar que si al momento en que sea declarado nulo o falso un testamento, se establece que existió un testamento anterior, éste subsistirá y producirá efectos jurídicos, esto de conformidad a lo prescrito en el Artículo 981 del Código Civil.



CAPÍTULO IV

8. Análisis jurídico sobre la forma del otorgamiento de los testamentos cerrados, la violación de la fe pública notarial y lo inoperante de su figura en Guatemala.

Con respecto a la forma del otorgamiento de testamentos cerrados en nuestro país, considero que existen dos situaciones que conviene estudiar y que, a mi criterio, ponen en riesgo la validez de las disposiciones testamentarias contenidas en el testamento cerrado, y atentan contra uno de los principios más importantes del derecho notarial, a saber: la fe pública del Notario.

Así también, conviene analizar si estos, en la actualidad, a pesar de los conflictos que conlleva el otorgamiento de esta clase de testamentos, y que más adelante estudiaré, aún son utilizados.

Una de las situaciones a las que hago referencia en el párrafo precedente es la relativa a la persona a quien corresponde cumplir con las formalidades o solemnidades que exige el Código Civil para el otorgamiento de un testamento cerrado.

Para el efecto, a continuación analizaré lo que establece el Artículo 959 del Código Civil:

- “En el testamento cerrado se observarán las solemnidades pertinentes prescritas para el testamento abierto y, además las siguientes (...):”



Bajo mi punto de vista la palabra “solemnidades” está empleada de manera incorrecta en este Artículo, siendo la adecuada *formalidades*, esto en virtud de que aquella palabra es utilizada dentro de nuestra legislación, así como en la doctrina, para establecer que un instrumento público debe estar contenido en escritura pública, y en esta clase de testamentos no puede hablarse de solemnidad del mismo por lo siguiente: La ley le concede al testador la redacción de sus disposiciones testamentarias, lo cual implica que el testamento propiamente dicho, en su aspecto formal, no es un instrumento público, sino un documento, pues no es autorizado por Notario, y como mencioné en su oportunidad, la única persona a quien se le permite la utilización del papel sellado especial para protocolos en el cual se redactan escrituras públicas es al notario (hábil, claro está).

Aunado a esto, el propio Artículo en referencia deja claro la falta de solemnidad de este instrumento al indicar en su numeral primero que el testador decidirá qué tipo de papel utilizará para plasmar su última voluntad.

Como se estudió en el presente trabajo, los instrumentos públicos son aquellos que son redactados y autorizados por Notario, quien es un profesional del derecho que cuenta con los conocimientos y preparación necesaria para realizar de forma correcta la función notarial.

En los testamentos abiertos, el Código de Notariado impone al Notario la obligación de cumplir con formalidades generales, especiales y esenciales, so pena de que el mismo pueda ser redarguido de nulidad por algún interesado.



Incluso el Código Civil en la parte conducente del segundo párrafo del Artículo 956 prescribe: “el notario redactará el testamento (...)” y establece que el testador tiene la facultad de decidir si entrega al notario la minuta de sus disposiciones testamentarias o manifiesta de palabra su última voluntad. Con esto se puede notar que la ley claramente obliga al Notario a ejercer adecuadamente su función notarial, responsabilizándolo de los resultados de la misma.

En el caso de los testamentos cerrados, si bien es cierto que no son instrumentos públicos pues son redactados por el testador, el Código Civil, en el Artículo que analizo en estos párrafos, indica que en ellos deberá cumplirse con las solemnidades (debemos entender “formalidades”) prescritas para los testamentos abiertos, además de otras que allí mismo enumera.

El problema que, a mi criterio, se pone de manifiesto en esta disposición es que, por la naturaleza de esta clase de testamentos, a quien le impone esta obligación es al propio testador, pues el notario no interviene sino hasta en un momento posterior al autorizar un instrumento público que la ley denomina “acta de otorgamiento de testamento cerrado” que formará parte de su protocolo.

