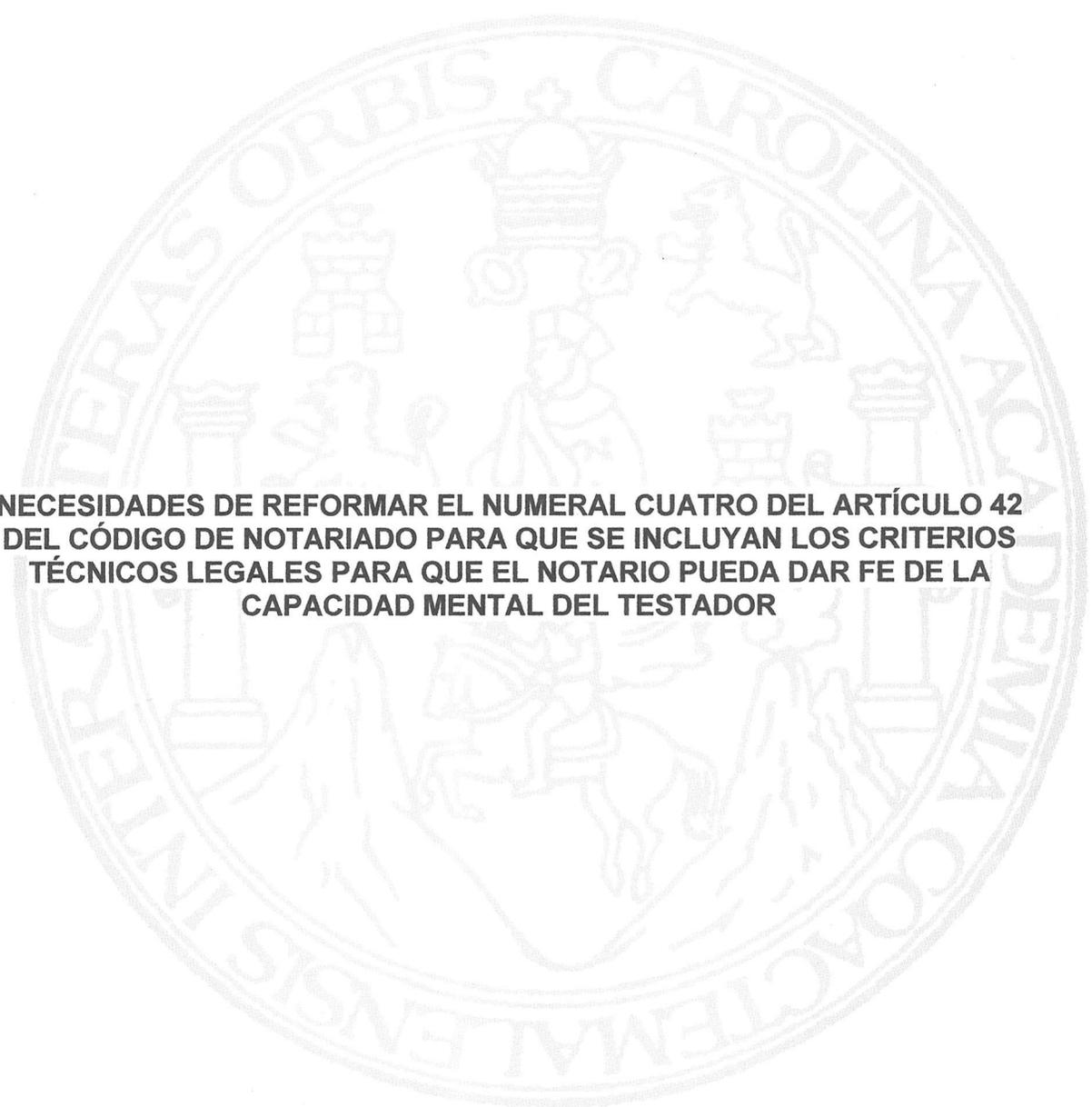


**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**



**NECESIDADES DE REFORMAR EL NUMERAL CUATRO DEL ARTÍCULO 42
DEL CÓDIGO DE NOTARIADO PARA QUE SE INCLUYAN LOS CRITERIOS
TÉCNICOS LEGALES PARA QUE EL NOTARIO PUEDA DAR FE DE LA
CAPACIDAD MENTAL DEL TESTADOR**

NORMA MARISOL LINARES GUTIÉRREZ

GUATEMALA, SEPTIEMBRE DE 2017

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

**NECESIDAD DE REFORMAR EL NUMERAL CUATRO DEL ARTÍCULO 42 DEL
CÓDIGO DE NOTARIADO PARA QUE SE INCLUYAN LOS CRITERIOS
TÉCNICOS LEGALES PARA QUE EL NOTARIO PUEDA DAR FE DE LA
CAPACIDAD MENTAL DEL TESTADOR**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

NORMA MARISOL LINARES GUTIÉRREZ

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, septiembre de 2017

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

DECANO:	Lic. Gustavo Bonilla
VOCAL I:	Lic. Luis Rodolfo Polanco Gil
VOCAL II:	Licda. Rosario Gil Pérez
VOCAL III:	Lic. Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br. Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br. Freddy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic. Fernando Antonio Chacón Urizar

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenidas en 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
PRIMER NIVEL EDIFICIO 8-5

REPOSICIÓN POR: Corrección de datos
FECHA DE REPOSICIÓN: 10/07/2017



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 22 de agosto del año 2014

Atentamente pase al (a) profesional **DORIS LUCRECIA ALONSO HIDALGO**, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante **NORMA MARISOL LINARES GUTIÉRREZ**, con carné 9330889 intitulado **NECESIDADES DE REFORMAR EL ARTÍCULO 42 LITERAL CUARTO DEL CÓDIGO DE NOTARIADO PARA QUE SE INCLUYAN LOS CRITERIOS TÉCNICOS LEGALES PARA QUE EL NOTARIO PUEDA DAR FE DE LA CAPACIDAD MENTAL DEL TESTADOR**. 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.

Lic. Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe(a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

Fecha de recepción: 06, octubre 2014

(f)
Asesor(a)
(Firma y Sello)

Doris Lucrecia Alonso Hidalgo
Abogada y Notaria

Licda. Doris Lucrecia Alonso Hidalgo

Abogada y Notaria

Colegiada 6,398



Guatemala, 12 de enero de 2017

Licenciado

Roberto Fredy Orellana Martínez

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Universidad de San Carlos de Guatemala

Su Despacho.



Señor Jefe de la Unidad de Tesis:

Le informo que procedí a la asesoría de la tesis de la bachiller Norma Marisol Linares Gutiérrez que se intitula: **“NECESIDAD DE REFORMAR EL NUMERAL CUATRO DEL ARTÍCULO 42 DEL CÓDIGO DE NOTARIADO PARA QUE SE INCLUYAN LOS CRITERIOS TÉCNICOS LEGALES PARA QUE EL NOTARIO PUEDA DAR FE DE LA CAPACIDAD MENTAL DEL TESTADOR”**, a partir de lo cual considero que el informe final es un adecuado trabajo científico, lo cual fundamento a partir de los siguientes aspectos:

- a) La investigación se realizó tomando en cuenta los criterios fundamentales del método científico y la técnica jurídica que sirvieron para exponer los elementos que determinan la importancia de reformar el Artículo 42 literal cuarto del Código de Notariado con la finalidad de incluir los criterios técnico legales que le permitan al notario dar fe de la capacidad mental del testador, para evitar que éste la determine únicamente a partir de su leal saber y entender.
- b) Además, la sustentante llevó a cabo una adecuada aplicación de los procedimientos o métodos lógicos, comenzando con el analítico, el cual dio a conocer la importancia de la figura de la capacidad de las personas; luego el sintético y el deductivo, con el cual determinó la relación entre esta capacidad y el derecho de las personas a testar.
- c) En la recopilación de la información doctrinaria y legal de actualidad sobre el tema del derecho notarial; derecho civil en relación a la capacidad jurídica y la psicología sobre la evaluación de esas capacidades, la bachiller Norma Marisol Linares Gutiérrez utilizó las técnicas de fichas bibliográficas y la documental.
- d) La redacción utilizada por la ponente para elaborar el informe final de tesis, evidencia el conocimiento del lenguaje jurídico propio del derecho notarial, el derecho civil y sobre los aportes de la psicología en la evaluación de las capacidades mentales de los individuos.

Doris Lucrecia Alonso Hidalgo
Doris Lucrecia Alonso Hidalgo
Abogada y Notaria

7ª. Avenida 3-74 Zona 9, Edificio “74”

Ciudad de Guatemala, C.A.

Teléfonos: 2332-4494 y 2331-9042

Licda. Doris Lucrecia Alonso Hidalgo

Abogada y Notaria

Colegiada 6,398



- e) Los objetivos establecidos en el plan de investigación fueron debidamente alcanzados por la tesista, al evidenciar la relación entre el requerimiento al notario de dar fe sobre la capacidad de la personas para testar.
- f) El trabajo académico realizado por la tesista evidencia un importante aporte científico, debido a que determina que el notario debe auxiliarse de criterios técnico-científicos que le permitan tener la certeza de la capacidad mental del testador y así otorgar seguridad jurídica al testamento.
- g) Existe una coherencia lógica entre lo expuesto en el cuerpo capitular y la conclusión discursiva elaborada por la tesista, con lo cual validó la hipótesis de trabajo relativa a que para garantizar una certeza jurídica sobre la capacidad del testador, el notario debe de auxiliarse con procedimientos técnico- científicos para determinar la capacidad del testador y así no quede ninguna duda que la persona es capaz para testar.
- h) Asimismo, el respaldo bibliográfico utilizado por la tesista es con información de actualidad sobre el derecho notarial y las teorías psicológicas sobre la capacidad, lo cual le permitió fundamentar doctrinariamente su tesis.
- i) Durante toda la revisión de la tesis, me encargué de guiar a la sustentante en las correcciones, enmendaduras y ampliaciones que su investigación requería para lograr un trabajo final de corte académico.
- j) Con base a mi nombramiento como asesora de tesis, hago constar que por motivos de redacción se modificó el título del punto de tesis propuesto, quedando entonces de la siguiente forma: **“NECESIDAD DE REFORMAR EL NUMERAL CUATRO DEL ARTÍCULO 42 DEL CÓDIGO DE NOTARIADO PARA QUE SE INCLUYAN LOS CRITERIOS TÉCNICOS LEGALES PARA QUE EL NOTARIO PUEDA DAR FE DE LA CAPACIDAD MENTAL DEL TESTADOR”**.

