



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

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL RÉGIMEN DEL
TESTAMENTO COMÚN CERRADO EN GUATEMALA**

VICTOR ENRIQUE CAMPOSANO AVILA

GUATEMALA, SEPTIEMBRE 2014

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL RÉGIMEN DEL TESTAMENTO
COMÚN CERRADO EN GUATEMALA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

VICTOR ENRIQUE CAMPOSANO AVILA

Previo a conferírsele el Grado Académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, septiembre de 2014

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

DECANO	MSc. Avidan Ortiz Orellana
VOCAL I	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV	Br. Mario Roberto Méndez Alvarez
VOCAL V	Br. Luis Rodolfo Aceituno Macario
SECRETARIO	Lic. Luis Fernando López Díaz

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. Gamaliel Sentés Luna
Vocal:	Lic. Oscar Armando Mejía Samayoa
Secretaria:	Licda. Vilma Karina Rodas Recinos

Segunda Fase:

Presidenta:	Licda. Iliana Nohemí Villatoro Fernández
Vocal:	Licda. María Lucrecia García de Guzmán
Secretaria:	Licda. Irma Leticia Mejicanos

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 Examen General Público).



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 03 de marzo de 2014.

Atentamente pase al (a) Profesional, JORGE DÍAZ LEIVA
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
VÍCTOR ENRIQUE CAMPOSANO AVILA, con carné 200818552,
 intitulado ANÁLISIS JURÍDICO DEL RÉGIMEN DEL TESTAMENTO COMÚN CERRADO EN GUATEMALA.

Hago de su conocimiento que está facultado (a) para recomendar al (a) estudiante, la modificación del bosquejo preliminar de temas, las fuentes de consulta originalmente contempladas; así como, el título de tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo no mayor de 90 días continuos a partir de concluida la investigación, en este debe hacer constar su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, la conclusión discursiva, y la bibliografía utilizada, si aprueba o desaprueba el trabajo de investigación. Expresamente declarará que no es pariente del (a) estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
 Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

Fecha de recepción 15 / 04 / 2014 f) [Signature]
 Asesor(a)



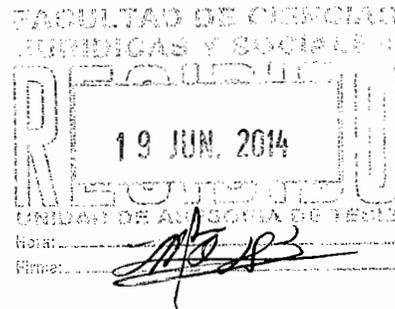
Lic. Jorge Díaz Leiva
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 9308
3 avenida 33-55 zona 2, Guatemala



Guatemala, 17 de junio del 2,014

Doctor

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



Estimado Licenciado:

En cumplimiento de la designación que se me hizo como asesor de tesis del Bachiller Víctor Enrique Camposano Avila, la cual se titula "Análisis Jurídico del Régimen del Testamento Común Cerrado en Guatemala", y en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales del Examen General Público, procedí a efectuar la revisión de la misma y como consecuencia de ello expreso lo siguiente:

- **Contenido científico y técnico de la tesis:** El trabajo de tesis indicado consta de cuatro capítulos, en los que se desarrolla aspectos generales del negocio jurídico, el instrumento público, la sucesión hereditaria y se analiza el régimen del testamento común cerrado en Guatemala.
- **Metodología y técnicas de investigación que fueron utilizadas:** El autor hace acopio en su trabajo de aspectos doctrinales relacionados con el tema y un estudio específico sobre el tema seleccionado, utilizando técnicas bibliográficas para la doctrina presentada, así como la fundamentación legal. Dentro de los métodos utilizados se encuentran el método deductivo, pues se empieza de los temas generales hasta abarcar el tema específico objeto de investigación, así como los métodos analítico y sintético.
- **Sobre la redacción de la tesis:** La redacción fue revisada por su servidor y corregida cuando fue necesario, y siendo el autor de la misma quien cumplió con las correcciones que se colocaron.
- **Contribución científica del tema presentado:** Aporta al trabajo de investigación aspectos científicos que surgen derivado de la experiencia adquirida durante la actividad que ha desarrollado durante su vida como trabajador en la materia que se investiga.

Lic. Jorge Díaz Leiva
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 9308
3 avenida 33-55 zona 2, Guatemala.



- **Opinión sobre la conclusión discursiva:** Dentro de la conclusión discursiva se presentó de manera puntual y concreta los hallazgos derivados sobre el análisis realizado, se hace las respectivas recomendaciones sobre el tema propuesto, y el autor hace referencia sobre los hallazgos y aportes científicos que derivan de su investigación.
- **Opinión sobre la bibliografía utilizada:** En relación sobre la bibliografía utilizada por el autor para su análisis me pareció pertinente para el desarrollo de la investigación, utilizando autores extranjeros como nacionales.

En base a todo lo anteriormente expuesto se APRUEBA el trabajo de investigación de manera satisfactoria y estimo que el tema presentado puede ser aceptado para sustentar el examen correspondiente, previo a su graduación, por cumplir con las disposiciones reglamentarias emitidas para el efecto.

Así mismo declaro expresamente que no soy pariente entre los grados de ley con el estudiante, ni tengo ningún tipo de vínculo familiar.

Sin otro particular, aprovecho la ocasión para suscribirme del señor jefe de la Unidad de Tesis, su deferente servidor.

Lic. Jorge Díaz Leiva
ABOGADO Y NOTARIO
Colegiado 9308

Lic. Jorge Díaz Leiva
ABOGADO Y NOTARIO



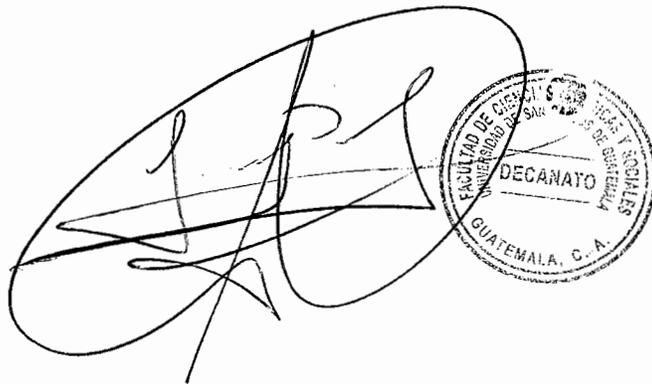
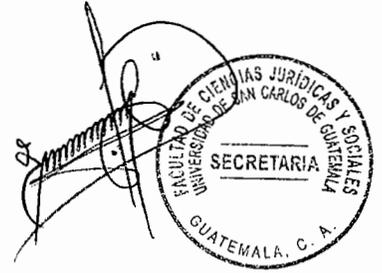
USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 14 de agosto de 2014.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante VÍCTOR ENRIQUE CAMPOSANO AVILA, titulado ANALISIS JURÍDICO DEL RÉGIMEN DEL TESTAMENTO COMÚN CERRADO EN GUATEMALA. 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/srrc





DEDICATORIA

A DIOS Y A LA VIRGEN MARÍA:

Ya que han sido la luz y la guía que en cada paso de mi vida me han acompañado, por haberme dado sabiduría, entendimiento, paciencia y fortaleza durante todo este proceso.

A MI MADRE:

María del Carmen Camposano, por ser la persona más maravillosa que Dios me regaló, para que me enseñara, educara y corrigiera, por haberme hecho un profesional y una persona de bien, que con tu ejemplo y compañía he logrado y seguiré logrando cada una de las metas propuestas.

A MIS HERMANOS:

Jose Fernando, Ana Carlota, Zaida Nahomi y Rudi Orlando, por haberme apoyado *inagotablemente* durante toda mi vida, por darme las palabras de aliento en los momentos difíciles y celebrar en cada uno de los momentos alegres, gracias por ser grandes hermanos, los quiero mucho. Y también a mi *flaquita mi primita Ana Gabriela* por ser una niña estupenda y amorosa te quiero mucho.

A MI TÍA ROSARIO:

Un ejemplo de vida y de constancia, por siempre haberme apoyado y cuidado en los momentos que más necesité, por ser una gran persona y una segunda mama. Gracias!!

A MI ABUELITO:

Una gran ejemplo de sabiduría, y además no solo mi abuelo si no un amigo más.

A MIS TÍOS:

Luis Manuel, Miriam, Víctor Hugo y Guiselle, por siempre apoyarme y darme una mano en cada momento de mi vida, por ser grandes ejemplos para mí y un apoyo para todo mi familia.



A FAMILIA EBRI COBAR:

Luisa Fernanda, Ana María, Ximena y Jose Manuel, una parte tan importante en mi vida, ya que siempre han sido un apoyo incondicional para mi familia y por todo el cariño brindado, convirtiéndose en una gran parte de mi familia.

A COLEGIO EL DEBER:

Por haber sido mi casa de estudios durante trece años, por haberme colmado de conocimientos, valores y moral, por todo el apoyo y cariño que durante mi vida me han dado, con mucho cariño para sus autoridades Marco Antonio Ceballos y María Elena Ceballos.

A MIS ÁNGELES:

Que desde el cielo estarán todos juntos celebrando este maravilloso triunfo, y que estoy seguro que desde allá arriba me han apoyado, mi mamabuela Ana María, mi Yaya, mi abuelito Víctor y mi madrina Elenita de Ceballos.

A MIS AMIGOS:

Por que Dios nos manda a nuestros hermanos de sangre, pero uno decide sobre nuestras hermanos de corazón, gracias a cada uno de ustedes por ser parte importante en mi vida, gracias por siempre darme una mano y una palabra de apoyo cuando la he necesitado y un abrazo cuando lo he merecido, gracias a cada uno de ustedes y en especial Andrea Alejandra, Joana Eunice, Susan Michelle, Alejandro José y José Raúl.

FACULTAD DE DERECHO:

Por haber sido mi casa de estudios durante seis años y haberme colmado de conocimientos y valores.

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS

Mi alma mater, mi casa de estudios, por ser una de las etapas de mi vida más importante, porque me preparo no solo como profesional, sino como persona, líder y guatemalteco.



PRESENTACIÓN

En el presente análisis jurídico y de investigación pertenece a la rama de derecho notarial y civil ya que dentro de las mismas se estipula los temas que se abordaron, el tema central de la investigación es el testamento común cerrado, donde se analizará y se estudiará desde la parte general del tema, hasta llegar a lo específico donde trata propiamente del mismo y el tipo de investigación que se utilizó es del tipo cualitativo.

Dentro de la presente investigación comenzaré por abordar el tema del negocio jurídico, por ser el testamento común cerrado una parte del mismo, ya que dentro del testamento cerrado el testador expresa su voluntad de manera libre y consciente con el objeto de crear derechos y obligaciones exponiendo conceptos, estableciendo su clasificación, características y base legal

Como una forma de materializar el testamento común cerrado se redacta un acta notarial en la plica del testamento y posteriormente se hace la transcripción dentro del protocolo notarial, estos documentos pertenecen a lo que es el instrumento público, por consiguiente se expone el tema. Posteriormente se establece el tema de la sucesión hereditaria, pues una vez que se apertura el testamento común cerrado se inicia un proceso de sucesión hereditaria testamentaria. Finalmente se expone el régimen jurídico del testamento común cerrado en Guatemala, donde se explica sobre la historia y conceptos del mismo, y de conformidad con la ley se establece sobre su procedimiento y requisitos y dando como aporte académico la proposición de mecanismos legales y jurídicos para erradicar el desuso del testamento común cerrado, así como una guía para la explicación de los procedimientos que deben llevarse a cabo para el otorgamiento del testamento común cerrado.