Si bien es cierto que la Ley del Organismo Judicial en su Artículo 3 establece que contra la observancia de la ley no puede alegarse ignorancia, en este caso, resulta poco razonable e inadecuado que el legislador exija a un ciudadano común, que incluso puede ser que carezca de estudios académicos, que redacte un documento de carácter jurídico-legal.



El legislador, al establecer dicha obligación, delegó tácitamente la función notarial en una persona no profesional en la materia, lo cual no resulta lógico y atenta en contra de los principios del Derecho Notarial.

Es probable que la persona del testador sólo tenga conocimiento de la facultad que tiene de otorgar testamento, ya sea abierto o cerrado, e incluso puede ser que no conozca que la ley le otorga estas opciones, pero lo que desde ya sabemos que resulta probable es que esta persona, a menos que sea notario, no tiene el conocimiento de las formalidades legales que debe cumplir si opta por redactar él mismo su última voluntad.

Como bien se expuso en el capítulo anterior, si no se cumple con las formalidades esenciales que exige el Código de Notariado en su Artículo 44, el instrumento puede ser impugnado por nulidad y carecer de todo efecto jurídico, e incluso de oficio, el Juez, en su oportunidad procesal, al analizar el contenido del testamento, puede declararlo nulo.

En el caso del testamento cerrado, esta responsabilidad corresponderá al propio testador que ya falleció y no al notario como sucede con los testamentos abiertos.

A pesar que en el momento del otorgamiento del testamento cerrado no existe forma de verificar que no existe problema alguno pues la última voluntad se encuentra dentro de una plica cerrada, las consecuencias de la omisión de las formalidades legales eventualmente serán notorias.



El Artículo 964 del Código Civil prescribe que el notario o la persona que tenga en su poder el testamento cerrado deberá presentarlo al juez competente luego que sepa el fallecimiento del testador y, a más tardar, dentro de diez días. El Código Procesal Civil y Mercantil establece un proceso especial para la apertura del testamento cerrado una vez se ha formalizado dicha entrega.

Dentro del proceso ha seguirse, se halla una fase en la que el juez efectivamente abre la plica y le da lectura al testamento contenido en ella. Este es el momento en que debe entenderse que el juez calificará la observancia o no de formalidades legales a las que me he estado refiriendo en el presente trabajo. Si el juez nota y comprueba la inobservancia de las mismas, deberá, de oficio, declarar la nulidad de dicho documento, el cual carecerá, desde ese momento, de efectos legales.

Al analizar detenidamente la redacción del Artículo en mención se desprende el poco o nulo análisis jurídico previo, deficiente técnica jurídica y poca atención por parte del legislador de los efectos y consecuencias de la delegación tácita de la función notarial a un ciudadano común.

Delegar la responsabilidad que corresponde al notario de cumplir con formalidades legales considero que pone en riesgo la validez futura de un documento que es de vital importancia para el testador.

Otra situación que estudiaré es el actuar del notario una vez el testador ha redactado su última voluntad.



Los numerales primero y segundo del Artículo 959 del Código Civil indican: "1º El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada, de suerte que no pueda extraerse aquél sin que se rompa ésta; 2º. En presencia del notario y los testigos, y los intérpretes en su caso, manifestará el testador que el pliego que presenta contiene su testamento y si está escrito y firmado por él o escrito por mano ajena, y si, por no poder firmar, lo ha hecho a su ruego otra persona, cuyo nombre expresará".

De lo anterior se desprende lo siguiente:

- El testador entrega al notario sus disposiciones testamentarias en una plica cerrada, es decir que el notario no tiene acceso al papel en el que se ve plasmada la última voluntad del testador.
- El testador manifiesta de palabra al notario que efectivamente dicha plica contiene su testamento y si fue o no firmado por él o por otra persona a su ruego, es decir, que el notario debe creer a ciegas que lo que expone la persona del testador es cierto. Cabe resaltar que la ley incluso no establece que dicha declaración expresada por el testador deba ser bajo juramento.