Como se aprecia, a partir de lo descrito, la tesis reúne los requisitos legales del Artículo 31 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídica y Sociales y del Examen General Público, motivo por el cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**; asimismo, expreso que no soy pariente de la tesista en ningún grado de la ley.

Muy atentamente,


Licda. Doris Lucrecia Alonso Hidalgo
Abogada y Notaria
Colegiada 6,398
Asesor de Tesis

Doris Lucrecia Alonso Hidalgo
Abogada y Notaria



USAC
TRICENTENARIA

Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 14 de julio de 2017.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante NORMA MARISOL LINARES GUTIÉRREZ, titulado NECESIDAD DE REFORMAR EL NUMERAL CUATRO DEL ARTÍCULO 42 DEL CÓDIGO DE NOTARIADO PARA QUE SE INCLUYAN LOS CRITERIOS TÉCNICOS LEGALES PARA QUE EL NOTARIO PUEDA DAR FE DE LA CAPACIDAD MENTAL DEL TESTADOR. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

RFOM/srrs.





DEDICATORIA

- A DIOS:** Sobre todas las cosas y por dejarme estar siempre tomada de su mano y no dejarme caer. Sin Él nada de esto sería posible.
- A MIS PADRES:** Gonzalo Linares y María Leonor Gutiérrez; Por haberme dado la vida
- A MIS HIJOS:** Edwin Manuel, Jenifer Yolanda, Juan Carlos López Linares por los momentos que los dejé solos para poder alcanzar este sueño.
- A LA FAMILIA:** Méndez Andrade, Auri, Luis, José y en especial a Luisa Andrade (mama Guichita) por el apoyo y las palabras de ánimo para seguir adelante
- A MI AMIGA:** Licda. Brenda Adela Cardona Vásquez por su apoyo incondicional y Marito que ha sido un rayito de luz en nuestras vidas. Espero nunca defraudarte.
- A MI JEFA:** Dra. Delia Marilis Fuentes Laparra, porque a pesar de los inconvenientes laborales ha sido un apoyo en mi vida personal.
- A MI ASESORA:** la magistrada Doris Lucrecia Alonso Hidalgo
- A MIS COMPAÑERAS DE TRABAJO:** Rubidia Ramírez, Brenda Hernández, Luz Caballeros e Irma Marroquín por los años de labores y tolerancia compartidos.



AMIGAS (OS):

Brenda Godoy, Aura Zamora, Ofelia Pineda, familia Torres Rodas, Ligia Rodas por su cariño y amistad.



PRESENTACIÓN

La investigación llevada a cabo fue de tipo cualitativo porque se realizó una reflexión jurídica sobre la importancia de incluir de manera obligatoria un dictamen psicológico para que el notario pueda dar fe de la capacidad del testador. A partir de lo expuesto se entiende que la investigación corresponde al derecho notarial, específicamente lo relacionado con la capacidad de testar, puesto que se trata de exponer los criterios que deben acompañar la decisión de comprobar científicamente si es capaz quien lleva a cabo la declaración de su última voluntad.

El estudio se realizó sobre el período que abarca desde 1946 a 2014, porque se evaluó la inexistencia de la obligación legal de emitir un dictamen psicológico que le permitan al notario respaldar científicamente la capacidad del testador, las cuales no han existido desde que el Código de Notariado fue aprobado hasta el presente. El objeto de estudio fue el testador, particularmente la capacidad del mismo para declarar su última voluntad, siendo los sujetos de la investigación, las personas que acuden ante el notario para que se les faccione su testamento.

Mientras que el aporte realizado en la presente tesis se orienta a explicar la manera en que el notario debe requerir el dictamen psicológico del requirente para que al declarar que a su juicio el testador es capaz para otorgar su testamento, sea una afirmación respaldada científicamente, por lo que se considera necesario reformar la literal cuatro del Artículo 42 del Código de Notariado, para que sea obligatorio la certificación de un psicólogo colegiado como prueba científica.



HIPÓTESIS

Para garantizar el cumplimiento de los principios notariales, principalmente el de imparcialidad, el de buena fe, el de rogación y el de fe pública notarial, es importante que el notario, al establecer la capacidad mental del testador, cuente con criterios técnico-legales, para determinar que el testador se encuentra en sus capacidades volitivas y mentales para testar, por lo que no quedará únicamente al libre albedrío del escribano, lo que a su vez le permitirá tener un medio científico de prueba de que el testador no adolecía de incapacidad cuando testó, librándole con ello de cualquier demanda por falsedad ideológica.



COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

Luego de haber realizado el trabajo de tesis, donde se sometió a prueba la hipótesis a partir de entrevistar a cinco notarios en ejercicio, se comprobó la misma, a partir que ninguno de los entrevistados requirió ningún comprobante para determinar la capacidad del testador, sino que lo hacía únicamente viéndolo, por lo que es necesario reformar el Artículo 42 del Código de Notariado para que la persona que desee hacer su testamento tenga la obligación de presentar un dictamen psicológico de psicólogo colegiado en donde conste la capacidad mental y volitiva del testador, lo cual libra al notario de cualquier demanda por falsedad ideológica y le permite cumplir de mejor manera con los principios de imparcialidad, buena fe y, principalmente, con el de fe pública notarial, lo que redundará en una certeza jurídica acerca de la validez legal del contenido de la última voluntad del testador.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. La sucesión hereditaria.....	1
1.1. La sucesión testamentaria.....	6
1.2. Testamento y legado.....	7
1.3. Diferentes especies de testamento.....	15

CAPÍTULO II

2. La función notarial.....	21
2.1. Naturaleza jurídica de la función notarial.....	30

CAPÍTULO III

3. La capacidad de las personas.....	35
3.1. Limitaciones en la capacidad de las personas.....	38
3.2. Los criterios modernos sobre la capacidad.....	46
3.3. Directrices generales para la valoración pericial de la capacidad.....	49

CAPÍTULO IV

4. Criterios técnico - legales para que el notario pueda dar fe de la capacidad mental del testador.....	53
4.1. Naturaleza jurídica de la capacidad.....	54
4.2. La capacidad de testar.....	59



	Pág.
4.3. Dictamen psicológico sobre la capacidad mental del testador.....	61
CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	65
BIBLIOGRAFÍA.....	67



INTRODUCCIÓN

A partir que la actividad económica de las personas les permite adquirir bienes durante el transcurso de su vida, resulta que las mismas buscan garantizar que los mismos le queden a quienes ellos consideran como las más idóneas para disfrutar lo que ha sido fruto de su esfuerzo durante toda su vida. Es precisamente este uno de los motivos que llevó a los legisladores a establecer la obligación del notario de dar fe sobre la capacidad mental del testador. Sin embargo, es una realidad que la mayoría de notarios no tienen la formación técnica de peritaje que les permita tener la certeza que el testador goza de todas sus capacidades volitivas, por lo que se convierte en una decisión muy arriesgada decir que el mismo se encuentra con sus capacidades mentales y volitivas, lo cual muchas veces puede ser hasta negativo para el mismo testador, si padece de trastornos como la esquizofrenia, la cual no se puede detectar solo al ver a la persona, aún cuando se le observe durante varias horas.

Esta realidad determinó establecer como hipótesis, debidamente comprobada, que previo a que el notario facione el testamento, el requirente debe tener una certificación psicológica en donde conste su capacidad mental para testar, por lo que no quedará únicamente al libre albedrío del escribano determinar si se encuentra en condiciones mentales para declarar su última voluntad.

Como objetivo general se estableció la necesidad de reformar el Artículo 42 literal cuarto del Código de Notariado para que se incluyan los criterios técnico legales para que el notario pueda dar fe de la capacidad mental del testador.

Los principales conceptos utilizados fueron los de testamento, sucesión testamentaria, herencia y legado, capacidad y función notarial, con los cuales se logró establecer la relación legal y doctrinaria entre el notario y el testador, así como las obligaciones legales existentes para que se pueda considerar válido el testamento.

El contenido capitular consta de cuatro capítulos, siendo elaborado el primero en torno a la sucesión hereditaria, su definición, sus características y la importancia de la diferencia entre testamento y legado; el segundo, está orientado a explicar la función notarial, la doctrina sobre la misma y la naturaleza jurídica de la función notarial; el tercero, permitió la explicación de la capacidad de las personas, los límites a la capacidad y la manera en que en el presente se definen los criterios para establecer la capacidad; mientras que el cuarto se realizó a partir de exponer los criterios técnico-psicológicos que deben implementarse para evaluar al requirente y establecer su capacidad mental necesaria para declarar su última voluntad.

El fundamento teórico de esta tesis fue el que explica la capacidad civil de la persona, así como la orientada a establecer la función notarial, a partir que la primera contribuye a guiar sobre el sentido que tiene establecer si una persona tiene la capacidad legal para testar; mientras que la segunda se orienta a explicar la fe pública del notario y las características de éste.

En la presente tesis se hizo uso de los métodos deductivo, para establecer los principios generales sobre la función notarial y sobre la capacidad; el inductivo, para relacionar la teoría con la realidad notarial y civil guatemalteca; el descriptivo, con el cual se informó la manera en que se establece lo relativo a la sucesión hereditaria en el Código Civil; el analítico y el sintético, porque con ambos se pudo explicar la relación entre la capacidad de testar, la declaración de última voluntad y la función notarial; mientras que se utilizaron las técnicas de investigación bibliográficas y documentales.

En esta tesis se establece la importancia que tiene la modificación del numeral cuatro del Artículo 42 del Código de Notariado, para que el notario esté en la obligación de requerir un dictamen psicológico, que le permitan tener certeza o criterios científicos al momento de determinar la capacidad del testador, puesto que es un psicólogo colegiado quien tiene las habilidades técnicas para aplicar los instrumentos científicos necesarios que permitan establecer la lucidez mental del testador.



CAPÍTULO I

1. La sucesión hereditaria

Teniendo en cuenta que las relaciones legales de una persona no terminan con su muerte, sino que se trasladan a terceras personas que entran a asumir la continuidad de la figura jurídica del difunto, se ha instituido la institución de la herencia, para que quienes asuman la continuidad de la persona fallecida, sea en calidad de herederos o legatarios, reciban los derechos y obligaciones que le correspondían a aquel.

En otras palabras, la necesidad manifiesta en toda comunidad humana jurídicamente reglada de que las obligaciones y derechos jurídicos de una persona no se terminen con su muerte, sino que se transmitan a otros que entran así en el lugar del difunto, se logra cumplir a satisfacción en la institución jurídica-legal de la herencia. Porque, si bien es cierto que en todo otro campo de la actividad humana, la muerte lo resuelve todo, en la esfera jurídica, las demandas no solamente espirituales y morales, sino políticas, sociales y, sobre todo, económicas, imponen que para seguridad de los herederos o legatarios, así como para las demás personas, las relaciones de una persona deben sobrevivir a su muerte, para que entre otra como titular del patrimonio de la persona que muere y sea continuadora de la personalidad del difunto, con lo cual se logra garantizar la continuidad de las obligaciones y los derechos que el causante concretó en el transcurso de su vida.