HIPÓTESIS

El desuso del testamento común cerrado es el resultado de una serie de desventajas que, causan una inseguridad jurídica al testador y al notario, ya que el mismo al no tener con claridad del contenido del testamento, así como lo declarado por el otorgante pone en riesgo su fe notarial, y se produce de la misma manera inseguridad en la custodia y permanencia del testamento común cerrado, al no establecerse un registro específico para su depósito, se da la libertad al testador de elegir la persona que estará a cargo del mismo proceso. El procedimiento del testamento común cerrado es demasiado complicado y engorroso, ya que se establecen diferentes procesos y requisitos que se deben de cumplir para dicho otorgamiento, y se da como resultado que al momento que no se cumplan con exactitud lo establecido en la ley, se da una impugnación al testamento, dejando sin valor alguno las disposiciones establecidas por el causante.



COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS

Dentro de la investigación y análisis que he realizado puedo determinar que la hipótesis que he planteado sobre inseguridad jurídica del testamento común cerrado es comprobada, porque dentro de la norma jurídica establece ciertos preceptos que dejan muy lejos la seguridad del testamento, al momento de permitir que un tercero pueda redactar el testamento así como la libertad que se da para la guarda y custodia del mismo es un riesgo eminente para el testador como para su testamento, también el riesgo que sufre la fe notarial, al momento que el testador establece que lo que se encuentra en la plica es su testamento, no existe un método específico para su comprobación que sea cierto lo declarado. Sobre el procedimiento también se comprueba que es demasiado engorroso y complicado para su otorgamiento, ya que la ley además de exigir requisitos específicos en la materia del testamento, se exigen principios generales aplicables al testamento abierto, y tanto el proceso de apertura como de otorgamiento se vuelve complejo.

ÍNDICE



Pág.

Introducción.....	i
-------------------	---

CAPÍTULO I

1. Negocio jurídico.....	1
1.1 Definición.....	1
1.2 Elementos.....	3
1.2.1 Elementos esenciales.....	3
1.2.2 Elementos naturales.....	4
1.2.3 Elementos accidentales.....	5
1.3 Características.....	6
1.4 Clasificación.....	7
1.4.1 Negocios jurídicos unilaterales.....	7
1.4.2 Negocios jurídicos bilaterales.....	8
1.4.3 Negocios jurídicos colectivos complejos y personales.....	8
1.4.4 Negocios jurídicos onerosos y gratuitos.....	9
1.4.5 Negocios jurídicos intervivos y post-mortem.....	9
1.4.6 Negocios jurídicos solemnes y no solemnes.....	10
1.5 Regulación legal.....	10

CAPÍTULO II

2. Instrumento público.....	13
2.1 Definición.....	13
2.2 Fines.....	14
2.3 Características.....	17
2.4 Clases de instrumentos públicos.....	20
2.4.1 Instrumentos públicos principales.....	21
2.4.2 Instrumentos públicos secundarios.....	24



CAPÍTULO III

3. Sucesión hereditaria.....	27
3.1 Definición.....	27
3.2 Tipos de sucesiones.....	28
3.2.1 Sucesión hereditaria testamentaria.....	29
3.2.2 Sucesión hereditaria intestada.....	33
3.3 Testamento.....	36
3.3.1 Definición.....	36
3.3.2 Características.....	38
3.3.3 Requisitos de su otorgamiento.....	39
3.3.4 Tipos de testamentos.....	40

CAPÍTULO IV

4. Régimen jurídico del testamento común cerrado en Guatemala.....	47
4.1 Historia.....	47
4.2 Definición.....	48
4.3 Procedimiento para su otorgamiento.....	49
4.4 Impedimentos para su otorgamiento.....	54
4.5 Ventajas y desventajas del testamento común cerrado.....	55
4.5.1 Ventajas del testamento común cerrado.....	55
4.5.2 Desventajas del testamento común cerrado.....	56
4.6 Desuso del testamento común cerrado.....	59
4.6.1 Mecanismos para evitar el desuso.....	61
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	63
BIBLIOGRAFÍA.....	65



INTRODUCCIÓN

La figura jurídica del testamento común cerrado es una de las formas que la ley pone a la disposición de los particulares para poder disponer de sus bienes después de la muerte, pero a la vez dicha figura es de total desconocimiento de manera profesional, y se debe al desuso que la misma ha sufrido, por diferentes razones siendo la principal que se ha convertido demasiado desventajoso para los particulares así como para los notarios su uso; así mismo se determina que dicha norma jurídica necesita una revisión con la necesidad de darle un nuevo enfoque a la misma.

Como parte de la hipótesis expuesta en esta investigación es necesario determinar con exactitud las ventajas y desventajas que el uso del testamento común cerrado puede tener al momento de su utilización, y por ese medio llegar a las principales causas que conlleva al desuso del mismo, por otra parte se ve la necesidad de una revisión a la norma jurídica, analizando el riesgo que puede sufrir la voluntad del testador y el riesgo que sufre el mismo instrumento público al no tener un lugar exacto de registro.

Como parte de los objetivos en los que se basó esta investigación, fue la determinación de las ventajas y desventajas que presenta el instrumento público a investigar, y por medio de esta determinación, establecer los parámetros que han llevado al desuso de la figura, y así lograr una reforma futura a la norma jurídica para reforzar su aplicación y conocimiento.

Dentro del contenido de la investigación en su capítulo uno se explica el tema del negocio jurídico, por ser el testamento común cerrado una emanación de voluntades por medio del cual el testador adquiere obligaciones y a la vez delega derechos; dentro del capítulo dos, se explica la forma en que se materializa y formaliza el negocio por medio del instrumento público, qué es un documento hecho ante notario quien por su fe pública lo autoriza y constata que se cumplan con las obligaciones impuestas por la ley, a requerimiento de parte interesada, donde se expresan y declaran derechos y obligaciones; en el capítulo tres, se expone que una vez que se haya aperturado el testamento común cerrado ante juez competente, se debe de seguir con un proceso de jurisdicción voluntaria sobre sucesión testamentaria que puede ser de forma judicial o



extrajudicial; por último se aborda en el capítulo cuatro el tema central de investigación, determinando conceptos, historia así como los requisitos y el proceso adecuado de su otorgamiento, y para exponer ventajas y desventajas que llevaron al poco uso del mismo.

La investigación fue realizada bajo los métodos analítico, deductivo y el sintético para determinar las ventajas y desventajas de instrumento y por ello llegar a las causas finales de su no utilización. Las técnicas de investigación fueron la bibliográfica y doctrina para determinar teorías, conceptos e historia y el estudio de la legislación, por medio del cual se analizo la norma jurídica.

Por medio de esta investigación determino que el poco uso del testamento común cerrado fue un resultado de una serie de desventajas como la inseguridad jurídica que tiene el testamento, la exposición que sufre la fe notarial, la forma en que puede llegar a ser violentada la voluntad del testador, así como los costos altos que conlleva la utilización del testamento, que da como resultado un desconocimiento total de la figura jurídica.



CAPÍTULO I

1. Negocio jurídico

1.1 Definición

El negocio jurídico ha sido abordado por diversos autores y para el presente trabajo de investigación me permito citar algunos de ellos:

El autor José María García Urbano en su obra “Instituciones de Derecho Privado” con respecto al negocio jurídico establece diferentes definiciones: “Declaración de voluntad de una persona mediante la cual, el que la hace se propone establecer, cambiar o extinguir un derecho o una relación jurídica”. En el mismo sentido afirma que el negocio jurídico es: “... el acto integrado por una o varias declaraciones de voluntad privada, dirigidas a la producción de un determinado efecto jurídico y a las que el derecho objetivo reconoce como base del mismo, cumplidos los requisitos y dentro de los límites que el propio ordenamiento establece.”¹

Manuel Ossorio lo define de la siguiente manera: “Todo acto voluntario y lícito realizado de conformidad con una norma jurídica que tenga por finalidad directa y específica

¹ García Urbano, José María. **Instituciones de derecho privado (ciencias políticas)**. Pág. 61



crear, conservar, modificar, transferir o extinguir derechos y obligaciones dentro de la esfera del Derecho Privado”²

Igualmente el Doctor Nery Muñoz define el negocio jurídico como: “Es una aceptación bien simple, es una declaración de voluntades que crean efectos jurídicos entre los que intervienen.”³

También el Doctor Vladimir Aguilar Guerra ha definido este concepto como: “Es un acto jurídico de declaración de voluntad que tiende a la consecución de un fin práctico, efecto que se produce precisamente como consecuencia de la expresión de voluntad y en virtud de la tutela que le brinda el ordenamiento jurídico.”⁴

De las definiciones antes citadas para los fines del presente trabajo se determina que el negocio jurídico es todo aquel acto que es emanado por la voluntad del ser humano, y que puede expresarse de manera unilateral como en caso de los testamentos o bien de manera bilateral, como en caso de un contrato de compra-venta, pero siempre va a determinar la creación de obligaciones o adquisición de derechos. Como ya se expuso anteriormente todo negocio jurídico tiene como principal objeto el nacimiento de obligaciones y derechos, pero en este punto es importante establecer que todo negocio

² Ossorio Manuel. **Diccionario jurídico**. Pág. 619

³ Muñoz, Nery Roberto. **La forma notarial en el negocio jurídico** Pág. 3

⁴ Aguilar Guerra, Vladimir Osman. **El negocio jurídico**. Pág. 22



jurídico debe de llenar ciertos requisitos para su validez pues, por la importancia de los actos que en este plasmen deben de estar regulados.

1.2 Elementos

1.2.1 Elementos esenciales

En cuanto a los elementos esenciales del negocio jurídico, se establece que son aquellos por medio de los cuales sin cuya concurrencia el negocio se vuelve nulo de pleno de derecho, es decir, no va a nacer ningún tipo de efecto jurídico, si no únicamente la nulidad del negocio.

Es la legislación guatemalteca vigente quien nos establece claramente los elementos que tienen que estar inmersos en todo negocio jurídico. Tal es el caso que en el Artículo 1251 del Código Civil establece: “El negocio jurídico requiere para su validez capacidad legal del sujeto que declare su voluntad, consentimiento que no adolezca de vicio y objeto lícito.”

En relación a lo regulado en la legislación guatemalteca se determina que para que exista negocio jurídico inicialmente debe existir capacidad legal, como por ejemplo se da por entendido que una persona menor de edad no tiene capacidad legal por lo mismo si este menor de edad tiene bienes no podrá disponer de ellos en un testamento, en virtud de carecer de esta capacidad necesaria o bien si se desea hacer



cualquier tipo de negocio jurídico debe ser en representación de quien ejerza su patria potestad o tutela y si en este caso es para disponer sobre sus bienes debe existir autorización judicial. Así mismo el consentimiento que no adolezca de vicio, pues es claro que cualquier persona que sea obligada o coaccionada para realizar un negocio jurídico, su voluntad no es totalmente libre, siendo esta una imposibilidad más para que el negocio jurídico que se celebre no tenga efectos jurídicos y finalmente se requiere de un objeto lícito, lo cual es totalmente importante establecer que cada negocio jurídico que se realice debe celebrarse con bienes de tráfico legal, como por ejemplo sería ilógico elaborar algún contrato que tenga como objeto principal drogas o cualquier otro tipo de negocio penado por la ley.