¿De que forma interviene el notario en el otorgamiento del testamento cerrado? Una vez el testador le ha entregado la plica cerrada al notario, éste deberá extender sobre la misma cubierta, el acta de su otorgamiento, en la cual, de acuerdo a lo que establece el numeral 3º del referido Artículo, dará fe de haberse observado las formalidades legales.



Es precisamente en esta fase del otorgamiento del testamento cerrado donde, bajo mi criterio, se observa un gran conflicto entre lo que considero son dos de las fuentes de la función notarial: la Ley y la fe pública notarial como principio primordial del Derecho Notarial.

La fe pública notarial es el principio primordial del Derecho Notarial, del cual nace la llamada función notarial. Como se expuso en su oportunidad, de no existir la fe pública notarial, no tendría razón de ser el que hacer del notario. Es de importancia resaltar que la función notarial es una función legal, es decir que, además de tener como base o fuente a la fe pública notarial, tiene como fuente a la Ley, pues su ejercicio está determinado por ella.

El conflicto dentro de nuestra legislación radica en que en el referido Artículo la esencia de la fe pública del Notario se ve vulnerada por lo que prescribe la ley, por lo que para explicar esta problemática, tomaré como punto de partida lo que la doctrina establece específicamente sobre la fe pública notarial.

La fe pública notarial, de acuerdo al jurista Manuel Ossorio, es la "autoridad legítima atribuida a notarios (...) para acreditar fehacientemente que los documentos que autorizan en debida forma son auténticos, salvo prueba en contrario, unas veces en cuanto a la veracidad de su contenido, y otras respecto a las manifestaciones hechas ante dichos fedatarios"⁴⁶.

⁴⁶ Ob Cit; pág. 411.



Dentro de nuestra legislación, el Artículo 1 del Código de Notariado establece que el notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte.

Partiendo de lo precedente, noto que el fundamento de la fe publica radica necesariamente en la intervención que tiene el notario en los actos o contratos, ya sea para hacer constar un hecho que presencia o una circunstancia que le consta por haber tenido parte en el mismo.

La fe pública consiste en revestir de verdad, certeza y seguridad a los actos o negocios jurídicos que presencia y que autorice el notario, es por esto que la sociedad en general no pondrá en duda lo manifestado por él.

Tal y como se indicó, el Código Civil establece como una formalidad del testamento cerrado la intervención del notario, fijándole la obligación a éste último de dar fe sobre una situación que no se llevo a cabo en su presencia, ni sobre hechos que le constan. El notario solamente ha escuchado al testador, quien se ha expresado libremente, sin estar sujeto a juramento de ley.

En base a esto me pregunto lo siguiente: Si la Ley, la cual es la fuente de la función notarial, en su contenido muestra una transgresión al principio de la fe pública notarial, el cual también es fuente de dicha función, ¿debe el notario, a pesar de esto, observar lo prescrito en la ley o respetar el principio notarial?



Bajo mi apreciación, y desde el punto de vista técnico y jurídico, el notario debe respetar cada uno de los principios del Derecho Notarial, primordialmente la fe pública notarial, que resulta la base esencial del notariado, y por esto, él no tendría la obligación de acatar lo que la legislación establece pues es notoria la violación de dicho principio. Ahora bien, si el notario respeta el contenido del Derecho Notarial, el problema se torna práctico-legal, pues la falta de cumplimiento de lo que prescribe la ley hace incurrir al notario en responsabilidad, e incluso si opta por no intervenir en el acto, esto conlleva que el instrumento no nazca a la vida jurídica, causando de esta manera un perjuicio al testador, quien solicitó sus servicios notariales, pues así lo requiere la propia ley. Como vemos, el legislador colocó al notario en una posición difícil obligándolo tácitamente a violentar el referido principio, el cual da fundamento a su que hacer profesional.