“Si en algún derecho positivo e histórico como el de Roma hay que buscar distinto fundamento, como es la transmisión de la soberanía doméstica y la continuación del culto familiar, el aspecto económico influye siempre de modo considerable en esta rama del Derecho, porque para regular la transmisión lo que principalmente se toma en cuenta es el patrimonio, porque como en cualquiera otra transmisión de derechos de una persona a otra, en la transmisión que tiene lugar por herencia hay una sucesión; las relaciones jurídicas pasan de la persona del difunto a la del heredero y tal transmisión se opera por la muerte del causante”.¹

La sucesión por causa de muerte, resulta siendo, entonces, una forma de las distintas fases de las sucesiones, porque la misma, puede producir con respecto a varias relaciones o a una sola relación jurídica considerada singularmente, que en tal caso se llama sucesión a título particular, que tiene lugar en el legado, el cual resulta ser la disposición que el titular de un patrimonio hace para después de su muerte para entregar un derecho o cosa determinada, porque cuando se produce respecto a la totalidad de las relaciones del fallecido, el patrimonio se considera como una unidad autónoma, independientemente de las cosas o derechos singulares que la componen, a la cual se le denomina sucesión universal o herencia propiamente dicho.

“El punto central en torno al que se desenvuelve la doctrina del derecho hereditario, es el concepto de herencia. Herencia es, en sentido objetivo, todo el patrimonio de un difunto, considerado como una unidad que abarca y comprende toda relación jurídica

¹ De Ruggiero, Roberto. **Instituciones de derecho civil**. Pág. 972.

del causante independientemente de los elementos singulares que lo integran; es la totalidad de las relaciones patrimoniales unidas por un vínculo que da al conjunto de tales relaciones carácter unitario, haciéndole independiente de su contenido efectivo; es, en suma, una universalidad de bienes que comprende cosas y derechos, créditos y deudas y que puede ser un patrimonio activo si los elementos activos superan a los pasivos o un patrimonio pasivo en el caso inverso”.²

Este sentido de la herencia significa que el heredero sucede esta universalidad de cosas y derechos, favorable o desfavorablemente, ocupando el puesto del difunto y convirtiéndose en titular de todas las relaciones constitutivas de ese patrimonio, en donde la transmisión de las relaciones jurídicas se produce en su totalidad, en virtud de un hecho de adquisición único y en forma que la misma no implique un cambio significativo o modificación de las relaciones que integran el patrimonio sucesorio, porque el heredero sucede en los bienes, en la posición jurídica de este y, como consecuencia de esta suplencia, pasa a ser el sujeto de las relaciones singulares que mantenía el difunto, porque las mismas sobreviven a la muerte del titular.

“La idea de sucesión del heredero en el derecho universal sobre los bienes del difunto, ha pasado de la doctrina romana a nuestro derecho positivo; es idea propia de los derechos inspirados en la concepción romanística. Diametralmente opuesta es la del derecho germánico, que desconoce la sucesión universal, porque la unidad del patrimonio que da a sus elementos constitutivos el carácter de un conjunto orgánico

² *Ibid.* Pág. 973.

mientras vive su titular, se disgrega con la muerte de éste y no deja lugar más que a una sucesión de relaciones singulares, a adquisición de bienes determinados”.³

Es la concepción romana la que prevalece en el derecho sucesorio occidental y del cual se deriva el español, quien, a su vez, hereda al guatemalteco la idea de la sucesión hereditaria, sea ésta a título universal o particular, aunque ha variado la forma de la misma porque el paso de los años y las nuevas realidades familiares han determinado cambios en la existencia de esta figura legal, pero la esencia de la misma sigue siendo la que tuvo su origen romano.

De esta manera, en el Artículo 919 del Código Civil guatemalteco, Decreto número 107 del Jefe de Gobierno, diferencia la herencia del legado de la manera siguiente: “La asignación a título universal se llama herencia, 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 es particular cuando se sucede en uno o más bienes determinados”.

Aunque es un hecho que la figura como tal no se ha mantenido intacta, sino que ha sido modificada por la práctica social, tal es el caso que los romanos heredaban únicamente del padre de familia o sea el jefe o cabeza de familia que era el hombre de la casa, mientras que en Guatemala pueden heredero tanto los jefes como las jefas de familia o ambos sin ninguna limitante más que lo ordenado por la ley.

³ Ibid. Pág. 974.



Así, el Artículo 917 regula que La sucesión por causa de muerte se realiza por la voluntad de la persona, manifestada en testamento y, a falta de éste, por disposición de la ley. La primera se llama testamentaria y la segunda, intestada, comprendiendo en uno y otro caso, todos los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte”.

Como se puede apreciar, en ambos artículos se mantiene la esencia de la figura romana de la sucesión; sin embargo, ha sufrido cambios a partir de ampliar los derechos de quienes pueden suceder y de quienes se sucede, así como distintos procedimientos, limitaciones e impedimentos que la práctica social y jurídica han convenido en implementar para estar la regulación en sintonía con la realidad.

De esa manera, el fin principal y directo de la sucesión hereditaria, no es la adquisición del patrimonio, sino la consecuencia y efecto de la transmisión de los derechos y obligaciones que el titular de la misma ejercía, por lo que el hecho decisivo consiste en la designación de un título personal, de heredero, del cual deriva la continuidad de las obligaciones y beneficios de ese patrimonio existente. Por lo que la consecuencia de ser nombrado heredero es que a quien este título corresponda hacerse cargo de las acciones pendientes, aunque para el cumplimiento de las mismas, el conjunto de bienes le sea sustraído por haber sido agotado el mismo con las obligaciones particulares pendientes, lo cual sería producto de una herencia negativa, donde hereda bienes que le sirven únicamente para pagar deudas, pero que de esa manera honra la memoria del difunto.

1.1. La sucesión testamentaria

El derecho hereditario o sucesorio tiene tres grandes áreas, siendo estas la sucesión testamentaria, la legítima y las disposiciones comunes a ambas, en donde se analizan a los sujetos de esta figura legal, para establecer a las personas que intervienen tanto cuando existe testamento como cuando se da una sucesión intestada.

Asimismo, hacen referencia a los supuestos del derecho hereditario, el cual se refiere a determinar las diversas situaciones que pueden presentarse a través de hechos, actos o situaciones jurídicas, que tienen como resultado condiciones jurídicas tanto en la sucesión legítima como en la testamentaria.

De igual manera, tratan sobre las consecuencias del derecho sucesorio, las cuales pueden ser activas y no activas, a partir que se analiza la creación, transmisión, modificación, aplicación, así como el estudio de los objetos directos y los indirectos del derecho hereditario, situando en los primeros a los derechos subjetivos como los deberes jurídicos y las sanciones relacionados con la herencia y los segundos, se relacionan con la idea de que la herencia es un todo jurídico y por lo cual debe de darse especial atención al patrimonio y haber hereditario, a la separación entre los patrimonio personales de los herederos y el que integra la masa sucesoria; asimismo, se trata de analizar las distintas relaciones jurídicas que pueden presentarse entre la diversidad de interesados en la herencia, tales como los herederos, legatarios,

albaceas e interventores, los acreedores y deudores hereditarios; además de los aspectos puramente formales de la misma.

“Un vocablo íntimamente relacionado con el derecho sucesorio es la herencia, por tal se entiende: Herencia es la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte. La noción anterior hace referencia a sucesión, luego entonces, hay que explicar en qué consiste la sucesión, en sentido amplio, como una transformación puramente subjetiva de una relación de derecho. En sentido restringido la sucesión sería la subrogación de una persona en los bienes y derechos transmisibles dejados a su muerte por otra”.⁴

Como se puede apreciar, estos elementos permiten comprender que el derecho sucesorio es un conjunto de normas legales del ámbito privado, que tiene por objeto regular el destino del patrimonio de una persona después de su muerte, con la finalidad de liquidarlo en su totalidad, sea porque se traslade a título de herencia o de herencia y legados o bien que, por las deudas existentes dejadas por el causante, sirva para solventar las mismas y al pagarlas ya no exista ningún bien a heredar.

1.2. Testamento y legado

El testamento es un acto unilateral, personalísimo, libre y revocable, por medio del cual una persona capaz transmite sus bienes, derechos y obligaciones, a sus

⁴ Vivar, Ana Verónica. **De las sucesiones**. Pág. 107.

herederos y/o legatarios, los cuales no se extinguen por la muerte del testador, por lo que resulta imprescindible establecer su destino legal.

El Artículo 935 del Código Civil define legalmente al testamento al regular que: “El testamento es un acto puramente personal y de carácter revocable, por el cual una persona dispone del todo o de parte de sus bienes, para después de su muerte”.

Los elementos jurídicos que resaltan de la definición legal sobre esta figura del derecho sucesorio, son los siguientes:

- a) Resulta ser un acto jurídico unilateral.
- b) Es libre, revocable y personalísimo.
- c) Es establecido por persona capaz.
- d) Su finalidad es la transmisión de los bienes que posee una persona, que no se extingan por la muerte de ella.

Entre los aspectos fundamentales de la regulación legal guatemalteca sobre el testamento, se encuentra que, aún cuando existe la libertad de testar, esta no es absoluta, porque el testador debe garantizar la alimentación para aquellas personas que les asiste ese derecho.

Asimismo, tampoco lo puede hacer a favor de quien tenga incapacidad o prohibición legal para heredar; de igual manera, está prohibido el contrato de sucesión recíproca y el testamento otorgado en virtud de contrato.

De acuerdo con el Artículo 945 del Código Civil, están incapacitados para testar:

- a. El que se halle bajo interdicción;
- b. El sordomudo y el que hubiere perdido el uso de la palabra, cuando no puedan darse a entender por escrito; y,
- c. El que sin estar bajo interdicción no gozare de sus facultades intelectuales y volitivas, por cualquier causa, en el momento de testar”.

Aunque el Artículo citado no es explícito en prohibir a los menores de edad testar, es claro que cuando el Código citado se refiere a que puede testar toda persona capaz, se entiende que debe ser mayor de edad y estar en sus capacidades volitivas; sin embargo, se entiende que es válido el testamento hecho por un interdicto, cuando no ha sido declarado como tal, salvo que se compruebe que testó en esas condiciones, por lo que para juzgar de la capacidad del testador se atenderá especialmente al estado en que se halle al hacer el testamento.