1.2.2 Elementos naturales

El autor José García Urbano indica: “Aquellos que sin constituir la esencia del contrato forman parte de él, aunque los contratantes (si de un negocio jurídico contractual se tratare) nada hayan dicho. No son esenciales porque los sujetos del negocio pueden acordar excluirlo, pero integran su naturaleza típica si no son extraídos.”⁵ Se entiende que los requisitos del negocio jurídico son parte de la naturaleza del mismo, pero que si las partes, contratantes o bien obligados desean no incluirlos dentro del negocio lo pueden hacer sin necesidad de alterar su validez, esta facultad tienen su punto de

⁵ García Urbano, José María. **Ob Cit.** Pág. 64



partida del principio del pacta sunt servanda, es decir, todo lo pactado entre las partes se vuelve ley.

1.2.3 Elementos accidentales

El autor José María García define los elementos accidentales de la siguiente manera: “Son todos aquellos que siendo lícitos, no son determinantes para la existencia del negocio (a diferencia de los esenciales) ni vienen reseñados en la forma pudiendo no cumplirse si así lo deciden los interesados (a diferencia de los naturales) sino que los sujetos pueden añadirlos al negocio para modalizar sus pretensiones. Ello es una consecuencia del principio rector de nuestro derecho privado: la autonomía de la voluntad. Estos elementos accidentales de los negocios jurídicos son la condición (determinación accesoria de voluntad de cuyo cumplimiento depende el nacimiento – condición suspensiva- o la extinción de un negocio –condición resolutoria- el termino (determinación accesoria de voluntad consistente en señalar un momento a partir del cual se entienda constituido –termino inicial- o extinguido –termino final- un negocio) y el modo (determinación accesoria agregada a un acto de disposición y por la cual se obliga al adquirente a realizar una prestación a favor del disponente o de un tercero). Como regla general, los negocios jurídicos de carácter patrimonial admiten estos elementos accidentales, no así los de carácter personal”.⁶

⁶ García Urbano, José María. **Ob Cit.** Pág. 65



1.3 Características

Dentro de las características del negocio jurídico podemos encontrar cuatro que describen la naturaleza del mismo, siendo ellas las siguientes:

a) “Representa la conducta humana”, es decir que dentro de un negocio jurídico se plasma y se exterioriza la decisión de los contratantes y se representan las intenciones de cada uno de ellos; b) “Consiste en una declaración o varias declaraciones de voluntad exteriorizadas” dentro de un negocio jurídico se puede ver plasmadas una o varias voluntades, es decir, se pueden apreciar diferentes intereses, como partes o contratantes existan dentro de un negocio jurídico, e inclusive se puede ver plasmadas dos o más intenciones o voluntades de un mismo contratante; c) “La declaración de voluntad pretende producir efectos jurídicos”, como en todo negocio jurídico la intención de los participantes es la adquisición de derechos y contraer obligaciones, es decir los efectos jurídicos que el negocio va a producir cuando sea perfeccionado por las partes y finalmente; d) “El efecto que produce está protegido por la ley”, para que un negocio jurídico tenga efectos jurídicos tendrá que haber tomado en cuenta las disposiciones de la ley y la forma en que la misma protegerá los intereses establecidos por las partes dentro del mismo, y teniendo como principio rector dentro de esta materia la voluntad de las partes y que todo lo que los contratantes desean pactar, mientras que no esté prohibido por la ley, se convierte en obligación para las partes.⁷

⁷ Aguilar Guerra, Vladimir Osmas. **Ob. Cit.** Pág. 23



1.4 Clasificación

Existen diferentes criterios sobre la clasificación de los negocios jurídicos por eso me permito citar una de estas para aclarar esta división:

a) Negocios jurídicos unilaterales

El autor Federico Puig Peña en su obra establece la clasificación para el negocio jurídico: "Es el negocio jurídico en el que se establece una relación de obligación para una de las partes y derecho de las otras. Este tipo de negocios unilaterales se pueden sub-clasificarse en: negocios jurídicos unilaterales puros, cuando el acto jurídico contenido en los mismos emana de una sola persona; negocios jurídicos unilaterales pluripersonales, cuando el establecimiento de determinada obligación o facultad procede de acuerdo a varias personas, pero recae sólo en una. También se establecen los negocios jurídicos unilaterales receptivos que son aquellos negocios en los que la recepción del acto emanado por una persona va dirigida a otra en particular; y los negocios jurídicos unilaterales no receptivos, que son aquellos negocios jurídicos que el responsable no está determinado o individualizado en el documento que contiene el negocio jurídico."⁸

⁸. Puig Peña, Federico. **Compendio del derecho civil español**. Pág. 300



b) Negocios jurídicos bilaterales

Citando a Puig Peña establece que: “En sentido contrario al negocio jurídico unilateral en el bilateral se establece una reciprocidad en cuanto a las obligaciones y los derechos de tal manera que todas las partes adquieren derechos y contraen obligaciones”.⁹ En base a lo anterior un ejemplo claro de negocio jurídico bilateral es en torno a los contratos, los cuales es necesaria la presencia de por lo menos dos personas para poder realizarlo.

c) Negocios jurídicos colectivos complejos y personales

Puig Peña define y presenta la diferencia entre los negocios jurídicos complejos y personales “Los negocios jurídicos complejos son de poca comprensión debido a que aunque todas las partes en un contrato adquieren derechos y obligaciones, no se da esta situación porque unos se obligan a algo que es derecho de otros, sino por el contrario el derecho de todos se origina igual por circunstancia ajena a la traslación, transferencia o mutación de cosas”.¹⁰ Por otra parte los personales se basan principalmente en relaciones de personas, es decir, tiene una estrecha relación con todos los negocios que se hacen en el núcleo familiar.

⁹ Ob. Cit Pág. 302

¹⁰ Ob. Cit. Pág. 302



d) Negocios jurídicos onerosos y gratuitos

Puig Peña manifiesta en este tipo de negocios lo siguiente: “Establece una prestación y una contraprestación porque es obligatorio ser bilateral para ser oneroso” y por su parte sobre los negocios jurídicos gratuitos establece lo siguiente: “Es el que se establece unilateralmente la prestación y por lo tanto no hay contraprestación.”¹¹ Como ya se ha explicado anteriormente de estos tipos de negocios, consiste principalmente en las obligaciones o prestaciones derivadas de los acuerdos de las partes, en los negocios onerosos el objeto principal de estos son las prestaciones que serán afectos los contratantes u obligados, mientras tanto en el gratuito el negocio jurídico va a depender de la prestación de una de ellas, como es el caso de una donación entre vivos.

e) Negocios jurídicos intervivos y post- mortem o mortis causa

Los negocios jurídicos intervivos se determina lo siguiente: “Negocios jurídicos que surgen entre las personas actualmente.”; mientras tanto los negocios post-mortem consisten en lo siguiente: “Son los negocios que surtirán sus efectos después que la persona ha dejado de existir mortalmente.”¹² Estos negocios tienen una cualidad específica y es el momento que surten sus efectos, pues en los negocios intervivos estos tendrán sus efectos siempre y cuando exista acuerdo entre las partes; mientras

¹¹ Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 306

¹² **Ob. Cit.** Pág. 307



en los morits causa deberá de suceder la muerte inicialmente de una persona para que este surta sus efectos.

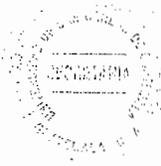
f) Negocios jurídicos solemnnes y no solemnnes

Puig Peña presenta lo concerniente a este tipo de negocios y su diferencia: “Un negocio jurídico es solemne debido a las formalidades que deben observarse para su realización.” Mientras tanto los negocios no solemnnes: “Son aquellos negocios en los que no se establecen formalidades que deban observarse en su constitución, por lo tanto no se observa mayor solemnidad.”¹³ Dentro de estos dos negocios existe la diferencia de la forma, es decir, si la ley exige ciertas formalidades para la celebración de cierto negocio jurídico, como ejemplo podemos describir que dentro del campo de los contratos civiles existen cuatro contratos solemnnes como lo es: la donación entre vivos de bienes inmuebles, la renta vitalicia, el mandato y la sociedad civil. Mientras tanto contratos como la compra-venta, el mutuo, la promesa son contratos no solemnnes por que la ley no especifica algo en especial para la celebración de estos contratos.

1.4 Regulación legal

La regulación legal del negocio jurídico se encuentra en nuestro ordenamiento civil a partir del Artículo 1251 donde la misma legislación como ya lo hemos señalado antes

¹³ Alvarado España, Ruth Emilza. **Ob. Cit.** Pág. 25



establece los requisitos esenciales para la validez de todo negocio jurídico. Así mismo el Artículo 1252 presenta las formas para la aceptación de todo negocio jurídico: La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita y resulta también de la presunción de la ley en los casos en que ésta lo disponga expresamente. La aceptación expresa es cuando necesariamente tiene que plasmarse la firma de los requirentes y la aceptación tácita se entenderá cuando se da inicio al negocio por el cual se está obligando.

De la misma manera la ley prevé los vicios en los cuales un negocio jurídico puede estar afectado siendo directamente cuatro circunstancias: 1) el error, 2) el dolo, 3) la simulación y 4) la violencia. El Artículo 1257 del Código Civil establece lo siguiente: Es anulable el negocio jurídico cuando la declaración de voluntad emane de error, de dolo, de simulación o de violencia. La nulidad no puede pedirla o demandarla la parte que hubiere causado el vicio. Es importante aclarar que cuando exista algún tipo de vicios de los que anteriormente se expuso el negocio sufriría una nulidad relativa, es decir, este negocio si nace a la vida jurídica pero surge con el vicio y si en el tiempo estimado en la ley para reclamar su nulidad no se ejercita el derecho de hacerlo, el negocio va a surtir sus efectos.

Dentro de la ley específicamente en la parte general del negocio jurídico se encuentra la forma de solicitar la nulidad de los negocios ya sea de forma relativa o absoluta, en el Artículo 1301 del Código Civil se establece la nulidad absoluta: Hay nulidad absoluta en un negocio jurídico, cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a



leyes prohibitivas expresas, y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia.

Los negocios que adolecen de nulidad absoluta no producen efecto si son revalidables por confirmación, en este caso la ley es clara cuando dispone que los negocios jurídicos que no concurren cualquiera de los requisitos esenciales para todo negocio (capacidad legal, objeto lícito y consentimiento que no adolezca de vicio) no nace a la vida jurídica, es decir, nunca va a surtir los efectos deseados. También es importante aclarar que no existe plazo establecido para solicitar la nulidad de estos negocios, simplemente es imprescriptible, en cualquier momento se puede solicitar su nulidad y la de la misma manera se tendrá que solicitar ante el juez de primera instancia de la civil por medio de un juicio ordinario de nulidad absoluta.

Asimismo en el Artículo 1312 se estipula el derecho de solicitar la nulidad relativa: El derecho de pedir la nulidad relativa dura dos años contados desde el día en que se contrajo la obligación, salvo los casos en que la ley fije término distinto. Aunque es la misma ley la que estipula una excepción a este plazo y es cuando se refiere a la solicitud de nulidad por causa de violencia la cual será por un año.



CAPÍTULO II

2. Instrumento público

2.1 Definición

El instrumento público un tema central dentro del trabajo de investigación que se está realizando por eso procedo inicialmente a citar a diferentes autores que lo han definido:

Guillermo Cabanellas como: “El otorgado o autorizado, con las solemnidades requeridas por la ley, por el 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”¹⁴

También el autor Carlos Emérito González lo define de la siguiente manera: “Es el documento notarial autorizado a instancia de parte, en el que consta un hecho jurídico o una relación de derecho.”¹⁵

¹⁴ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. Pág. 403

¹⁵ González, Carlos Emérito. **Derecho notarial** Pág. 305



En relación a las definiciones presentadas por los diferentes autores defino que el instrumento público, es el documento hecho por el notario a requerimiento de parte, donde en el mismo se dará autenticidad a las relaciones jurídicas que surjan entre los interesados y que servirá como prueba fiel, ante cualquier acontecimiento futuro.