A pesar de que al analizar detenidamente la regulación legal relativa al otorgamiento de los testamentos cerrados en Guatemala, se pone de manifiesto una problemática compleja, es oportuno tomar en cuenta el aspecto práctico, es decir, la utilización de esta clase de testamentos en nuestro país.

Una de las características de los testamentos cerrados es que la plica que contiene la última voluntad del testador queda en poder de la persona que designe éste, lo cual genera inseguridad pues esta situación pone en riesgo la integridad de la plica en la cual se encuentra contenido el testamento, lo cual da lugar a una futura impugnación del mismo, e incluso puede darse el caso de la pérdida de aquella o que la persona que lo tiene en su poder no lo presente ante el juez una vez ha fallecido el testador.



A pesar de que la ley permite que el testador encomiende al notario la guarda de la plica, la inseguridad aún es latente para el testador, por lo que opta por otorgar un testamento abierto el cual tiene la certeza quedará en el protocolo del notario, además de que confía plenamente en los conocimientos del profesional que redactará su última voluntad con apego a la ley, con lo cual garantizará sus efectos ulteriores.

Es ampliamente conocida dentro del gremio de profesionales del derecho la poca utilización de esta figura jurídica, así como dentro de los Registros de la Propiedad en los cuales existe, por mandato legal, un registro de esta clase de testamentos el cual contiene un libro específico de testamentos cerrados. A mi criterio, la causa fundamental de la inoperancia de esta figura es la falta de conocimiento por parte de la población guatemalteca de la facultad que poseen de testar y la forma en que debe realizarse para salvaguardar sus bienes, derechos y obligaciones para después de su muerte, lo cual tiene como base la ampliamente conocida poca o nula difusión de normas legales que conforman nuestro ordenamiento jurídico por parte de las autoridades de nuestro país lo cual genera un desconocimiento generalizado de la sociedad.

9. Propuesta

El Código Civil guatemalteco contempla dos clases de testamentos comunes, dentro de los que se encuentra el testamento cerrado, el cual, en base a lo estudiado, pareciera ser la mejor opción para la persona que desee manifestar su última voluntad ya que es ella misma quien lo redactará, lo cual genera seguridad para sí sobre su contenido.



Sin embargo, en Guatemala, la redacción de las normas legales que regulan su otorgamiento genera para el testador complicaciones tanto en el momento de su redacción como en el futuro, una vez él ya no se encuentre con vida.

Si bien es cierto que la figura jurídica del testamento cerrado es inoperante en nuestro país, lo cual implica que las normas que lo regulan son vigentes, más no positivas, considero que la solución más adecuada es la de impulsar su utilización, instruyendo a la población de su existencia dentro del ordenamiento jurídico, una vez se realicen las modificaciones en su regulación para que las mismas se encuentren apegadas a la ciencia del Derecho Notarial.

La manera en que se encuentra regulada la intervención del notario en el faccionamiento y autorización del acta de otorgamiento del testamento cerrado hace necesaria la presentación de una reforma en el Congreso de la República, a fin de que serán reguladas de una forma más técnica y adecuada, que evite una violación a los principios del Derecho Notarial, el cual es la razón de ser de las leyes de la materia, y puedan esas normas legales ser aplicadas de forma fácil y se evite la inoperancia de la figura jurídica del testamento cerrado.

Estas reformas considero deben ser, a grandes rasgos, las siguientes:

- La redacción de las disposiciones testamentarias debe estar libre de formalismos legales complicados pues corresponde al testador su redacción, quien no es un profesional del derecho, por lo que no se le puede colocar en una situación vulnerable en la que correrá el riesgo de que su testamento no tenga validez ulterior.



El testamento solo requerirá que contenga su nombre completo y que esté firmado por el propio testador, para garantizar de esta forma que efectivamente se trata de su última voluntad, descartando expresamente la posibilidad de que otra persona firme a su ruego.