De acuerdo con el Código Civil vigente en Guatemala, existen dos casos en los cuales legalmente no se puede heredar: una incapacidad general y una incapacidad por indignidad; siendo la primera relativa a aquellas personas que por su actividad o relación con el testador pueden aprovecharse para inducirlo a dejarles todos sus bienes en perjuicio de los familiares o las personas a quienes el testador quisiera dejarle sus bienes. Estas personas son los ministros de culto, los médicos que asistan al causante en su última enfermedad, el notario y sus parientes, junto con los



testigos instrumentales; así como el tutor, el protutor y los parientes de estos, salvo que en todos los casos sean parientes del testador.

Es interesante observar que la literal 5º. del Artículo 926 del Código Civil establece la prohibición explícita, sin ninguna atenuante, de una incapacidad absoluta de las instituciones extranjeras para suceder sin argumentar los motivos que determinan esta prohibición.

En el caso de la incapacidad por indignidad, el Artículo 924 del Código de marras establece nueve situaciones que conllevan la prohibición, siendo estas las siguientes:

“a. El que haya sido condenado por haber dado, mandado o intentado dar muerte a la persona de cuya sucesión se trate, o a los padres, hijos, cónyuge, conviviente de hecho, o hermanos de ella. Esta causa de indignidad subsistirá no obstante la gracia acordada al criminal o la prescripción de la pena;”

Esta prohibición es importante porque permite garantizar al propietario de bienes muebles y/o inmuebles su vida y su integridad, puesto que limita la posibilidad de ser objeto de algún atentado contra su vida o la de los familiares que pudieran heredar según la tradición o lo que se espera suceda al fallecer el dueño de las cosas; e incluso, es de resaltar la importancia que tiene el hecho de mantener vigente la limitante aún cuando exista gracia para el sujeto activo, porque si no sería fácil para el ejecutor o autor intelectual soportar la pena, sabiendo que tiene toda la seguridad

de gozar de los bienes obtenidos de esta manera al ser beneficiado por cualquiera de estas dos circunstancias.

“b. El heredero mayor de edad que, siendo sabedor de la muerte violenta del autor de la sucesión, no la denunciare a los jueces en el término de un mes, cuando sobre ella no se hubiere procedido de oficio. Si los homicidas fueren ascendientes o descendientes, cónyuge o conviviente de hecho, o hermanos del heredero, cesará en éste la obligación de denunciar;”

Esta causal para ser incapaz de suceder tiene relación directa con la primera, porque en la medida que se permitiera este silencio, se fomentaría la complicidad o incluso que el mismo heredero fuera el autor intelectual o cómplice de quienes llevaron a cabo el acto criminal.

“c. El que voluntariamente acusó al autor de la herencia, de un delito que merezca por lo menos la pena de un año de prisión;”

En este caso si es dudosa la regulación, puesto que si el testador realizó el ilícito y el posible heredero tendría la obligación legal de denunciarlo, no debería afectarle esta prohibición, sino únicamente cuando esta acusación tenga motivos fútiles o abyectos en contra del autor de la herencia, puesto que en este caso se actúa de mala fe y con fines insospechados, por lo que debería diferenciarse ambos casos, ya que tienen razones diferentes, siendo la primera válida y la segunda inválida.

“d. El condenado por adulterio con el cónyuge del causante;”

Esta prohibición ya no tiene sentido puesto que el delito de adulterio fue declarado inconstitucional por la Corte de Constitucional en el año 1995.

“e. El pariente del autor de la herencia si, habiendo estado este demente y abandonado no cuidó de él, de recogerlo o asilarlo en establecimiento público, si hubiere podido hacerlo;”

Esta limitante es importante puesto que no es adecuado permitir que aquellas personas que no ayudaron al testador pudiéndolo hacer, sean beneficiarias de los bienes del aquél al fallecer, puesto que no mostraron ningún respeto o solidaridad hacia él, debiéndose castigar su indiferencia.

“f. El padre o la madre que haya abandonado a sus hijos menores de edad o que los haya corrompido o tratado de corromper, cualquiera que sea la edad de los hijos;”

Este caso, aunque formalmente es similar a la literal e, resulta más dramático, puesto que los hijos no pidieron venir al mundo, por lo que resulta completamente rechazable que los padres adopten estas posturas y luego quieran disfrutar de los frutos del esfuerzo realizado por sus descendientes, sin merecerlo para nada, menos si el

resultado de los bienes se ha debido a la corrupción sobre el menor porque la misma implica un abierto rechazo hacia su integridad física, moral y psicológica.

- “g. El que con dolo o coacción obligare al testador a hacer testamento, a cambiarlo o revocarlo;
- h. El que por iguales medios impidiere a otro hacer testamento o revocar el que tuviere hecho, o suplantare, ocultare o alterare otro testamento posterior; y
- i. El que ejerciere violencia sobre el notario o testigos, para impedir el otorgamiento del testamento, o para conseguir que se teste a su favor o a favor de otra persona”.

Estos tres Artículos se analizan en conjunto puesto que tienen relación directa, siendo el motivo principal de su indignidad priorizar los intereses materiales del autor de la violencia o coacción o bien de terceras personas que, obviamente, son conocidas o familiares del mismo, por lo que directa o indirectamente será el beneficiario de los bienes si los lograra tener a través de esas acciones.

Aunque, según el Artículo 925 del Código Civil, “Las incapacidades enumeradas en el artículo anterior no se aplican cuando el causante así lo dispone en disposiciones testamentarias posteriores a los hechos que las hayan producido”, se entiende que esta disposición no es aplicable a la literal 1º, puesto que al final de la misma la norma legal citada es explícita en establecer que ni la gracia del testador al criminal ni la prescripción de la pena impedirán que subsista la incapacidad.

Por aparte, otra forma de ser beneficiario de parte de los bienes del testador es a través de la figura del legado, el cual también implica un acto de transmisión de bienes del causante, pero a título particular de uno o más bienes determinados.

“El legado consiste en la transmisión gratuita y a título particular hecha por el testador, de un bien determinado o susceptible de determinarse, que puede consistir en una cosa, en un derecho, en un servicio o hecho, a favor de una persona y a cargo de la herencia de un heredero o de otro legatario, cuyo dominio y posesión se transmite en el momento de la muerte del testador si se trata de cosas determinadas o hasta que éstas se determinen posteriormente”.⁵

Esto implica que con el legado, el legatario recibe un bien determinado o determinable, sin responder de las relaciones pasivas patrimoniales del autor de la sucesión, como ocurre con el heredero, puesto que éste adquiere el activo y el pasivo, como continuador del patrimonio del autor de la sucesión; en cambio, el legatario simplemente es un adquirente a título particular de cierto bien, que no responde del pasivo ni continúa el patrimonio del autor de la herencia.

“El legado constituye una liberalidad, es decir, una transmisión a título gratuito, aunque si la cosa legada se transmite con una carga o gravamen, bajo la condición de cumplir otro legado, es oneroso; pero a pesar de que se impone esta carga o condición, siempre existe un valor que se transmite gratuitamente, puesto que la

⁵ Vivar. **Op. Cit.** Pág. 108.

carga no puede ser superior al legado, y habrá un remanente como la donaciones onerosas que adquiere el legatario. Si la carga es igual o superior al legado, no existe éste último”.⁶

Es de tomar en cuenta que los legados se dejan siempre por testamento, porque todo legado implica la transmisión de un bien determinado o determinable que puede consistir en un derecho o en una cosa; sin embargo, Si toda la herencia se distribuye en legados, se prorratarán las deudas, gravámenes y porciones alimenticias entre los legatarios, en proporción al valor de sus respectivos legados, porque ni la herencia ni el legado deben ser inferiores a las deudas dejadas por el causante.

1.3. Diferentes especies de testamento

Los testamentos y las distintas clases de los mismos, responden a las variadas formas en que la norma legal ha establecido y aceptado su creación; de ahí que cada testamento tenga sus particularidades, determinadas formalidades para su distinción con las demás declaraciones de última voluntad, además de requisitos legales para su validez legal; aunque todos tenga la similitud en el hecho que esta manifestación sobre el destino de los bienes y a quienes se les deja, nunca debe ser de forma tácita sino que expresa ni es válido el testamento si el testador manifiesta su voluntad contestando por medio de monosílabos a preguntas que se le hagan o bien respondiendo con señas, lo cual implica una diferencia esencial con otros actos

⁶ Ibid.

jurídicos, como lo contratos, en donde si se acepta la expresión tácita de las partes sin que haya la expresión en forma oral, aunque no en todos por supuesto, porque algunos, por imperio legal, deben ser en escritura pública.

Existen dos clases de testamentos, siendo el primero el ordinario o común, que puede ser abierto o cerrado; mientras que el segundo es el especial, siendo este el del preso, el marítimo, el militar y el que se otorga en lugar incomunicado, los cuales tiene plena validez si cumplen con los requisitos esenciales establecidos en la ley.

Es fundamental establecer que el testamento especial es aquel que se otorga de acuerdo a circunstancias determinadas, por lo que solo en atención a las mismas, la ley permite que se otorgue, por lo que no habiéndolas no se puede hacer uso de esa forma privilegiada.

Es por eso que el Artículo 973 del Código Civil guatemalteco regula que: “Los testamentos especiales a que se refieren los artículos anteriores, solo son válidos si el testador muere durante la situación a que dichos artículos se refieren o dentro de los noventa días posteriores a la cesación de ella”.

Lo expuesto implica que únicamente es válido si fallece el testador, porque de lo contrario, si continúa vivo después de haber finalizado las mismas, para que la última voluntad sea válida, el testador debe llevar a cabo el otorgamiento de un testamento

común, sea abierto o cerrado, porque de lo contrario el especial deja de tener validez, porque ha dejado de existir la situación que los hace especiales.

Asimismo, existen requisitos legales para que ese testamento especial tenga validez, como por ejemplo, en el caso del testamento militar, el mismo es aplicable únicamente para los individuos de un ejército que se halle en país extranjero, debe haber dos testigos que sepan leer y escribir, de acuerdo al quinto párrafo del Artículo 965 del Código referido; además, el Artículo 966 establece que dicho testamento “deberá ser remitido con la brevedad posible al Cuartel General, y por éste al Ministerio de la Defensa” y si fallece el testador, “el Ministro remitirá el testamento al juez del último domicilio del difunto y, no siéndole conocido, a cualquier Juzgado de Primera Instancia del Ramo Civil del departamento de Guatemala, para que, de oficio, cite a los herederos y demás interesados en la sucesión”, estando estos obligados a la protocolización del testamento de acuerdo con la ley de la materia.