2.2 Fines del instrumento público

Por la gran importancia que tiene el instrumento público en relación a los intereses plasmados de las partes o contratantes, es importante resaltar los fines que este persigue, ¿cuál es el objeto primordial de su realización? y ¿cuál es el fin específico que se logra buscar en la realización de cada instrumento público?, por eso a continuación presento cada una de ellas:

- a) Nery Muñoz nos establece los diferentes fines del instrumento público, inicialmente sirve de prueba preconstituida: “Es la ya preparada con anterioridad al pleito futuro. Es una prueba escrita que está en ese instrumento y que si alguna vez la necesitamos, la presentamos de inmediato para hacer valer los derechos.”¹⁶

- b) De la misma manera Nery Muñoz determina que sirve para dar forma legal: “En vista de que el contrato inicia verbalmente, es decir, después de ponerse de

¹⁶ *Ibid.* Pág. 4



acuerdo con las condiciones, el trato queda hecho, y con el instrumento público y con la presencia y autorización del notario se le da forma legal al mismo, en especial cuando la legislación solicita una determinada forma.”¹⁷ Es importante resaltar que una de las funciones del notario es dar forma a la voluntad de las partes, pero en este caso como es que da forma a esa voluntad, cuando el notario traslada toda la información proporcionada por las partes o contratantes a un instrumento público, con el fin de perfeccionar el contrato o negocio que se desee plasmar en el mismo.

- c) El mismo autor antes mencionado explica sobre la eficacia del negocio jurídico: “La eficacia se obtiene por la participación del notario, por la fe pública, por la validez que la ley le otorga al instrumento.”¹⁸ Es importante subrayar que la fe pública en la que está investido el notario es la que da la eficacia al negocio que se esté plasmando en el instrumento público, y que por medio de la firma del notario, se puede determinar que la voluntad de las partes fue libre, que los acuerdos de las partes fueron de común acuerdo y que los objetos o negocios que se están plasmando son de tráfico legal:

Derivado de lo anterior se aborda sobre el valor formar y probatorio del instrumento público:

¹⁷ Muñoz, Nery Roberto. **Ob. Cit.** Pág. 4

¹⁸ **Ibid.** Pág. 5



- Citando a Nery Muñoz el cual expone sobre el valor formal del instrumento público. “Cabe mencionar que el valor formal del instrumento público cobra vida cuando este no adolece de nulidad ni de falsedad, constituyendo así plena prueba, según la legislación guatemalteca. Sin embargo el valor formal se refiere a la forma externa del instrumento público, es decir, que en su creación el notario haya cumplido todas las formalidades esenciales y no esenciales reguladas en nuestro ordenamiento jurídico notarial.”¹⁹

- El mismo autor antes mencionado define lo siguiente sobre el valor probatorio del instrumento público. “Entendido es que en el instrumento público el notario consigna la voluntad de las partes, entonces, al hablar del valor probatorio nos referimos al negocio jurídico contenido internamente en el instrumento público, posteriormente este pasa a formar parte del registro notarial, llamado protocolo notarial, quedando constancia para el notario y así también para el cliente, al momento que el notario extiende una copia del instrumento, lo cual en términos notariales es denominado testimonio, cuya función es que la persona tenga en su poder el testimonio del negocio jurídico otorgado para probar ante terceros y como se ha manifestado anteriormente servir de plena prueba dentro y fuera de juicio.”²⁰

¹⁹ **Ob. Cit.** Pág. 15

²⁰ **Ibid.** Pág. 15



2.3 Características

Las características del instrumento público son todos aquellos rasgos distintivos que van a definir y determinar la naturaleza:

a) El doctor Nery Muñoz establece lo siguiente sobre fecha cierta: “Solo en el instrumento público podemos tener la certeza de que la fecha del mismo es rigurosamente exacta y los efectos que de esta virtud excepcional pueden producirse, son innumerables y valiosísimos. La precisión del día y la hora para algunos instrumentos, crea, modifica o extingue numeroso derechos y obligaciones.”²¹ La consignación de la fecha dentro de un instrumento público es importante para determinar con claridad el día en que el instrumento comenzó a surtir efectos jurídicos y si el negocio es determinado por cierto plazo, nos va a indicar cuándo dejara de cumplir con sus efectos.

b) El mismo autor establece lo siguiente sobre la garantía: “La sola existencia del instrumento público es garantía para todos. El notario garantiza que el acto jurídico celebrado es válido y que debe de cumplirse.”²² Como lo explica el autor la sola existencia del instrumento publico es una garantía para los derechos y obligaciones

²¹.Ob. Cit. Pág. 6

²² Ibid. Pág. 7



contraídas en el contrato o negocio jurídico, pero como es que el mismo adquiere esa garantía, y la respuesta es clara es por medio de la fe pública que el Estado le otorga al notario, para que este facultado con esta investidura y pueda dar la certeza jurídica a todos los contratos y actos celebrados de manera extrajudicial, y que es necesario la presencia de un notario para la formalización del mismo.

c) Nery Muñoz define sobre la credibilidad. “En el instrumento público, todos creemos, porque ha sido autorizado por una persona con fe pública, esta credibilidad es para todos y contra todos, por lo tanto el instrumento público, es y debe ser creíble, porque es veraz. Esa veracidad lo impone por sí mismo en las relaciones jurídicas y esa función se llama autenticación.”²³ Es importante resaltar la credibilidad del instrumento público, pues es autorizado con una persona que ha sido designada por el Estado por medio de su ordenamiento jurídico y que tiene la facultad de poder garantizar la credibilidad de los negocios que se plasmen en el mismo.

d) Nery Muñoz define sobre la firmeza. “El instrumento puede ser redarguido de nulidad y de falsedad, pero mientras esto no suceda, el instrumento es firme, es irreformable. Únicamente lo pueden modificar quienes lo otorgaron y lo hacen en otro instrumento.”²⁴ La firmeza que presenta el instrumento público es de mucha

²³ Muñoz, Nery Roberto. **Ob. Cit.** Pág. 8

²⁴ **Ibid.** Pág. 8



importancia para la seguridad jurídica del negocio, pues el instrumento público se perfila para el futuro y es ahí donde aventaja a un documento privado, por no tener la fuerza jurídica y seguridad que presenta el instrumento público.

- e) Nery Muñoz define sobre la inapelabilidad. Los instrumentos no pueden ser objeto de apelación, por simple hecho de que no existe un superior jerárquico del notario, pues a diferencia de las decisiones judiciales, son apelables por la jerarquía que existe dentro de los mismo órganos, la diferencia del instrumento público, que por no existir jerarquía lo único que puede llegar a sufrir un instrumento público es que sea atacado de falsedad o nulidad ya sea relativa o absoluta.

- f) Citando al mismo autor se establece lo siguiente sobre la irrevocabilidad. La irrevocabilidad del instrumento público va de la mano con la inapelación, pues se presenta el mismo escenario, por no existir superior jerárquico del notario no se puede hacer una solicitud de revocación del instrumento, lo único que se puede solicitar es nulidad y lo cual se debe de hacer ante un juez competente.

- g) Así mismo Nery Muñoz explica en relación a la ejecutoriedad: “Es la cualidad del acto en virtud de la cual el acreedor o sujeto agente puede, en caso de inobservancia del obligado, obtener la ejecución de su derecho mediante la



fuerza.”²⁵ La ejecutoriedad del instrumento público tiene mucha relación al valor probatorio; cuando se expuso sobre los fines del instrumento público se determino que el mismo tiene carácter título ejecutivo, es decir, que al momento en que se incumpla una obligación de carácter patrimonial o monetario, el testimonio del instrumento público tendrá la fuerza suficiente para actuar como título por tener contenida una obligación líquida y exigible.

h) Nery Muñoz explica en relación a la seguridad. Esta característica, tiene mucha relación con la firmeza del instrumento, por ejemplo, la escritura matriz quedara siempre en el protocolo notarial, al resguardo del notario, el cual podrá extender las copias que ya sea las partes, contratantes o terceros deseen, teniendo como principal objetivo el debido resguardo de las misma. La escritura se proyecta para el futuro y se llega a lograr por medio de la seguridad que se establece al quedar el original en manos del notario.

2.4 Clases de instrumentos públicos

La doctrina establece la clasificación para los instrumentos públicos, siendo estos: a) principales o protocolarios y b) secundarios o fuera del protocolo:

²⁵ Muñoz, Nery Roberto. **Ob. Cit.** Pág. 9



a) **Los instrumentos públicos principales o protocolarios:** El autor Nery Muñoz los define de la siguiente manera “Son instrumentos públicos protocolares, los que el notario, por mandato de ley o a solicitud de parte, crea en ejercicio de su función, dentro de los límites de su competencia y con las formalidades de ley, cuya característica esencial es que el notario los facciona en papel sellado especial para protocolo”²⁶

El Código Notariado regula en su Artículo ocho lo que es protocolo, y a la vez define cuales son los instrumentos protocolares o bien principales, estableciendo lo siguiente: El protocolo es la colección ordenada de las escrituras matrices, de las actas de protocolación, razones de legalización de firma y documentos que el notario registra de conformidad con esta ley.

a.1 Escritura pública

Manuel Ossorio en su obra define a la escritura pública como: “Documento extendido ante un notario, escribano público u otro federatario oficial, con atribuciones legales para dar fe de un acto o contrato jurídico cumplido por el compareciente y actuante o por las partes estipulantes”²⁷

²⁶ **ibid.** Pág. 30

²⁷ Manuel Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 150



La escritura pública ha tenido diferentes concepciones en cuanto a su estructura, pero a continuación se detallara, la clasificación tradicional que se utiliza en Guatemala:

- Introducción: El doctor Nery Muñoz establece lo siguiente “Es la primera parte de la escritura, compuesta de encabezamiento el cual contiene el número de escritura; lugar y fecha de su otorgamiento, la hora si trata de testamentos o donaciones por causa de muerte, las palabras ante mí y el nombre del notario autorizante.”²⁸ Pero es la misma introducción que además de contener el encabezamiento contiene otra parte que es la comparecencia, donde se establece los nombres de los comparecientes, domicilio, nacionalidad, los años cumplidos así como ocupación y oficio, todo esto tiene su fundamento en el Artículo 29 del Código de Notariado inciso dos.

Por otra parte el mismo Artículo en el inciso número cuatro le da la facultad al notario de no proceder con la comparecencia, colocando solamente el nombre cuando este tenga conocimiento de la personas con anterioridad.

Dentro de la introducción igualmente el notario debe de dar fe de haber tenido a la vista cualquier tipo de documento indispensable para la realización del acto o contrato, como

²⁸ Muñoz, Nery Robreto. **Ob. Cit.** Pág. 32



por ejemplo, para determinar la propiedad de bienes para poder ejercer cualquier tipo de representación. E igualmente se debe de consignar si existirá la intervención de intérprete para cualquier persona que no puede hablar el idioma español. (Artículo 29 incisos cinco y seis)

- **Cuerpo:** El Código de Notariado guatemalteco en el Artículo 29 inciso siete aunque no lo establece de manera textual como cuerpo de la escritura, pero se entiende que esta parte debe de contener la relación fiel, concisa y clara del acto o contrato, este se debe desarrollar en cláusulas por lo general la primera de ellas serán los antecedentes del acto o contrato a celebrarse y posteriormente se desarrolla el mismo.
- **Conclusión o cierre.** El doctor Nery Muñoz lo define de la siguiente manera: “El cierre del instrumento ya no puede aparecer en cláusulas. Aquí el notario debe dar fe de todo lo expuesto, con una sola vez que lo haga en toda la escritura es suficiente; como también de los documentos que tiene a la vista.”²⁹ En el mismo cierre deberá de contener las firmas de los otorgantes, de los testigos e intérprete si hayan comparecido, así como las advertencias que debe de hacer el notario sobre las obligaciones contenidas y la fe de que se ha leído íntegramente el Instrumento a las partes.