- Los testigos que estarán presentes al momento en que el testador haga entrega de la plica cerrada al notario deberán ser distintos a los que estuvieron presentes en el acto de otorgamiento del testamento, si así fuere el caso, ya que aquellos solamente tendrán la función de verificar dicha entrega.

- La intervención del notario en la autorización del acta de otorgamiento que estará sobre la plica cerrada debe limitarse a dar fe de la presentación y entrega del testamento, así como de las declaraciones del testador que afirma que dicho sobre o cubierta contiene su testamento; no dará fe sobre el cumplimiento de formalidades legales, es decir, sobre el contenido del mismo, pues como se advierte en la propia ley, el testamento será entregado al notario en una plica cerrada.



CONCLUSIONES

1. Todo acto jurídico para que sea considerado como tal debe contar con un hecho exterior por el cual la voluntad se manifieste, esto es la forma notarial. La creación del instrumento público con apego a lo establecido en la ley es la función principal del Notario, por lo que requiere extremo cuidado su redacción y autorización, ya que la omisión de formalidades legales, además de implicar responsabilidad para el profesional del derecho, pone en riesgo la validez y eficacia del mismo, perjudicando de gran manera a la persona que manifestó su voluntad quien lo hizo confiando en el correcto desempeño profesional del notario.
2. Se desprende del análisis realizado que el propio Código Civil da lugar a la posibilidad de que el testamento cerrado nunca nazca a la vida jurídica pues es evidente que la persona del testador, a quien corresponde la redacción del mismo, por carecer de estudios académicos en materia jurídico-legal no observe las formalidades o solemnidades que señala la ley para este documento, siendo a todas luces poco técnico e inadecuado delegarle a éste la función que en principio le corresponde al notario como profesional del Derecho.
3. La función notarial tiene su fundamento en el principio de la fe pública notarial, en virtud del cual los instrumentos públicos adquieren autenticidad y certeza jurídica. Por su gran importancia, la fe pública notarial debe estar protegida y rodeada de las máximas garantías por parte del Estado, quien es quien la delega al notario.



El Artículo 959 del Código Civil al imponerle a éste último la obligación de dar fe sobre el cumplimiento de formalidades en el testamento cerrado, el cual no es redactado por él ni por el testador en su presencia, vulnera este principio.

4. El testamento cerrado, no obstante que en la actualidad no se encuentra regulado, a mi criterio, de la forma más adecuada y su inoperancia es de amplio conocimiento dentro del gremio de profesionales del Derecho, no debe desaparecer de nuestra legislación civil, por las razones siguientes: a) porque considero que al eliminarse se estaría limitando de cierta manera la libertad de testar y, b) porque estimo que esta clase de testamento es la que más se identifica con el concepto generalizado que posee la sociedad en general sobre la figura jurídica del testamento como un acto eminentemente secreto y personalísimo.
5. El poco uso que los habitantes de Guatemala hacen del testamento cerrado, y en sí de la figura del testamento, se debe al desconocimiento por parte de los mismos de la legislación nacional, además de la falta de cultura e instrucción en el pueblo sobre sus derechos y obligaciones, lo que los coloca en una posición de indefensión frente al propio Estado y la sociedad.