El testamento común abierto es el que se otorga ante notario, de conformidad con las disposiciones del Código Civil, debiéndose otorgar en escritura pública como requisito esencial de validez, tal como lo establece el Artículo 955.

El testador expresará de modo claro y terminante su voluntad al notario, ya sea de manera verbal o a través de una minuta donde se encuentren sus disposiciones testamentarias. El notario redactará por escrito las cláusulas del testamento, sujetándose estrictamente a la voluntad del testador y las leerá en voz alta para que

éste manifieste si está conforme. Si lo estuviere, firmarán la escritura el testador, el notario y los testigos y el intérprete si fuera el caso, asentándose el lugar, año, mes, día y hora en que hubiere sido otorgado; si quien otorga el testamento es enteramente sordo; pero que sepa leer, de acuerdo al Artículo 958, deberá dar lectura él mismo a su testamento con voz inteligible, lo cual debe hacerse constar.

El testamento común cerrado, además de las formalidades legales del abierto, según el Artículo 959 del Código citado, debe, además, cumplir, con las siguientes:

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

Como se aprecia, la ley reviste de formalidades esenciales al testamento común cerrado, debido a la importancia legal que conlleva el mismo, puesto que en él el

testador está definiendo su acto de última voluntad, sobre sus bienes y el derecho que tiene de designar a los que serán sus herederos, por lo que resulta fundamental la protección de este derecho.

En esa misma línea de protección, el Código Civil establece medidas de seguridad adicionales para cuando ya no se encuentre vivo el testador, tal es el caso de establecer que el notario o quien tenga en su poder el testamento cerrado, al enterarse del fallecimiento del causante, debe presentarlo dentro de los diez días siguientes al juez competente; además, si la plica que contiene el testamento cerrado, está rota, el mismo será nulo de pleno derecho.

Como se puede apreciar, a partir de la importancia de la sucesión hereditaria, es que se establecen regulaciones legales para determinar los aspectos formales del testamento, la legalidad de la sucesión, si quien hereda es digno o indigno, si la distribución de los bienes se hará como herencia o como legados o una mezcla de los dos; asimismo, se debe garantizar los derechos de los alimentistas y de las personas interdictas a quienes no se les puede afectar su sobrevivencia.

Todos estos aspectos se deben tener en cuenta cuando el notario faccione el testamento o reciba la plica donde se encuentre la última voluntad del testador para evitar que se considere inválido el mismo, para lo cual este profesional del derecho tiene que asesorar debidamente a su cliente, porque no se trata de redactar y verter a escritura pública en papel de protocolo los deseos del que declara sino que, además,



deben estar debidamente enmarcados en la ley vigente en Guatemala, porque de lo contrario, las personas que se consideran afectadas pueden redargüir la nulidad del testamento, lo cual resulta un problema mayor si esto sucede luego de haber fallecido el de cujus, porque ya no serán repartidos los bienes como quería.

Esta realidad es la que evidencia la importancia de la regulación legal del testamento, los mecanismos legales que deben cumplirse para que el mismo sea considerado válido, los casos donde no se puede hacer testamento ni ser heredero, la forma en que deben ser sustituidos los indignos, tanto en función de la línea directa como el acrecentamiento por ausencia de otro heredero.

En todo caso, la institución legal de la sucesión hereditaria es tan trascendente que ocupa buena parte de la regulación legal del Código Civil, en el cual existe una detallada relación de condiciones, requisitos y limitaciones normativas, debido a esa relevancia; de igual manera sucede en el aspecto notarial donde se plantean requisitos esenciales para que el testamento sea válido, pues se trata de garantizar a través de los mecanismos legales establecidos, que se respete la última voluntad del testador, quien puede cambiar su testamento cuantas veces quiera.



CAPÍTULO II

2. La función notarial

Si se parte del hecho que el notariado tiene fe pública para hacer constar actos y autorizar contratos en los cuales intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte, se entiende, entonces, que su función notarial implica el asesoramiento de los requirentes, la elaboración de un documento, que implica el cumplimiento de varios requisitos legales y técnicos, entre ellos el apropiado estudio de títulos, para poder expedir la labor autenticadora o fedante que la ley le otorga; además de conservar el protocolo, expedir testimonios o copias de las escrituras matrices y cumplir con las obligaciones que le establece la ley, tales como presentar un aviso trimestral al Archivo General de Protocolos sobre la cantidad de escrituras faccionadas y sobre las canceladas, así como entregar el testimonio especial, entre otras obligaciones.

Al hacer referencia al asesoramiento de las partes, se entiende que en la actualidad es aceptado que su función no es limitada al aspecto formal del instrumento, sino que incluye la asesoría técnica y actualizada a las partes, para realizar una adecuada orientación legal para la validez esencial del negocio jurídico; esto es así porque la función notarial es una tarea pública de ejercicio privado, regulada legal y reglamentariamente por el Estado, quien le ha delegado al escribano la fe pública notarial, por lo que debe garantizar el adecuado uso de la misma, porque aún cuando

se lleva a cabo principalmente, aunque no de manera exclusiva, a instancia de parte y su ejercicio es privado, la misma respetará siempre el orden público.

“El notario es un profesional del derecho a cargo de una función pública, documentador, conciliador, consultor, interprete de la voluntad de las partes. Su tarea se desarrolla a requerimiento de partes, su misión es interpretar la voluntad negociadora, para la cual califica, legaliza, legitima, configura, documenta y autentica con las solemnidades de la ley el documento para su prueba y eficacia; de ahí que la función notarial es una función pública de carácter administrativo, que consiste en dar forma de ser y de valer a los negocios jurídicos o en establecer la presunción de verdad de ciertos hechos, mediante la afirmación pasiva de su evidencia por el notario, hecho en el mismo momento en que son para él evidentes, por su producción o por su percepción, en el instrumento público, a requerimiento de las partes y generalmente con la colaboración de estas”.⁷

Según lo citado, se entiende que la función notarial tiene bases profesionales, con características vinculados con el hecho de ser una actividad calificadora, autónoma, privada, documental y calificada; asimismo, tiende a ser ordenada y regulada por la ley para garantizar seguridad, permanencia y valor del derecho sobre el hecho, en aras del interés jurídico de los individuos, quienes acuden en función de una relación legal de voluntades, convergentes o concurrentes en un acto o hecho jurídico, el cual se encuentra asesorado por la configuración, interpretación, autenticación,

⁷ Sierz, Susana Violeta. **Derecho notarial concordado**. Pág. 54.

autorización y resguardo del notario hábil conforme al Código de Notariado de Guatemala, Decreto 314 del Congreso de la República.

“Ahora bien, existen opiniones encontradas en cuanto a si tal deber de información y consejo constituye una obligación de medios o de resultado. Por mi parte, coincido con quienes sostienen que se trata de una obligación de resultado, ya que el escribano se compromete a observar un plan de prestación tendiente a que se obtenga un consejo jurídico eficaz. Es verdad que sobre ciertos problemas jurídicos existen dudas por la existencia de opiniones encontradas, pero en esos casos, el notario cumplirá su prestación eligiendo y fundando uno de esos criterios. Y, si luego el documento es impugnado ante un tribunal y la prestación resulta estimada al admitirse otro de los argumentos o soluciones, tal circunstancia será suficiente para que quepa entender que se produjo la ruptura el nexo casual.”⁸

Como resultado de la actitud fedante del notario, surgen responsabilidades hacia él porque al hacer constar actos y autorizar hechos, por lo que se considera válida la distinción entre obligaciones de medios y de resultados; es por eso que, partiendo de la misma, se ha enmarcado como de resultado a la obligación de dar fe de conocimiento, a partir de lo cual, permite afirmarse que el notario se ha comprometido a elaborar una escritura dentro de la ley que permita ampliar, en plenitud, los efectos del acto legal sobre el cual se lleva a cabo el faccionamiento de la escritura o del

⁸ Sanahuja y Soler José María. **Tratado de derecho notarial**, Pág. 5.



acta, lo cual incluye la correcta identificación de las partes, tal como establecen los numerales dos y cuatro del Artículo 29 del Código de Notariado.

De lo expuesto resulta que, nada importa el esmero que lleve a cabo el notario, porque si el acto resulta inválido en razón de diferencias en la identidad de los otorgantes o cualquier otra causa, el profesional del derecho deberá responder por los daños y perjuicios ocasionados, salvo que pueda demostrar que ese resultado fue producto de un caso fortuito.

“Sin embargo, aun encuadrando la actividad del escribano en la figura de la locación de obra, el enfoque puede ser diferente. Así puede distinguirse entre la producción de un resultado de la eficacia del mismo. Entiendo que la obligación que se impone al escribano, consiste en desplegar todas aquellas actividades que le permitan abrir al juicio de certeza acerca de la identidad de los otorgantes. Dependerá de las circunstancias que el debió emplear para fundamentar su conclusión. Por lo tanto, habrá que juzgar en cada caso si las previsiones adoptadas fueron las adecuadas. Pensemos en el caso de la persona que concurre a una escribanía con documentos falsos, exhibe el título de propiedad del inmueble objeto del acto, hasta ocupar físicamente el mismo; en definitiva, existe una maniobra que ni su contraparte ni el escribano pueden advertir; podemos exigirle al notario que en este caso asegure como resultado la verdadera identidad del otorgante); la solución es a todas luces excesiva. El accionar del escribano debe juzgarse a través del concepto genérico de culpa, no habiendo culpa cuando el resultado se frustre por un ardid doloso llevado a

cabo por un tercero que no estaba al alcance del notario evitar o prever. Ese ardid doloso puede llegar a configurar el caso fortuito, por lo que actuaría como eximente de responsabilidad aún en la posición más estricta que califica como de resultado a la obligación del notario”⁹

Como se puede apreciar, de lo citado se puede exponer que la distinción entre obligaciones de medios y de resultado es determinante para los fines de configurar normativamente la obligación profesional del notario, en donde el deber de prestación se construye con la disposición de todos los medios orientados hacia la obtención del resultado que integra el objeto de modo inmediato.

De esta manera la declaración de invalidez del acto vertido a instrumento por defecto en la identidad de las partes, permitirá establecer en principio la culpa del notario autorizante, pero podrá este eximirse de responsabilidad en la medida en que demuestre que su accionar ha sido suficientemente diligente, por lo que a la hora de valorar este comportamiento deberá tenerse en cuenta la envergadura del ardid que fue víctima.