²⁹ **ibid.** Pág. 35



a.2. Razones de legalización de firmas

El Artículo 59 del Código de Notariado, establece como obligación del notario el tomar razón de las legalizaciones de firmas que este haga dentro de su protocolo, en un término que no exceda los ocho días, y la cual debe de contener únicamente tres requisitos esenciales: Lugar y fecha de su celebración; nombres y apellidos de los signatarios y una descripción breve y concisa del contenido del documento que esta autorizando y llevará únicamente la firma del notario autorizante.

a.3. Actas de Protocolización

La protocolización según Nery Muñoz: “Es la incorporación material y jurídica que hace un notario en el protocolo a su cargo de un documento público o privado, por mandato legal, a solicitud de parte interesada o por orden de un tribunal competente”.³⁰ Según el autor la incorporación de estos documentos es en dos sentidos: uno es material, porque es el acto propiamente de la incorporación del documento como tal al protocolo notarial y será jurídica cuando una vez insertado el documento tendrá los efectos jurídicos deseados cuando se redacta el acta de protocolización.

³⁰ **Ibid.** Pág. 50



B. Instrumentos secundarios o fuera del protocolo.

Dentro de los instrumentos secundarios o bien fuera del protocolo se puede mencionar inicialmente el acta notarial, actas de legalización de firmas o autenticas y actas de legalización de copias de documento.

b.1. Actas notariales.

El autor Guillermo Cabanellas la define de la siguiente manera: “Instrumento público autorizado por notario a instancia de parte, donde se consignan las circunstancias, manifestaciones y hechos que presencie y le consten; de los cuales da fe y que por su naturaleza no sean materia de contrato”³¹

El doctor Nery Muñoz presenta una clasificación de actas notariales, que son las aplicables a Guatemala, las cuales se dividen de la siguiente manera:

- Actas de presencia: “Las actas de presencia o constancia de hechos, que acreditan

³¹ Cabanellas, Guillermo, **Ob. Cit.** Pág. 75



la realidad o verdad del hecho que las motiva.”³² Estas actas son criticables en la actualidad, pues se entiende que en todas el notario debe de estar presente, aunque la forma de análisis de esta se deberá de entender que son los hechos que el notario le hacen constar de forma personal.

- Actas de referencia: Estas actas se utilizan principalmente por el notario para hacer constar las testificaciones, no afirmando el contenido del mismo, pero si quedando la constancia de las palabras pronunciadas por estos.

- Actas de requerimiento: Son utilizadas cuando una persona invita o exhorta o bien solicitar el cumplimiento de una obligación a una tercera persona.

- Actas de notificación: Se utiliza como medio de información de alguna decisión o noticia a una tercera persona.

- Actas de notoriedad: “Tienen como objeto la comprobación de hechos notorios, sobre los cuales se fundarán y declararán derechos y cualidades de trascendencia jurídica.”³³

³² Gonzalez, Carlos Emérito. **Ob. Cit.** Pág. 340

³³ **Ibid.** Pág. 333



CAPÍTULO III

3. Sucesión hereditaria

3.1 Definiciones

Puig Peña da una definición a la que a juicio del autor hay que agregarle ciertos elementos para ubicarla dentro del ámbito jurídico: “Sucesión (del verbo latino succedere, derivado de sub y cedere) no significa otra cosa que el hecho de colocarse una persona en lugar de otra, sustituyendo a la misma”, pero como lo explica el autor cuando la definición anterior la queremos centrar dentro del ámbito jurídico hay que agregarle dos elementos adicionales: “Que la sustitución de personas que el concepto envuelve se produzca sin que cambien fundamentalmente los demás elementos de la relación jurídica...” y “Que la posición del sucesor subentrando en las relaciones jurídicas del anterior titular se produzca a través de una plena relación de causalidad”³⁴

El autor Ricardo Alvarado Sandoval establece lo siguiente: “Es la institución jurídica mediante la cual ocurre la transmisión de cuantos derechos y obligaciones de un difunto, que no se extinguen con la muerte, y que deja a la persona que le sustituye. Así mismo la sucesión hereditaria se caracteriza porque el conjunto de derechos y

³⁴ Puig Peña, Federico. **Compendio del derecho civil Español tomo V.** Pág. 591



obligaciones que se deja constituye una universalidad de derecho, es decir, opera con respecto a toda la masa de derechos y obligaciones, es decir, es total y completa.”³⁵

3.2 Tipos de sucesiones

En su obra Puig Peña determina los tipos de sucesiones: “La sucesión mortis causa puede también clasificarse atendiendo al origen y causa determinantes de la relación jurídica sucesoria. En este sentido o es la voluntad del hombre o es la propia ley la causa que informa el régimen de la sucesión. Ha sido un problema histórico muy interesante la determinación de la prioridad cronológica de la sucesión voluntaria o legítima. La primera se llama testamentaria y la segunda legítima. Podrá también deferirse en una parte por la voluntad del hombre y en otra por disposición de la ley.”³⁶

El Artículo 917 del Código Civil Decreto Ley 106 regula lo concerniente a los tipos de sucesiones estableciendo lo siguiente: La sucesión por causa de muerte se realiza por la voluntad de la persona manifiesta en testamento y a falta de este por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria y la segunda intestada, comprendiendo en

³⁵ Alvarado Sandoval, Ricardo. **Procedimientos notariales, dentro de la jurisdicción voluntaria guatemalteca.** Pág. 144

³⁶ Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 600



uno y otro caso, todos los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte.

3.2.1 Sucesión hereditaria testamentaria

Ricardo Alvarado Sandoval la define de la siguiente manera: “La sucesión testamentaria es la que se rige por la manifestación expresa del autor de la herencia, quien para el efecto ha otorgado oportunamente un testamento legalmente valido. En dicho testamento ha dispuesto cual es su última voluntad y la forma como serán asignados sus bienes, cumplidas sus obligaciones y en quien o quienes recae el derecho a sucederle.”³⁷

Toda persona que tenga capacidad civil y no se encuentra en las prohibiciones expresas en ley podrán otorgar un testamento, es decir, disponer sobre sus bienes para que este tome efecto una vez fallecido. El Artículo 934 del Código Civil regula sobre la libertad de testar: Toda persona capaz civilmente puede disponer de sus bienes por medio de testamento a favor de cualquiera que no tenga incapacidad o prohibición legal para heredar.

³⁷ Alvarado Sandoval, Ricardo. **Ob. Cit.** Pág. 146



Las incapacidades para testar se regulan en la ley, teniendo en cuenta quien se encuentre en cualquiera de estos estados, tendrá prohibición completa para otorgar un testamento: Artículo 945 incapacidades para testar. Están incapacitados para testar. 1) El que se halle bajo interdicción, 2) El sordomudo y el que hubiere perdido el uso de la palabra, cuando no puedan darse a entender por escrito; y 3) El que sin estar bajo estado de interdicción no gozare de sus facultades intelectuales y volitivas, por cualquier causa en el momento de testar.

Dentro del tema de sucesión testamentaria existen dos formas por la cual se puede otorgar a título universal mejor llamado herencia o bien título particular llamado legado. De la misma manera nuestra legislación nos presenta los tipos de sucesiones testamentarias y es el Artículo 918 del Código Civil que regula lo siguiente: Transmisión de la herencia: Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte y la sucesión puede ser a título universal y a título particular.

En el Artículo 919 del mismo ordenamiento jurídico se expone en qué consiste la herencia y el legado definiéndolos de la siguiente forma: La asignación a título universal se llama herencia y la asignación a título particular se llama legado. El título es universal, cuando se sucede al causante en todos sus bienes y obligaciones transmisibles, a excepción de los legados. El título particular cuando se sucede en uno o más bienes determinados.



Federico Puig Peña presenta estas formas de sucesión testamentaria de una forma diferente, definiéndolas como sucesión mortis causa: “La sucesión puede ser fundamentalmente a título universal y a título particular. La primera se caracteriza porque a través de ella, se produce una transferencia en cascada o en bloque sobre la persona del sucesor de todos los derechos articulados en el causante. En cambio, la sucesión a título particular indica sola la adquisición por el sucesor de bienes concretos e individualizados.”³⁸

“El antiguo derecho posibilita la sucesión universal inter vivos y en la legislación romana podemos, por ejemplo, encontrar precedentes interesantes de la misma, tanto en cuanto a la personalidad como a los bienes lo cual se explica porque, como es bien sabido, en aquel Derecho la personalidad jurídica no se consideró como atributo esencial de lo natural, sino una investidura que el derecho otorgaba a los hombres que eran libres, ciudadanos romanos y *siu iuris*.”³⁹

“Las principales causas por la que se producía en Roma la sucesión universal inter vivos antes de Justiniano eran:

³⁸ Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 598

³⁹ **Ibid.** Pág. 599



- Por pérdida de la libertad, en todos aquellos casos en que el hombre libre caía en esclavitud, lo que se producía singularmente por condena a trabajos forzosos in metalum; por la adjudicación del deudor –en caso de insolvencia- como esclavo al acreedor; y por el contubernio de la mujer libre con el esclavo ajeno, no consistiéndolo el dueño de este y persistiendo aquella en la unión después de ser amonestada por tercera vez.

- Por pérdida de la ciudadanía en caso de la deportatio, pues al deportado se le confiscaban todos sus bienes a favor del Estado.

- Por pérdida del estado de familia en la entrada in manu de la mujer libre y sui iuris (ya que por la conventio adquiría la mujer la condición de hija o nieta del pater familias del marido, pasando al mismo todos los bienes y la arrogación del sui iuris.)⁴⁰

Según Puig Peña: “La evolución del mismo derecho romano determino que, a partir de Justiniano, se iniciara una restricción en la posibilidad de suceder universalmente inter vivos, y así vemos que pronto no existen en Roma más casos de sucesión de esta clase que el de la confiscación impuesta como pena en provecho del fisco. Esta

⁴⁰ Ibid. Pág. 599



orientación restrictiva se continúa en el derecho posterior, si bien existen ciertas reminiscencias de matiz punitivo. En el derecho moderno se llega finalmente al pensamiento de la proscripción de la sucesión universal mientras viva la persona titular de un patrimonio; solo pues, se autoriza en el supuesto de muerte, pasando a forma el núcleo de la sucesión hereditaria.”⁴¹

3.2.2 Sucesión hereditaria intestada

Manuel Osorio nos presenta un concepto de sucesión intestada: “Aquella como en su nombre indica, el causante no ha otorgado testamento y los bienes son distribuidos de acuerdo con las indicaciones de la ley. Los distintos códigos latinoamericanos establecen en estos casos el orden, haciendo beneficiarios, en primer lugar a los descendientes, tanto legítimos como naturales del causante, al cónyuge sobreviviente; después a los ascendientes legítimos o naturales y, en caso de ausencia de estos, a los colaterales, generalmente hasta el cuarto o sexto grado. Y en el caso que no existan herederos, los bienes corresponden generalmente al Estado”⁴² Dentro de este tema la sucesión intestada o bien conocida por algunos autores como ab-intestado o bien legítima o legal, presenta ciertos aspectos importantes de resaltar siendo los siguientes:

⁴¹ Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 600

⁴² Osorio, Manuel. **Ob. Cit.** Pág. 919



- a) “La sucesión intestada es universal. Teniendo, tanto históricamente como en el derecho moderno, el mismo rango, condiciones y características, en cuanto a su efectividad, que la sucesión testamentaria.
- b) Es una forma de sucesión establecida por la ley. Siendo la ley la que directa y exclusivamente, sin declaración de voluntad de ninguna persona hace el llamamiento a los herederos.
- c) La sucesión intestada es una ordenación supletoria de la testamentaria.”⁴³

Dentro del tema de sucesión intestada se tiene un determinado orden para hacer llamamientos y ser considerado presunto heredero; nuestra ley nos indica quienes son llamados y en qué orden: Artículo 1078 Código Civil. La ley llama a la sucesión intestada en primer lugar, a los hijos, incluyendo a los adoptivos, y al cónyuge sobreviviente que no tenga derecho a gananciales; quienes heredaran por partes iguales. Pero al momento que falten los hijos o bien el cónyuge la ley establece que serán llamados a heredar los ascendientes más próximos y el cónyuge por iguales porciones y a falta de descendiente, cónyuge o ascendientes se pasa a la línea colateral. Pero también puede darse el caso que no existan parientes para heredar entonces es el Estado y las Universidades de Guatemala quienes pasan a tomar posición de la herencia vacante por partes iguales.