RECOMENDACIONES

1. Resulta necesario que en los cursos de Derecho Notarial de la Carrera de Ciencias Jurídicas y Sociales de las universidades del país se instruya a sus estudiantes sobre la importancia del deber de cuidado que, en un futuro, deben tener en el ejercicio de su función notarial para evitar causar perjuicios a las personas que soliciten sus servicios profesionales.
2. Debe modificarse el Artículo 959 del Código Civil en el sentido que permita al testador expresar libremente, y por escrito, su última voluntad respecto a sus bienes, derechos y obligaciones, garantizándole que la forma de su redacción no traerá como consecuencia la nulidad de dicho documento.
3. La forma en que interviene el notario en el otorgamiento de los testamentos cerrados debe ser modificada de tal manera que no se atente contra los principios del Derecho Notarial, principalmente, el de fe pública notarial.
4. Uno de los objetos del Registro de Testamentos y de Donaciones por Causa de Muerte que actualmente existe dentro del Registro de la Propiedad debería ser la conservación, guarda y custodia de las plicas que contengan los testamentos cerrados con la finalidad de brindar al testador una mayor seguridad jurídica y garantizar su existencia una vez ha fallecido, por lo que para el efecto deberá ampliarse el contenido de las normas legales contenidas en el Código Civil que regulan dicho Registro.



5. Para promover la utilización del testamento cerrado, las autoridades guatemaltecas deben instruir a la población sobre el derecho que la ley les concede de otorgar testamento, así como las implicaciones, trascendencia y beneficios que resultan de este acto jurídico.



BIBLIOGRAFÍA

BONNECASE, Julien. **Elementos de derecho civil**. Traducida al español por José M. Cájica, 3 vol., México (s.e.), 1985.

CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Buenos Aires: Ed. Atalaya, 1984.

COLIN, Ambrosio y Henry Capitant. **Curso elemental de derecho civil**. Traducida al español por Demófilo del Buen; Madrid, España: Editorial Reus. 1941.

COUTURE, Eduardo. **Vocabulario jurídico**. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1976.

DE DIEGO, Felipe Clemente. **Instituciones de derecho civil**. 2t.; Editorial Artes Gráficas, Madrid, España, 1959.

DE PINA VARA, Rafael. **Elementos de derecho civil mexicano**. 19ª ed. México: Ed. Porrúa, 1995.

ESPÍN CÁNOVAS, Diego. **Manual de derecho civil español**. Madrid: Ed. Revista de Derecho Privado, 1951.

FENECH, Miguel. **Enciclopedia práctica de derecho**. 2t; Barcelona: Ed. Labor, 1952.



GATTARI, Carlos Nicolás. **Manual de derecho notarial**. Buenos Aires: Ed. Depalma, 1988.

GIMÉNEZ ARNAU, Enrique. **Derecho notarial**. Pamplona, España: Ed. Universales de Navarra, S. A., 1976.

GONZÁLEZ, Carlos E. **Derecho notarial**. Buenos Aires, Argentina: Ed. La Ley, S. A., 1971.

GRACIAS, José Antonio. **Derecho notarial guatemalteco**. Guatemala: Ed. Fénix, 2009.

MUÑOZ, Nery Roberto. **El instrumento público y el documento notarial**. 7ª ed. Guatemala: Talleres C&J, 2000.

MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. 7ª ed. Guatemala: Talleres C&J, 2000.

MUSTAPICH, José María. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**. Buenos Aires: Ed. Ediar, S.A., 1955.

NERI, Argentino. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**. 2a. ed. Buenos Aires, Argentina: Ediciones Depalma, 1980.



OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Buenos Aires, Argentina: Editorial Heliasta, 1981.

PÉREZ FERNÁNDEZ, Bernardo. **Derecho notarial**. México: Edit. Porrúa, 1983.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Parte general. 1t; 3ª ed.; revisada; Madrid, España: Ed. Pirámide, S.A., 1976.

PUIG PEÑA, Federico. **Tratado de derecho civil español**. 5t; Ed. Pirámide, Madrid, 1976.

ROJINA VILLEGAS, Rafael. **Compendio de derecho civil**. 6ª ed., México: Ed. Porrúa, 1990.

SALAS, Oscar A. **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá**. Costa Rica: Ed. Costa Rica. 1973.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Civil. Decreto Ley 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, 1964.



Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, 1964.

Código de Notariado. Decreto número 314 del Congreso de la República de Guatemala, 1947.

Ley del Organismo Judicial. Decreto número 2-92 del Congreso de la República de Guatemala, 1992.