“En otro orden de ideas, la actividad derivada de la dación de fe de consentimiento se inserta en el campo contractual o aquiliano según el vínculo que una al notario con la víctima del daño. La circunstancia de que la acción devenga de un deber legal específico no impide que su violación se encuentre en el ámbito contractual si tal

⁹ Ibid.

transgresión, a su vez, implica el cumplimiento de las obligaciones asumidas por quien se comprometió a realizar la tarea profesional. Cuando el escribano acepta el requerimiento se compromete a desempeñar la función de acuerdo con las leyes que la regulan, de esta manera, el incumplimiento de la normativa vigente integra las obligaciones asumidas al contratar.”¹⁰

Si en dado caso se produjera la responsabilidad del notario, la misma es de naturaleza profesional, porque esta surge a partir de cumplir con su función redactora producto de relación jurídica que conlleva deberes establecidos que resultan de actos lícitos, salvo que el cartulante demuestre que los documentos presentados evidenciaban ser legítimos, porque la ley no lo obliga a verificar la certeza legal de los mismos, sino que partir de inferir su legalidad producto de la validez formal de los mismos, tal el caso de que el cliente le presente un documento personal de identificación, cuyos aspectos formales permitan suponer la validez del mismo porque cumple con las formalidades requeridas para que un dpi sea considerado, en principio, que ha sido expedido por el Registro Nacional de las Personas, pues el notario no está obligado a ir a esta dependencia y verificar si el documento personal de identificación realmente fue expedido por esta institución.

Además de la función redactora el notario tiene que observar la exigencia impuesta por las leyes para las actividades anteriores al otorgamiento del acto, o bien con posterioridad a su celebración, siendo estos deberes de conducta y de resultado. En

¹⁰ **Ibid**, pág. 8.

tal sentido, el notario ha de tener presente, al faccionar una escritura, por ejemplo lo que surge de las certificaciones del Registro General de la Propiedad, porque los mismos deben ser recientes para evitar que se base en documentos que ya sufrieron modificaciones, lo cual implica, nuevamente que si el documento que le presentan tiene fecha próxima a los quince días anteriores al acto, por ejemplo, se debe presumir su validez legal, pues no es obligatorio para el notario acudir al Registro en mención y verificar por sí mismo su autenticidad.

Esto significa que la escritura debe faccionarse dentro de un plazo inmediato a la expedición de las certificaciones ya que ello es vital para que el acto tenga propiedad de reserva; de igual manera, el notario debe asesorar a su cliente para que inscriba el título en el Registro lo más pronto posible para que la inscripción comience a darle prioridad a quien lo inscribió.

Asimismo, en relación a la inscripción de la compra-venta, hipoteca, donación u otro acto inscribible, el sistema de reserva de propiedad de los registros impone, no solamente que la escritura se otorgue dentro del plazo de validez de los certificados, sino que se inscriba de manera inmediata, porque al perderse la reserva de prioridad por el hecho de no inscribirla, colocando al solicitante en la imposibilidad de presentarse públicamente como titular registral del derecho contenido en el documento, aunque lo sea, por ejemplo, por la posesión del bien; puesto que mientras no presente el testimonio del contrato a dicho Registro para su inscripción, en la práctica es como que no ha realizado ningún negocio sobre el bien inmueble.



La función notarial implica la existencia de un entendimiento integral y totalizador porque se relaciona con las diferentes funciones que realiza el notario para satisfacer el requerimiento realizado por el cliente; porque cuando se lleva a cabo la implementación del acto o negocio jurídico con su respectiva redacción en el instrumento respectivo, la intervención notarial implica un accionar que da y modela la voluntad de las partes, otorgándole fe pública; es decir, al establecer un orden y una estructura válida legalmente para los hechos o negocios expuestos por los requirentes, se logra obtener los efectos buscados en esencia por ellos, dentro de lo regulado por la norma legal respectiva.

Es de tomar en cuenta que, al tener la función notarial como uno de sus principales fines, brindarle seguridad a las relaciones jurídicas constituidas libremente por los otorgantes a través de conferirle autenticidad al documento que autoriza, lo cual es también la finalidad del derecho y como tal constituye un valor social, porque la seguridad jurídica es una necesidad del individuo que se logra a través del servicio notarial, lo cual permite el surgimiento del documento notarial que se enmarca dentro de los requerimientos de la sociedad moderna; por lo tanto la permanencia de esta profesión estará garantizada en cuanto al valor social del servicio que presta a la comunidad, confiriendo autenticidad y seguridad a las relaciones jurídicas.

Por aparte, es de señalar que en la función notarial, uno de los puntos más graves y de difícil solución que enfrenta el notario frente a la responsabilidad es la fe de conocimiento, lo cual es resuelto al regularse en el Artículo 29 del Código de



Notariado de Guatemala que el notario hará constar en la escritura pública la identificación de los otorgantes cuando no los conociera el notario, pudiendo hacerlo ahora por medio del documento personal de identificación en el caso de guatemaltecos o bien con el pasaporte si el requirente es extranjeros pero también existe la opción que sean identificados por dos testigos conocidos por el notario, con lo cual este profesional de derecho puede seguir asumiendo la suposición de afirmar que una persona es quien dice ser.

“Tanto una como la otra parte del acto celebrado ante el escribano depositan su confianza en él, porque el escribano no lo es solo de la parte que lo elige, sino de ambas, que para el son iguales y por eso ellos están seguros que lo que el escribano redacta es un documento que les dará seguridad jurídica a ambos y la fe de conocimientos es uno de los atributos esenciales de esa seguridad”.¹¹

Atendiendo a las características de la sociedad moderna en relación a los negocios, el mercado, la computación, las grandes empresas, etc., debemos concluir que los escribanos deben asumir en plenitud la acción de fe de conocimiento, por ser uno de los elementos que los distinguen de los demás profesionales del derecho y porque todo aquello que tienda a disminuir su actividad fedante, puede resultar en desmedro de tal profesión; como se puede llegar a concluir a partir de lo citado, los elementos centrales de las funciones del notario se pueden resumir en una labor de asesoramiento, porque el notario ejerce su misión canalizándola a través del consejo

¹¹ **Ibid.**

legal, el argumento jurídico y la orientación técnica con criterio de oportunidad; una labor legitimadora y formativa, porque al dar fe de su contenido lo legitima legalmente y encuadra la forma del negocio jurídico dentro de lo requerido por la ley; mientras que también tiene una tarea autenticadora y documental, porque procede a documentar el instrumento público, dotándole de autenticidad fedante que puede oponerse contra terceros, siempre y cuando no se le redarguya de nulidad.

2.1. Naturaleza jurídica de la función notarial

Son tres las teorías que abordan la naturaleza jurídica del desempeño notarial y aún hoy sigue siendo una cuestión muy polémica: La teoría funcionarista, la profesionalista y la ecléctica o intermedia; siendo la primera, quien tiene su fundamento es que entiende al notario como un funcionario público del Estado.

“Los autores partidarios de esta consideración, entienden que existe una relación constante entre el escribano y el Estado, en la gestación de la cosa pública, dado que el último tiene entre otras funciones, la del ejercicio de la fe pública. Y tal tarea se concreta por medio del notario”¹².

También argumentan que la falta de remuneración directa por parte del Estado no es relevante para provocar la exclusión de la calidad de funcionario público al escribano, ya que el régimen de honorarios se encuentra reglamentado por el Estado o por los

¹² Salas, Oscar. **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá**. Pág. 28.

Colegios de Escribanos en los cuales aquel delego tal facultad. Sostiene, a su vez, que el notario cuenta con la representación del Estado en cuando brinda fe pública. Por último, afirma que el Estado es responsable por los actos del escribano y que se trata de una responsabilidad refleja o indirecta del ente.

Sin embargo, es interesante destacar que la mayoría de los autores que siguen esta línea de pensamiento, otorgan al escribano el carácter de funcionario en los casos en que actúa como depositario de la fe pública, pero le adjudican la calidad de profesional cuando desempeña otras funciones.

“La corriente doctrinaria tradicional sostiene que el notario es funcionario público. Fundamenta su postura en que los artículos del Código Civil que lo denomina oficial público, en la forma de su designación, de la prestación de su ministerio, por lo que aun cuando en legislación paraguaya se denomina escribano se trata de un funcionario público.”¹³

Por aparte, la teoría profesionalista, es una propuesta doctrinaria totalmente opuesta a la funcionarista, porque la misma afirma que la actividad notarial es un profesional liberal, porque considera que el hecho de que se trate de una actividad anexada al interés social y que en virtud de ellos se encuentre regalado por el Estado, no convierte al notario en un funcionario público.

¹³ Duran, Adriana. **Derecho notarial, derecho documental- responsabilidad notarial.** Pág. 24.



“El Escribano es un profesional liberal y, específicamente, un profesional del derecho. Obra en su propio nombre y bajo su responsabilidad; Además, cumple una función pública, cual es dar fe y autenticidad, misión que le ha sido delegado por Estado y que por lo mismo, lo sujeta a su control disciplinario; La tarea pública que ejerce el notario, se corresponde con la seguridad que el Estado pretende mantener en las relaciones jurídicas (y especialmente en la constitución y transmisión de derechos reales)”¹⁴

“Otro argumento en favor de esta postura es el sostenido por Fiorini, quien afirma que aunque su paga se retribuya sobre un arsenal establecido por el Estado o reglado por los códigos de notarios (a raíz de una delegación estatal), es indiscutible que el profesional no tiene sueldo en el presupuesto del Estado, como está previsto para todos los funcionarios públicos. Además, a diferencia de estos últimos, vemos que no cobra aguinaldo ni un plus compensatorio por el trabajo realizado en horas extras.”¹⁵

En tercer lugar, se encuentra la teoría intermedia o ecléctica, la cual estima que el notario es un profesional del derecho que desempeña una función pública. Desde esta teoría se puede afirmar que el notario tiene independencia profesional y ello no deja de ser así pese a la existencia de ciertas limitaciones como las prohibiciones de cartular para sí o su familia, salvo las excepciones establecidas por la ley o bien los requisitos habilitantes que le impone el Estado a través de la ley.

¹⁴ **Ibid.**

¹⁵ **Ibid.**



De igual manera, es importante establecer que en la práctica del notariado latino, no existen esquemas antifuncionalistas puros, porque aunque el notario fuera considerado un particular, es evidente que su actividad no es pasiva, principalmente porque su tarea fedante al faccionar un documento o al incorporar uno al protocolo y a la de ser depositario y custodio de los registros, son indudables funciones públicas.