⁴³ Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 628



Así mismo nuestra legislación en el Código Civil Decreto Ley 106 hace ciertas disposiciones generales sobre el tema de sucesión intestada en el Artículo 1068 se establecen los casos en que tiene lugar la sucesión intestada:

1. Cuando no hay testamento.
2. Cuando falta la condición puesta a la institución de heredero o el instituido muere antes que el testador, o es incapaz de heredar, o repudio la herencia; fuera de los casos de sustitución, representación y acrecimiento con arreglo a este código;
3. Cuando en el testamento no hay heredero instituido y el testador no ha dispuesto de todos sus bienes en legados; y,
4. Cuando el testador ha dejado de disponer de alguno o algunos de sus bienes.

Es la misma ley quien llama a suceder a los hijos y cónyuge supérstite, pero que se sucede cuando estos por ciertas causas no pueden hacerlo o bien no tengan la calidad para poder suceder es cuando me refiero a dos figuras dentro de la sucesión intestada la sucesión de manera directa o bien por representación. Empezare citando los Artículos 1072 y 1073 del Código Civil que explican estas dos figuras: Artículo 1072. Los que suceden por derecho propio heredan por cabezas, es decir, que cada uno toma por iguales partes, la porción que la ley le asigna. Y en el Artículo 1073. Los que suceden por derecho de representación, heredan por estirpes.



3.3 Testamentos

3.3.1 Definición

Para empezar a abordar el tema sobre el testamento, comencare por la definición legal que nuestro ordenamiento civil nos presenta en su 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 la muerte.

El autor Natalio Pedro Etchegaray nos presente una definición con base a la legislación argentina que coincide mucho con la definición que nuestra legislación nos presenta: “El testamento es un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por lo cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de la muerte”⁴⁴

Y finalmente Puig Peña presenta esta otra definición: “Aquel acto jurídico por cuya virtud una persona establece a favor de otra u otras, para después de la muerte, destino de todo o parte de su patrimonio o la ordenación de otros asuntos de carácter no patrimonial.”⁴⁵

⁴⁴ Etchegaray, Natalio Pedro. **Derecho civil aplicado**. Pág. 714.

⁴⁵ Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 143



Puig Peña hace un análisis sobre la definición que nos presenta:

- a) Ser un acto jurídico de liberalidad. Se entiende al testamento como un acto de liberalidad, ya que ésta hace referencia a un momento subjetivo situado en la persona del testador.

- b) El testamento como acto de disposición patrimonial. Lo normalmente típico de la ordenación testamentaria es la disposición por el testador de todos sus bienes o de parte de ellos y en este sentido debemos pensar que esta ordenación puede referirse a disposiciones patrimoniales de carácter sucesorio estricto, de carácter sucesorio amplio o finalmente de carácter no sucesorio.

- c) El testamento como acto mortis causa. Se distingue en la teoría general de los negocios jurídicos entre los actos inter vivos y los mortis causa.⁴⁶

⁴⁶ Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 148



3.3.2 Características

- a) El testamento es un negocio jurídico unilateral. El negocio jurídico fundamental mortis causa es el testamento, ya que, aunque modernas perspectivas del derecho sucesorio admiten junto a él, al negocio jurídico mortis causa concordado, hasta ahora se puede decir que es aquel el que ha llenado de manera casi absoluta todo el ámbito negocial de la distribución de los bienes post mortem, gozando de todas las características y exigencias que el ordenamiento jurídico requiere para tener la consideración de verdadero negocio jurídico;

- b) Solemne. Ya que únicamente produce efectos jurídicos cuando se está realizando en la forma y manera prescrita de modo inexcusable por el legislador;

- c) Revocable. Otra de sus características es la revocabilidad, que ya proclamaron las leyes romanas y que recogieron las escuelas en una expresión que constituye un principio casi constitucional del orden sucesorio: *ambulatoria est voluntas hominis usque ad supremum vitae exitum*. Hasta el momento de la muerte o la entrada en incapacidad legal por enfermedad el hombre tiene plena potestad decisoria sobre la ordenación de su patrimonio para después de existir y no hay poder que puede destruirla o aminorarla;



d) Personalísimo. Otro de los caracteres del testamento es la condición personalísima de la participación de todos aquellos que intervienen en el, principalmente, en un tercero ni para ratificar declaraciones hechas en su nombre.”⁴⁷

3.3.3 Requisitos para su otorgamiento

Cuando se expone sobre de la verificación de los requisitos para el otorgamiento del testamento, estamos ante la practica notarial, pues es el mismo notario quien verificara que el testador cumpla con ciertas disposiciones que la ley le establece, uno de los requisitos que se debe de verificar es la capacidad legal, en atención a su característica de personalísimo, el testamento es un acto que debe de hacerse sin terceros o mandatarios o bien representantes, es por eso que cuando se trata de bienes de menores e incapaces, es decir, los declarados en estado de interdicción; no pueden otorgar testamento, pues estos para todo acto legal deben de hacerse acompañar y deben de actuar en nombre de ellos los que tengan la patria potestad o tutela, siendo esta la imposibilidad para su otorgamiento.

Otro requisito que el notario debe de verificar antes del otorgamiento del testamento es que el testador aunque este no se encuentre en estado de interdicción goce de sus

⁴⁷ Puig Peña. Federico. **Ob. Cit.** Pág. 150



facultades volitivas e intelectuales, pues por ejemplo una persona en estado de embriaguez le sería imposible otorgar testamento, pues no goza de sus facultades de manera plena, sino que existe imposibilidad de plasmar su voluntad, y es sabido que el notario debe de hacer constar estas circunstancias dentro de la escritura del testamento. Otro punto importante que hay que tomar en cuenta para el otorgamiento es la asistencia de dos testigos que tengan las calidades que establece la ley que de la misma manera del notario den fe de las disposiciones que el testador está plasmando, así como el estado mental y volitivo por parte del mismo dentro del acto, muchas veces también se requiere la presencia de terceras personas, cuando se necesitare de un intérprete que ayude en la traducción del otorgamiento.

3.3.4 Tipos de testamento

El Código Civil Decreto Ley 106 en su Artículo 954 nos regula dos tipos de testamentos: Los testamentos en cuanto a su forma, son comunes y especiales. Son comunes el abierto y el cerrado. Son especiales lo que se otorgan en los casos y condiciones que se expresan en este capítulo



3.3.4.1 Testamentos comunes

A. Testamento común abierto

Puig Peña nos presenta una definición para este testamento: “Testamento abierto es aquel en que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone.”⁴⁸

De la misma manera el autor en base a la definición que nos presenta, también detalla ciertas consideraciones importantes sobre el testamento abierto:

- a) “El testamento abierto, es fundamentalmente notarial, con la conjunción necesaria de testigos.
- b) El testamento abierto supone el conocimiento en un ambiente de publicidad forzosa de las disposiciones testamentarias. He aquí el pactum saliens de esta forma de testar y que la diferencia de los testamentos ológrafos y cerrados.

⁴⁸ Puig Peña. Federico. **Ob. Cit.** Pág. 217



c) El testamento abierto debe ser custodiado en el protocolo notarial. He aquí por último otra de sus características del testamento abierto, que no se consigna en los preceptos singulares del tratamiento legislativo, pero que indudablemente le caracteriza, pues que representa otra diferencia con las formas ordinarias de testar.⁴⁹

Como regla general para el otorgamiento de este tipo de testamentos es la solemnidad con que se debe de realizarse, lo cual está regulado en el Código Civil Artículo 955: El testamento común abierto deberá otorgarse en escritura pública, como requisito esencial para su validez. Pero dentro del campo del testamento común abierto existen dos variantes, que aunque algunos autores los han tomado como tipos de testamentos especiales, nuestra legislación nos tipifica como comunes solo que para su otorgamiento deberá de ser agregado otros requisitos adicionales al del abierto, hablamos del testamento del ciego y el testamento del sordo.

Artículo 957. Testamento del ciego. En el testamento del ciego debe intervenir un testigo más de los que se requieren para el testamento abierto; será leído en alta voz dos veces; la primera por el notario autorizante y la segunda por uno de los testigos elegido al efecto por el testador. Se hará mención especial de esta circunstancia.

⁴⁹ **Ibid.** Pág. 217



Como se observa la ley exige tres requisitos para el otorgamiento del testamento:

- La presencia de un tercer testigo, es decir, aparte de los testigos requeridos para el testamento abierto, por la calidad del otorgante deberá de acudir un testigo adicional.

- La lectura del testamento deberá ser obligatoria dos veces.

- Y por último el notario dentro del testamento deberá hacer constar fehacientemente que es ciego el testador.

Artículo 958. Testamento del Sordo. Si un sordo quiere hacer testamento abierto, deberá leer él mismo en voz inteligible, el instrumento, a presencia del notario y testigos lo que se hará constar. A diferencia del testamento del ciego, el del sordo no requiere mayor formalidad si no que solo deberá ser leído por el testador de manera clara en presencia del notario y sus testigos sin requerimiento de una intervención adicional.

El tema del testamento común cerrado se abordara dentro del cuarto capítulo ya que es el tema central de esta investigación.



3.3.4.2 Testamentos especiales

1. Artículo 965. Testamento Militar. Los militares en campaña, rehenes, prisioneros, y demás individuos empleados en el Ejército o que sigan a éste, podrán otorgar testamento abierto ante el oficial bajo cuyo mando se encuentren.

2. Artículo 967. Testamento Marítimo: Los testamentos abiertos o cerrados de los que vayan a bordo durante un viaje marítimo, se otorgaran en la forma siguiente: Si el buque es de guerra, ante el contador o ante el que ejerza sus funciones, en presencia de dos testigos que sepan leer y escribir. En los buques mercantes autorizará el testamento el capitán o el que haga sus veces, con asistencia de dos testigos como se expresa anteriormente.

3. Artículo 971. Testamento en lugar incomunicado. Los que se hallen en lugar incomunicado por motivo de epidemia, podrán testar ante el juez local y en presencia de dos testigos que sepan leer y escribir.

4. Artículo 972. Testamento de preso. Si el testador se halla preso podrá en caso de necesidad, otorgar testamento ante el jefe de la prisión pudiendo ser testigos a falta



de otros, los detenidos o presos, con tal que no sean inhábiles por otra causa y que sepan leer y escribir.

5. Artículo 973. Testamento en el extranjero: Los guatemaltecos podrán testar fuera del territorio nacional, sujetándose a las normas establecidas por las leyes del país en que se hallen.