“También es una función de esta especie la labor asignada al notario referida al Registro de la Propiedad Inmuebles, en relación con la organización y funcionamiento del sistema registral, cuestión en la que está interesado el orden público. Esta corriente es actualmente sostenida por la mayoría de la doctrina, entre quienes encontramos a Alterini, Ameal, Alassetti, Bueres, Bustamante Alsina, Kemelmajer de Carlucci, López Cabana, Pelosi, Trigo Represas, entre otros.”¹⁶

En esta tesis, también se considera que esta es la interpretación correcta sobre el tema, ya que el notario no integra ninguno de los órganos del Estado, razón por la cual carece de calidad jurídica de funcionario público. Además no confecciona las escrituras en representación del Estado, sino que lo hace a nombre propio. El cliente lo elige con libertad, no les es impuesto como el funcionario público y su decisión se basa en la confianza generada por la capacidad y honradez del notario.

Por todo ello se puede concluir, entonces, que el notario ejerce o porta una función pública, sin ser funcionario público y que al no serlo, mal puede sostenerse que su

¹⁶ **Ibid.**



responsabilidad es de las asignadas a los empleados del Estado, porque si bien el notario ejerce una función pública de carácter complejo, delegada por el Estado, correspondiéndole por ello una posición especial dentro de la organización jurídica, no es funcionario burocrático ni un burócrata, sino un profesional liberal con fe pública delegada y regulado por el Estado en el ejercicio de la misma.

CAPÍTULO III

3. La capacidad de las personas

Tener capacidad implica ser poseedor de aptitudes cognitivas, volitivas y afectivas, que le permiten a la persona conocer, valorar y gestionar apropiadamente la información recibida del exterior, tomar una decisión y expresarla, lo cual implica que tiene la suficiente información y actúa libre de coacciones externas, o sea voluntariamente, acerca de la decisión que va a tomar o sea sobre el objetivo de la decisión, los riesgos que implican, los beneficios que puede obtener y las alternativas existentes ante la situación que se le presenta.

Sin embargo, como todos los juicios humanos, determinar sobre la capacidad de una persona siempre será probabilístico y prudencial, no de certeza científica; por eso, ninguno de las herramientas o protocolos para la evaluación de la capacidad podrá ser nunca cien por ciento certero, porque al utilizarlos habrá que asumir la posibilidad de equivocarse, científica y técnicamente.

“Una primera dificultad es que tanto los textos jurídicos de nuestro país, como la literatura extranjera –norteamericana habitualmente, esto es, estadounidense y canadiense– suelen ser poco claros con los términos y conceptos. Si se lee literatura norteamericana sobre este tema se encontrará con frecuencia con que se usan dos términos distintos: competencia y capacidad. La competencia es un término jurídico, y

significa el reconocimiento legal de las aptitudes psicológicas para tomar determinadas decisiones. El término equivalente al derecho guatemalteco sería capacidad de derecho o legal. En cambio, capacidad es un término psicológico y clínico. Define las aptitudes psicológicas necesarias para tomar, aquí y ahora, una determinada decisión. Es la que evalúan los médicos, psiquiatras y psicólogos; también los notarios. El término equivalente en nuestro país sería capacidad de hecho o natural, y que con frecuencia, sobre todo en ambientes bioéticos, se ha denominado competencia”.¹⁷

Aunque existan conceptos diferentes, lo importante es establecer que en el ordenamiento jurídico este término tiene un sentido que se ajusta más al contexto de la toma de decisiones por los individuos, especialmente en lo que se refiere a la capacidad de obrar, esto es, la que se vincula con las condiciones que permiten a las personas ejercer efectivamente sus derechos y cumplir sus obligaciones, porque de lo contrario se enfrentaría a una realidad de incapacidad, en donde una tercera persona debe asumir legalmente su representación.

“En realidad ambas están estrechamente relacionadas. Son como las dos caras de una misma moneda. No es posible hablar de una sin referirse a la otra. La capacidad natural o de hecho se refiere a las aptitudes psicológicas internas que permiten a una persona gobernar efectivamente su vida, de tal modo que podamos concluir que sus

¹⁷ Fernández, Pablo. **Razonamiento y comprensión**. Pág. 19.

decisiones son auténticas, es decir, que reflejan adecuadamente su propia personalidad, su autonomía moral”.¹⁸

Esta capacidad de hecho tiene siempre un sentido jurídico que se denomina capacidad de obrar de derecho o legal, por lo que si se cuestiona la capacidad de hecho de una persona mayor esto tiene automáticamente consecuencias en la esfera de su capacidad de derecho, porque se le retira la potestad jurídica para que ejerza activamente y por sí mismo sus derechos y obligaciones y se busca a otra persona, su representante, para que lo haga en su lugar.

“Lo importante es saber si esa limitación de la capacidad es potencialmente transitoria o permanente. En el contexto clínico más habitual lo más frecuente es que hablemos de situaciones potencialmente transitorias. Pero obviamente en determinados campos clínicos, como la psiquiatría o la geriatría, la incapacidad puede devenir permanente. Para diferenciar mejor a efectos prácticos ambas situaciones, tiende a recurrirse a los términos en negativo. Así, se habla de: incapaz, el que no tiene aquí y ahora capacidad de hecho o natural, y como consecuencia de ello pierde transitoriamente su capacidad de derecho”.¹⁹

Lo expuesto quiere decir que se debe tener en cuenta que la capacidad natural de los individuos mayores de edad debe presumirse siempre, salvo que exista, lógicamente,

¹⁸ **ibid.**

¹⁹ **ibid.** Pág. 21.

una sentencia de incapacitación. Por eso, de una persona siempre hay que demostrar la incapacidad, no la capacidad, que se le presume siempre, por eso es que en caso de duda, la presunción de capacidad debe prevalecer.

3.1. Limitaciones en la capacidad de las personas

El hecho de que se piense en la conveniencia de evaluar la capacidad de una persona, para tratar de detectar posibles áreas de incapacidad, no indica necesariamente una actitud paternalista, sino más bien suele expresar una actitud de responsabilidad y respeto hacia el individuo, porque existe al menos una situación en las que se puede suponer que la persona sea incapaz, tal el caso que el individuo haya tenido un cambio brusco en su estado mental habitual, aunque los mismos pueden deberse a problemas psiquiátricos o a alteraciones físicas como infecciones o medicaciones entre otros, cuyos efectos secundarios implican cambios biológicos o psicológicos en las personas que las sufren o ingieren; es decir, pueden ser cambios temporales o permanentes dependiendo de los efectos que la infección o el medicamento ocasione en la persona que lo padece o consume.

“La capacidad cognoscitiva hace referencia a la capacidad que un sujeto posee para captar los aspectos de la realidad a través de los sentidos y comprenderlos. Está relacionada con el conocer. Es la capacidad de recibir, asimilar, estructurar, relacionar y modificar la información del entorno con los diferentes procesos que utiliza la mente. Lo relevante de esta capacidad en el ámbito penal son las dimensiones

psíquicas que dan la posibilidad al sujeto el distinguir la licitud o ilicitud de una conducta. Es decir, si el sujeto posee todo aquello que le permita el suficiente juicio crítico como para valorar si una conducta es dañina, nociva o lesiva o no lo es”.²⁰

Esto implica que, desde el derecho, se entiende a la capacidad volitiva como la aptitud de dirigir voluntariamente nuestra conducta, porque, por ejemplo, en una circunstancia en la que se ha cometido un delito, el sujeto ni tiene la posibilidad de controlar su propia pauta de comportamiento a partir de lo cual no se le puede exigir otra conducta diferente a la que realizó, por lo que sin duda, su imputabilidad se vería modificada, pues su capacidad de obrar y entender el sentido legal de su conducta no es normal e incluso puede desconocer totalmente tal circunstancia.

“Para que un acto psicopatológico no sea imputable a un acusado, se requiere que estén afectados uno o más de los condicionantes: su yo, conciencia, inteligencia y voluntariedad. Podemos incluir los conceptos del sí mismo, conciencia e inteligencia dentro de la capacidad cognoscitiva; mientras que en la capacidad volitiva encontraríamos a la voluntariedad”.²¹

Esto implica que si se quiere comprobar que la persona juzgada ha perdido plenamente su identidad o su yo, se debe examinar que exista una desorientación psicológica que tiene como consecuencia la ignorancia de su propia identidad, lo cual

²⁰ Consuegra, Mónica Ileana. **De la capacidad y otros temas**. Pág. 58.

²¹ **Ibid.**

a su vez da como resultado la ausencia de entendimiento sobre la acción que lleva a cabo, menos la ilicitud de la misma.

“En relación a la conciencia, el acusado puede padecer alteraciones cualitativas y cuantitativas que motiven un estado de obnubilación, confusiónismo o ideación de percepción patológica, que estrechen el campo en grado suficiente como para desconocer la realidad de los hechos, por lo que la inteligencia, por su parte, puede provocar un deterioro en el individuo, un desconocimiento de la diferencia entre lo bueno y lo malo, lo permitido y lo no permitido, entre lo ético y lo moral, en definitiva, el conocimiento necesario para elaborar un juicio lógico de la acción y repercusión de su conducta. Finalmente, la voluntad puede verse cortocircuitada, anulada o disminuida tanto por estados anímicos específicos, generalmente estados de necesidad o emocionales como por alteraciones en la capacidad cognoscitiva, por ejemplo en casos de delirios, alucinación, etc.”.²²

Lo citado significa que la capacidad mental que hace a la persona capaz de obrar, se presume siempre mientras no se destruya por una prueba concluyente, porque a efectos de una incapacitación, la competencia mental de una persona no es necesario que sea nula, sino con que no sea suficiente para enfrentar las necesidades diarias de la vida cotidiana en su entorno habitual, lo cual lleva a dudar seriamente acerca de las competencias del individuo para hacer frente a su sobrevivencia diaria aunque sea en actividades intrascendentes.

²² **Ibid.**

“La capacidad restringida o limitada es el grado intermedio de la capacidad de obrar. La persona con esta capacidad actúa por sí misma en el mundo jurídico pero precisa de un complemento de capacidad para la validez de ciertos actos jurídicos, complemento que el Código Civil denomina como consentimiento, autorización u otras expresiones parecidas. Es un tipo de capacidad propia de los menores emancipados y del incapacitado de forma parcial por sentencia”.²³

Producto de lo citado, resulta importante establecer la diferencia entre la capacidad general y la especial, en donde la primera hace referencia a la posibilidad de actuar válidamente en la totalidad de los actos y negocios jurídicos, prescindiendo de su clase y naturaleza.