Es importante resaltar que este tipo de testamentos tendrán su validez siempre y cuando, el causante muere dentro de la situación o circunstancia que lo llevo a realizar dicho testamento o cuando pasen noventa días después de su otorgamiento. Esto se debe a que este tipo de testamentos como su nombre lo indica son “especiales”, ya que no son realizados ante la autoridad competente para el otorgamiento de testamentos y tampoco tiene el proceso registral y fiscal de todo testamento, se otorgan cuando la vida del causante esté en peligro o bien por la naturaleza de sus labores sean riesgosas.



(

(



CAPÍTULO IV

4. Régimen jurídico del testamento común cerrado en Guatemala

4.1 Historia

Para el tratadista Puig Peña hay dos antecedentes históricos dentro de la evolución del testamento común cerrado: el primero se remonta al derecho romano y el otro al derecho intermedio. En el derecho romano se establece: “Que una constitución de Teodosio Valentiniano, recogida después del Código de Justiniano, admitió una forma de testar que permitía al testador mantener secretas sus disposiciones presentando el testamento escrito por él o por otros, debidamente cerrado, ante siete testigos, declarando que aquel era su testamento.”⁵⁰ Pero el tratadista en su obra establece que este aunque es uno de los antecedentes más antiguos en relación al testamento cerrado, no es el único, pues el verdadero origen del mismo se remonta en el derecho intermedio, “En esta, es sabido como el testador, deseando mantener hasta el último momento el secreto de sus disposiciones, se refería para determinar el nombre del heredero o legatario a otro escrito por el depositado en determinado lugar o consignado a determinada persona, por el principio de la perfección intrínseca de los testamento, que se fue enseñando de la practica legislativa, y la exclusión de todo aquello que quedase situado fuera del mismo, se fue introduciendo la necesidad de la

⁵⁰ Puig Peña, Federico. **Ob Cit.** Pág. 235



asistencia del notario.”⁵¹ Es importante resaltar que aunque la intervención notarial se volvió obligatoria esta igual respeta el secreto de las disposiciones del testador.

4.2 Definición

Manuel Ossorio expone de la siguiente manera sobre el testamento común cerrado: “Es el que se entrega firmado por el testador al notario o escribano público, en un pliego cerrado en presencia de testigos, expresando que lo contenido en aquel pliego es su testamento. El funcionario da fe de su presentación y extiende el acta en cubierta del testamento, la que firman también testador y los testigos, cuyos nombres y circunstancias se han de expresar al extender el acta. Quien no sabe leer no podría extender testamento cerrado, pero en esta caso si el sordo.”⁵²

Igualmente el profesor Eduardo A. Zannoni, define en su obra al testamento común cerrado: “Forma ordinaria de testar en nuestro derecho, se caracteriza por estar contenido en un pliego que, en sobre cerrado, es entregado al escribano en presencia de cinco testigos, labrándose seguidamente un acta sobre la cubierta en que conste la manifestación del testador respecto a que el sobre contiene su testamento. De modo,

⁵¹ **Ibid.** Pág. 236

⁵² Manuel Ossorio. **Ob. Cit.** Pág. 938



entonces, que el testamento mismo y el acta de la cubierta, que constituye un instrumento público”.⁵³

Haciendo una síntesis de las definiciones antes citadas y uniendo elementos en común dentro de las mismas expongo, que el testamento común cerrado, es un instrumento público y una de las formas de testar de manera común, teniendo como característica que el testador presenta ante el notario y testigos una plica donde establecerá que lo que se encuentra ahí es su testamento, y que posteriormente el notario redactara un acta encima de la plica haciendo constar tales circunstancias.

4.3 Procedimiento para su otorgamiento

Para señalar el procedimiento adecuado deben tomarse en cuenta que el testamento común cerrado tiene obligatoriamente dos fases una privada y una pública que se debe de entender esta fase como la que se cumple ante el notario.

La fase privada o bien llamada de preparación es la fase en la que se redacta el testamento, ya sea de forma personal o con el auxilio de un tercero y se coloca dentro de la plica, esta fase contiene diferentes puntos importantes que resaltar:

⁵³ Eduardo A. Zannoni. **Manual de derecho de las sucesiones**. Segunda Edición. Pág.531



La autora Guzmán Rodas expone de la siguiente manera “La forma principal o de autografía total, en la cual encontramos la autenticidad del documento y la fidelidad de la voluntad testamentaria toda vez que si el testamento lo escribe el testador por si mismo puede tener gran trascendencia en la convalidación. En esta forma el testador manifiesta su voluntad el mismo, redactando el testamento con sus propias palabra y requerimientos.”⁵⁴ Es importante resaltar que la misma ley es la que le da la posibilidad al testador de que designe a una persona ajena la redacción del mismo.

“Forma subsidiaria voluntaria, en la cual el testador encomienda la formación del testamento a un tercero, pudiendo ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego.”⁵⁵ En esta forma es que a petición del testador solicita que una tercera persona le corresponda la redacción del testamento, aunque este no esté imposibilitado para hacerlo.

“Forma subsidiaria necesaria, en la cual se trata del testamento cerrado escrito por un tercero que no sabe o no puede firmar, generalmente será por causa de enfermedad o imposibilidad física lo cual debe hacerse constar.”⁵⁶ Es importante que cuando una tercera persona sea la que redacte el testamento debe de consignarse que fue esta la

⁵⁴ Guzmán Rodas, Liliana María. **Análisis jurídico de las formalidades del testamento común cerrado y como dicha formalidades convergen en el desuso del mismo en el ámbito guatemalteco** Pág.41

⁵⁵ **ibid.** Pág. 42

⁵⁶ **ibid.** Pág. 43



quien lo realice y la causa que motiva dicha situación, y por lo general será cuando esta persona está imposibilitada físicamente en la realización del mismo.

La fase pública en la realización del testamento cerrado, consiste propiamente en su otorgamiento que se hace ante el notario a esta fase me remito directamente a la ley quien es la que establece los procedimientos de su otorgamiento:

Artículo 959. Formalidades del Testamento Cerrado: En el testamento cerrado se observan las solemnidades pertinentes prescritas para el testamento abierto y, además, las siguientes:

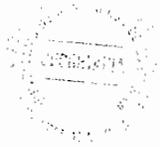
1. El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada, de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper esta; en este caso el papel que se utiliza debe de ser común, no se requiere un papel especial o determinado para la validez del testamento.
2. La presencia del notario y 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 el o escrito por mano ajena y si, por no poder firmar, lo ha hecho a su ruego otra persona cuyo nombre expresará; en esta parte de la fase notarial



propiamente del testamento común cerrado es el momento de su recepción; esta fase es de mucha importancia porque es en la parte donde el notario investido de su fe pública, dará la autenticidad al acto pues en este momento tendrá que verificar que se cumplan con las formalidades prescritas en ley, deberá de confirmar que en verdad contenga el documento y que esté debidamente sellado, de forma que al momento de su apertura sea necesariamente su ruptura.

3. Sobre la cubierta del testamento extenderá el notario el acta de su otorgamiento, dará fe de haberse observado las formalidades legales; prácticamente es la parte del otorgamiento por que es cuando el notario procede a levantar el acta notarial encima de la cubierta de la plica y la misma deberá ser firmada por el notario, el testador y los testigos y si el testador no puede firmar lo hará a su ruego un tercer testigo. En este momento es donde el otorgamiento y la autorización se materializan, por ser la parte donde el notario hace constar todo lo sucedido; 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.



Dentro del proceso debe de existir una parte muy importante para la autorización debida del testamento cerrado, que es la transcripción del acta al protocolo notarial, es la ley quien manda esta obligación y lo establece en su Artículo 962: Autorizado el testamento cerrado, el notario lo entregará al testador, después de transcribir en el protocolo, con el número y en el lugar que le corresponde, el acta de otorgamiento. Dicho instrumento deberá ser firmado también por todos los que en el acto intervienen.

El acta notarial que se realiza en la cubierta de la plica está sujeta al impuesto del timbre fiscal y papel especial para protocolos, lo cual en el Decreto Número 37-92 en su Artículo número cinco inciso nueve que establece que las cubiertas de testamentos cerrados están afectos a una tarifa específica de Q.200.00, de igual manera esta afecta a Q0.50 por hoja y adicionalmente a un timbre de Q.10.00 en concepto de impuesto de timbre notarial. Una vez que se haya otorgado el testamento, el testador deberá de decidir el paradero de la plica, pues dentro del protocolo notarial lo único que queda es la transcripción y el testador que según el Artículo 963 del Código Civil establece que el otorgante tiene la facultad de decidir que sea el mismo quien conserve el testamento, que lo custodie el notario o bien una tercera persona de confianza que este designe.

Terminado los procedimientos que se realizan directamente ante los oficios notariales se procederá a enviar los respectivos avisos dentro de los siguientes 15 días de su otorgamiento y se deberá de enviar un aviso al Registro General de la Propiedad, el cual solo deberá contener el nombre del testador, y la demás información seguirá



siendo reserva para el testador, todo esto lo establece nuestro Código Civil en su Artículo 1193 inciso número dos. Dentro de los veinticinco días siguientes de su otorgamiento se deberá de enviar en un sobre el testimonio especial al Archivo General de Protocolos, deberá de colocarse una razón sobre el mismo, estableciendo que contiene el testimonio especial de la escritura que contiene la transcripción del acta de la cubierta del testamento cerrado y adicional a este deberá de cumplir con Q.25.00 en concepto de impuesto de timbres forense y notarial Artículo número tres, para que se proceda a realizar su inscripción.

Una vez fallecido el testador será obligación de la persona que tenga en su poder presentar la plica al juez competente para que este proceda a realizar la apertura de la misma, y si no lo hace en el tiempo establecido en la ley deberá de responder sobre los daños y perjuicios que este cause. Y una vez realizado esto deberá de iniciarse un proceso de jurisdicción voluntaria ya sea judicial o extrajudicial para proceder hacer la adjudicación de la herencia a los designados por el mismo.

4.4 Impedimentos para el otorgamiento

Por la naturaleza del testamento, adicionalmente a las personas que no pueden otorgar su testamento de forma abierta, el testamento cerrado tiene dos imposibilidades adicionales a la misma, el Artículo 960 del Código Civil regula que no pueden otorgar



este tipo de testamento el ciego y el que no sepa leer y escribir; esta situación es importante pues una persona que no puede leer ni escribir estaría imposibilitado para la redacción de un instrumento de esta naturaleza y tampoco podría confirmar que sus disposiciones sean respetadas, de la misma manera una persona ciega tiene impedimento absoluta dentro de esta forma.

No obstante las personas que no pueden hablar, pero si escribir podrán otorgar testamento, siempre y cuando el testamento y acta sean firmados por puño y letra del mismo.

4.5 Ventajas y desventajas del testamento común cerrado

4.5.1 Ventajas

Puig Peña explica que el testamento cerrado tuvo una época de esplendor y que este se volvió más útil que el testamento abierto, principalmente por las ventajas que proporcionaba. Dentro de las grandes ventajas que el testamento cerrado presentaba es la privacidad de las disposiciones que el testador dictaba, dándole al otorgante cierta tranquilidad que solo quedare en el todo lo establecido en el testamento, esa razón era



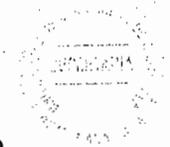
lo que hacía mucho más atractivo y útil al testamento cerrado en comparación del testamento abierto.

4.5.2 Desventajas

Aunque en algún momento el testamento cerrado era usado por la privacidad de sus disposiciones, comenzó la balanza a perjudicarlo y se presentaron diferentes desventajas que contribuyen al desuso actual de esta figura, Puig Peña igualmente nos ilustra sobre estas desventajas:

- a) La principal de estas desventajas como lo determina el autor fue “el excesivo número de formalidades que las leyes fueron exigiendo en su otorgamiento con las frecuentes causas de nulidad.”⁵⁷ Nuestra legislación guatemalteca exige ciertos requisitos que como ya hemos señalado anteriormente le dan la validez al testamento, adicional a estos requisitos se solicita que se cumplan los requisitos del testamento abierto dentro de su redacción, pues es importante recalcar que al momento de que este sea abierto tendrá que haber cumplido con estas formalidades y si se deja de cumplir podría ser objeto de impugnación y posteriormente de nulidad. Una situación que hace que este testamento sea

⁵⁷ Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 243



demasiado desventajoso, pues se deberán de cumplir con un procedimiento demasiado riguroso y engorroso para que este tenga la suficiente validez.

b) La falta de redacción del notario: Este punto es importante, pues la ley exige formalidades pertinentes al testamento abierto, en la redacción del mismo, si una persona que desconozca estas formalidades decide realizarlo, sin previo tomar en cuenta dichas disposiciones, será objeto de impugnación, y al momento de su apertura por el juez el mismo tendrá la obligación de verificar que se haya cumplido dichas disposiciones, siendo esta situación un resultado de que el notario no sea quien este facultado para redactarlo, ya que el mismo influye directamente en la validez y eficacia de dicho instrumento público.

c) La conservación del testamento: Este punto es uno de los mayores riesgos que sufre el testamento cerrado, por ser la ley la que establece que este puede ser conservado inicialmente por el mismo testador, situación un tanto ilógica pues al momento que este muera y no haya indicado el paradero de la plica este quedara automáticamente intestado, también están facultados el notario o una tercera persona de confianza del testador, el riesgo que se sufre de pérdida, deterioro o bien la violación a la plica al momento que se desee abrir sin la presencia del juez. Es importante de la misma manera, el tiempo que se tiene para hacer la entrega del mismo, pues siendo de diez días después de muerto el testador, puede llegar a



sucedier que el guardador se entere de la muerte del testador en un plazo extemporáneo y al final será quien sufra las consecuencias de su atraso.

d) La onerosidad del testamento: Al momento de realizar un testamento cerrado se debe de estar consciente que por ser un proceso demasiado largo y con bastantes requisitos establecidos en la ley, el precio del otorgamiento puede ser demasiado elevado, ya que el proceso inicia desde que el notario realiza el acta, posterior a esto lo traslada a su protocolo, extiende los testimonios, manda el aviso al Registro de la Propiedad y al Archivo de Protocolos y si también a esto le sumamos que sea el mismo notario quien sea el guardador del testamento. Como ya se ha visto anteriormente, en cuestión de impuestos el testamento cerrado es mucho más oneroso, pues adicionalmente a los impuestos de un acta notarial esta afecto a una tarifa específica de doscientos quetzales del impuesto del timbre y papel especial para protocolos, y adicionalmente a los veinticinco quetzales del impuesto notarial y forense en el sobre que contenga el testimonio especial, es claro que los gastos en que se incurren en la realización del testamento son mucho más elevados que el de un testamento abierto.

e) La veracidad si el contenido de la plica es un testamento o no: Esta es una circunstancia que por más que se desee saber el notario no podrá comprobar, ya que el testador se presenta con la plica y establecerá que el contenido es el testamento, pero que sucederá si al momento de su apertura el documento



depositado sea todo lo contrario, inicialmente la fe pública del notario es violentada, ya que dentro de los instrumentos públicos que redactó estableció que el testador declaró sobre el contenido de la plica y siendo esto una falacia que era imposible de comprobar.

El doctor Nery Muñoz realiza un análisis sobre el desuso del testamento y expone situaciones importantes: “El testamento común cerrado no ha tenido una amplia aceptación en Guatemala, debido a la inseguridad que se crea al quedar el mismo en poder del testador o de un tercero y puede suceder que al fallecer el testador, el testamento no aparezca o aparezca violada la plica que lo contiene, caso en el cual devendría nulo.” En el mismo orden de ideas el autor sigue explicando: “Otras de las razones es la falta de conocimiento y confianza en la figura jurídica.”⁵⁸

4.6 Desuso del testamento común cerrado

Podemos iniciar mencionando la falta de utilización del testamento por parte de los notarios, quienes prefieren utilizar el testamento común abierto, o bien en su defecto cualquier otro tipo de instrumento público y no se pone en conocimiento de los interesados la propuesta de un otorgamiento de esta figura ya sea por

⁵⁸ Muñoz, Nery. **Ob. Cit.** Pág. 127



desconocimiento total o parcial del procedimiento adecuado para otorgarlo o bien la comodidad de otorgar otro instrumento más sencillo en relación a su procedimiento y requisitos, como ya se expuso anteriormente uno de los grandes inconvenientes dentro del testamento común cerrado, es la variedad de requisitos que la ley exige para su validez, así como el procedimiento tan extenso que debe de realizarse para su otorgamiento. Una razón muy específica por la falta de uso del testamento por parte de los notarios, es el mismo secreto testamentario como lo expone Federico Puig Peña en su obra, pues se sabe que las disposiciones de este testamento son un secreto hasta para el notario, pero también lo que se ignora por completo es que exista un verdadero testamento dentro de la plica, ya que prácticamente la fe notarial se violenta al otorgarse haciendose constar que existe un testamento dentro de la plica y que al momento de su apertura sea todo lo contrario.

Otro punto importante que versa sobre el desuso del testamento mencionado es la onerosidad, pues el testamento representa un alto costo monetario, por la diversidad de trámites que deben de realizarse ante notario y que en relación al otorgamiento de otros instrumentos públicos, este testamento se vuelve económicamente mucho más caro. Puig Peña expone "...dentro de la historia del testamento la onerosidad del mismo fue crucial para su desuso."⁵⁹

⁵⁹ Puig Peña, Federico. **Ob. Cit.** Pág. 234

Otro aspecto importante es el desconocimiento de la norma jurídica, tanto de los profesionales del derecho en esta caso los notarios, como de los particulares, siendo esto muy importante de resaltar que la misma norma no es del todo clara, exigiendo ciertas formalidades que al no colocarse provocaría una impugnación segura y al no regular ciertas cuestiones ponen en peligro al testamento.

4.6.1 Mecanismos para evitar el desuso

De la investigación realizada a mi juicio es necesaria la revisión del Código Civil Decreto Ley 106 específicamente los Artículos del 959 al 964, con la finalidad de que a través de las instituciones que tienen iniciativa de ley se promueva las reformas a dichos preceptos normativos para adecuar a la realidad este instrumento, para que se establezcan procedimientos simples y cortos exigiendo menos formalidades; pero a la vez se debe fortalecer con disposiciones legales las acciones de las cuales puede hacer el testador con toda libertad, por ser este el que pone en riesgo la voluntad; como también el instrumento público en donde obra su testamento, por consiguiente se le da seguridad jurídica de la cual debe estar revestido tanto el procedimiento para abrir la plica como el instrumento público, sin requerir demasiadas formalidades que induzca a las impugnaciones del testamento por las que integran la masa hereditaria



Por consiguiente, con procedimientos más cortos y formalidades flexibles el costo del otorgamiento del testamento común cerrado disminuiría pues no habría una fase engorrosa que se deba cumplir por parte del notario al momento de que éste le de validez legal a la plica. Otro punto que debería ser fortalecido es la implementación de un registro específico para la guarda y custodia del testamento que se estudia, pues al darse la libertad al testador de disponer de una persona específica para que lo custodie, se pone en manifiesto el peligro que puede llegar a tener la plica; lo cual no ocurriría al momento de que se guardado por un registro público con ello la custodia se vuelve mucho más efectiva para el testador.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

Dentro de la investigación y análisis jurídico que se ha realizado determino que el desuso del testamento común cerrado en la actualidad, se debe principalmente al desconocimiento de la figura jurídica y por las altas desventajas que este presenta al momento de su utilización. Dentro del proceso de otorgamiento del testamento se observan demasiados requisitos establecidos en ley, un alto costo para quien lo otorga en virtud de que el procedimiento notarial se vuelve demasiado largo y oneroso, también se observa un grave peligro para el instrumento al darse la posibilidad que un tercero o bien el mismo testador sea quien pueda conservarlo, se corre un riesgo eminente a la plica que contiene el instrumento público, y por estas razones principales se logra una impugnación segura al momento de su apertura. Asimismo se pone en riesgo la fe notarial al momento que el funcionario que lo autoriza, que en este caso es el notario desconozca por completo las disposiciones del testamento y así como la verificación de los requisitos que establece la ley.

Con base a todo lo anteriormente expuesto se puede concluir que es necesaria una revisión a la norma jurídica, pues dentro de la misma se exigen demasiados requisitos, se violenta la principal característica del testamento, siendo esta el carácter personalísimo que tiene el mismo, al dar la posibilidad que una tercera persona pueda redactar el testamento cuando el testador este imposibilitado para realizarlo y de la misma manera, un registro específico donde pueda ser depositado despues de su otorgamiento; de esta forma el testamento puede perfilarse al futuro y ser conservado en óptimas condiciones.



BIBLIOGRAFÍA



- AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman. **El negocio jurídico**. Tercera edición. Guatemala, Guatemala. Editorial Serviprensa, S.A. 2006
- ALVARADO SANDOVAL, Ricardo y José Antonio Gracias González. **Procedimientos notariales dentro de la jurisdicción voluntaria guatemalteca**. Quinta edición. Guatemala 2011.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario enciclopédico del derecho usual**. Trigésima edición. Buenos Aires, Argentina. Heliasta, 2008
- ETCHEGARAY Y VANINA, Natalio Pedro. **Derecho notarial aplicado**. Primera edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. 2011.
- ETCHEGARAY Y VANINA, Natalio Pedro. **Derecho civil aplicado**. Primera edición. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. 2010.
- GARCIA URBANO, José María. **Instituciones de derecho privado (ciencias políticas)**. Primera edición. Madrid, España. Uned, 1994.
- GUZMAN RODAS, Liliana María. **Análisis jurídico de las formalidades del testamento común cerrado y como dichas formalidades convergen en el desuso del mismo en el ámbito guatemalteco**. Tesis. Guatemala. USAC, 2012.
- GONZALEZ, Carlos Emerito. **Derecho notarial**. Buenos Aires, Argentina. Ed. La Ley, S.A., 1971.
- MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. Decima edición. Guatemala, Guatemala. Infoconsult Editores. 2013
- MUÑOZ, Nery Roberto. **El instrumento público y el documento notarial**. Decima cuarta edición. Guatemala, Guatemala. Infoconsult Editores. 2012
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Tercera edición. Madrid, España. Ediciones Pirámide, 1976.
- OSSORIO FLORIT, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales**. Trigésima séptima edición. Buenos Aires, Argentina. Edi. Heliasta, 2011.
- VELEZ CARRANZA, Hugo Rolando. **El testamento común cerrado, su facción notarial y los problemas que confronta ante la legislación guatemalteca**. Tesis. Guatemala, Guatemala. USAC, 1987.



Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala Asamblea Nacional
Constituyente 14 de enero de 1986

Código Civil. Decreto Ley número 106, Guatemala 1964

Código de Notariado. Decreto número 314, Guatemala 1946

Ley Reguladora de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria. Decreto número 54-77,
Guatemala 1977

Ley del Impuesto del Timbres Fiscales y Papel Sellado Especial para Protocolos.
Decreto número 37-92, Guatemala 1992.