Por aparte, ante esta capacidad general se puede hablar de una capacidad especial, que es aquella que el ordenamiento exige en supuestos concretos atendiendo a la específica naturaleza o efectos propios de un acto o negocio determinado, sin que por ello se entienda que el sujeto es incapaz, simplemente no podrá realizar con eficacia un determinado acto jurídico, tal el caso de la declaración de última voluntad, en donde el sujeto puede ser capaz para los actos generales, tal como un ciego, pero no para actos especiales como el hecho de hacer testamento cerrado.

Esto quiere decir que esta capacidad puede significar tanto una ampliación de los requisitos exigidos por la capacidad general o una disminución de tales requisitos,

²³ Montes, Ignacio. **El incapaz ante la ley**. Pág. 27.



porque de lo que se trata es de establecer que existen circunstancias especiales las cuales demandan esas condiciones especiales.

“En la valoración de la competencia para la toma de decisiones de la persona con discapacidad mental, debe tenerse en cuenta la complejidad de las decisiones que debe tomar habitualmente y los problemas que se le pueden presentar excepcionalmente. Por eso, salvo en los casos severos, no se puede hablar de una capacidad de autogobierno genérica y es necesario puntualizar”.²⁴

La capacidad no es un paradigma sí/no sino que puede ser situacional y variar en grado; porque en un extremo del espectro están las personas que tienen capacidad completa y en el otro extremo se encuentran las personas absolutamente incapaces. En medio están los individuos con mayor o menor grado de capacidad, porque hablar sobre que la capacidad depende de situaciones, significa que la misma depende del acto o problema concreto al que se enfrenta la persona.

Lo anterior implica que no se debe plantear sentencias partiendo de aspectos generales en donde se limite a declarar la incapacitación, sin más, y a establecer el mecanismo de protección tutelar, sin graduar ni los límites a la capacidad de obrar que se establecen en el caso concreto ni las facultades que se le atribuyen al tutor, sino únicamente acudiendo a declaraciones generales como incapacidad total o

²⁴ Ibid.

incapacidad absoluta, teniendo como resultando de aplicación de una ejecución de la tutela a nivel general sin tomar en cuenta las particularidades de cada individuo.

Debido a lo anterior, se entiende que lo más adecuado es que la sentencia haga una específica delimitación de la capacidad de obrar del sujeto y en consecuencia, una especificación de las facultades que el mismo conserva de forma íntegra, aquéllas que requieren de la asistencia de la figura de protección tutelar y aquéllas en las que resulte estrictamente necesario sustituir la actuación de la persona por la de su representante legal nombrado a tal efecto, por lo que es necesario explicar que una persona puede realizar las tareas A y B, pero no en C, porque los requerimientos cognitivos y volitivo-motivacionales son diferentes.

“Por ejemplo, la aptitud cognitiva necesaria para hacer un testamento (capacidad testamentaria) es inferior a la requerida para efectuar en un contrato válido y una compra-venta de un bien inmueble puede requerir mayores aptitudes y conocimientos mercantiles que el manejo del dinero de bolsillo. Porque muchas personas con discapacidad psíquica, solo con una discreta ayuda pueden hacer frente a cuestiones económicas de escasa cuantía como pago a suministradores, compras, utilización de ciertos servicios tales como de peluquería, transporte y otros, así como efectuar pequeñas donaciones”.²⁵

²⁵ Tinoco, Ernesto Daniel. **La capacidad y la incapacidad de las personas.** Pág. 41.

Como se puede apreciar, aunque la capacidad es una circunstancia jurídico-legal que resulta importante para determinar la validez de los actos o contratos realizados por una persona, el grado de la misma puede ser pensado como existente en un margen de opciones, desde considerar que la misma es suficiente para llevar a cabo ciertos actos pero puede ser considerada insuficiente para realizar otros, por ejemplo, muchas personas de la tercera edad, con cierto deterioro cognitivo relacionado con los años que han vivido e incluso en casos de demencias incipientes, pueden cuidarse de sí mismas de forma óptima; es decir, pueden vestirse, hacer la compra, comer, evitar los peligros, pedir ayuda, tomar su medicación, entre otros, lo cual implica que son aptos para efectuar contratos cotidianos de baja cuantía tales como el pago del teléfono, el agua, la luz, viajar en transporte público y realizar tareas domésticas, entre otros; además de tener conocimiento y voluntad para adquirir bienes o servicios.

En otras palabras, si la persona no es capaz ni de realizar las tareas diarias, se considera que está en una situación de dependencia, entendiendo a esta como una situación de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal.

“Los grados de dependencia en función de la autonomía personal y de la intensidad del cuidado que requiera son los siguientes:

- Grado I (Dependencia moderada): cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día, o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.
- Grado II (Dependencia severa): cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo externo para su autonomía personal.
- Grado III (Gran dependencia): cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varía”.²⁶

Por eso es que en el Informe Mundial Sobre la Discapacidad del año 2011, se pone el acento en los derechos de la persona con discapacidad, lo relacionado con su asistencia, así como de los apoyos y mecanismos para la potenciación de sus facultades, lo cual supone dejar de ver a estas personas como problemas para pasar a considerarlas titulares de derechos, por lo que el sistema de sustitución en la toma de decisiones por medio de la tutela protege, en teoría, a las personas con discapacidad de los abusos, pero que en la práctica precisamente abre la puerta a los abusos, porque muchos de los que tutelan se vuelven abusadores a partir de recibir poderes absolutos sobre quien están tutelando.

²⁶ **Ibid.**

“Entre otras consecuencias, se resaltó que la tutela facilita la institucionalización, dado que el representante puede otorgar el consentimiento incluso cuando la persona se opone a ser institucionalizada. Pero asimismo, se remarcó que mediante el procedimiento de incapacitación, en gran parte de los países, la persona pierde el derecho de decidir dónde vivir, pierde el derecho al voto, el derecho a elegir con quién casarse, el derecho a abrir un negocio, y a decidir sobre múltiples cuestiones que el resto de personas deciden a diario. En este sentido, la tutela, sería aplicable solo a un porcentaje reducido de discapacitados psico-sociales”.²⁷

Esta limitación de la tutela se plantea como un mecanismo para evitar que se le asigne una tutela absoluta a las personas que no tienen una discapacidad severa ni una dependencia extrema de terceros, limitando con ello los derechos que le asisten y, lo más importante, que a través de esta figura legal, terceras personas cometan vejaciones contra ellos limitándoles cualquier posibilidad de tener una práctica de vida cotidiana independiente en los espacios en los cuales todavía puede actuar.

3.2. Los criterios modernos sobre la capacidad

Para finales del siglo XX comenzaron a aparecer autores que argumentaban que las discusiones sobre capacidad se habían centrado en el análisis de los elementos psicológicos de la toma de decisiones, pero habían dejado de lado el estudio de los condicionantes biológicos de esos elementos.

²⁷ Palacios, Marco Tulio. **La tutela y las personas de la tercera edad**. Pág. 81.

De acuerdo con los argumentos expuestos por estos autores, las deficiencias de carácter neurológico que alteren las actividades mentales pueden crear la incapacidad de un paciente para tomar decisiones de una manera tanto o más importantes que las alteraciones puramente psíquicas, si es que existen con independencia de las anteriores. Dicho de otra manera, según estos autores, si el psiquiatra tiene mucho que hacer y decir en una evaluación de la capacidad, el neurólogo no tiene precisamente menos.

“La capacidad de un sujeto depende de que realicen adecuadamente tres pasos antes de tomar una decisión. El primero consiste en reconocer que lo que se le pide es que tome una decisión intencionadamente. Para ello el sujeto tiene que tener intactos: a) los mecanismos neocorticales que le permiten mantener la comunicación con el exterior mediante el procesamiento de información compleja y b) el sistema límbico que le permitirá añadir el tinte volitivo y emocional básico a la elaboración de sus respuestas. El segundo estriba en poder activar todos los mecanismos neurosensoriales que le permitan procesar información y emitir respuestas”.²⁸

Estos mecanismos se relacionan fundamentalmente con la revisión de experiencias pasadas semejantes, la obtención de información nueva, el procesamiento aritmético, visual y emocional de toda la información anterior, el mantenimiento de expectativas acerca del resultado de la decisión y de sus posibles consecuencias emocionales para el individuo que la tome,

²⁸ Echeburúa, Esvin. **La reformulación de los trastornos de la personalidad.** Pág.10.

Así mismo, la realización práctica de la resolución tomada, que puede ser externa a partir de una acción o una decisión concreta o interna como la reevaluación del proceso y reinicio del mismo.

“Un afásico severo, por ejemplo, puede tener una afectación neocortical que genera un déficit de lenguaje que le incapacita para realizar la revisión de experiencias pasadas semejantes o la obtención de información nueva. Por el contrario, un Síndrome del Lóbulo Frontal presentará a menudo alteraciones de diverso tipo que le incapacitarán para realizar el procesamiento aritmético, visual y emocional de toda la información recibida. Pero lo más importante de todo es que muchos de los enfermos en los que se había evaluado la capacidad y en los que se había encontrado déficits lo suficientemente severos como para ser considerados incapaces, habrían sido encontrados aptos con los criterios y estándares para mantener en un grado suficiente las 7 actividades mentales siguientes:

- 1) Atención;
- 2) Memoria;
- 3) Lenguaje;
- 4) Percepción espacial;
- 5) Área de cálculo, comunicación, etc.;
- 6) Razonamiento; y
- 7) Actividad emotiva y afectiva”.²⁹

²⁹ **Ibid.** Pág. 11.

Esto implica que para establecer criterios académico-científicos sobre las condiciones de capacidad, se debe tener claramente establecidas las actividades cognitivas necesarias para un buen ejercicio de la misma, dejando a un margen los componentes afectivos.

Para ello se debe evaluar la atención, la comprensión de información básica relacionada con el tipo de decisión en cuestión, la retención de la información, la expresión de deseos, la percepción y el juicio en relación a las cuestiones que se estén debatiendo.

Lo destacable de estos elementos son las aportaciones que han señalado, con razón, que la exploración de la capacidad no puede ser meramente psiquiátrica sino que precisa atender igualmente al área neurológica, lo cual ha llevado a sucesivos intentos de redactar protocolos de evaluación específica de la capacidad o los trabajos sobre la forma en que se realizan dichas evaluaciones.

3.3. Directrices generales para la valoración pericial de la capacidad

De acuerdo a la doctrina citada se entiende que el perito debe llevar a cabo las directrices siguientes:

- “1. Valoración detallista y dimensional. La aptitud de una persona para las habilidades de la vida diaria y actos o negocios jurídicos requiere especificaciones. Esto permite hablar de una capacidad o competencia

diferencial. Es decir, una persona puede ser inhábil para manejar una empresa pero no para utilizar su cuenta corriente personal; inhábil para el autocuidado pero no para ejercer su derecho de sufragio. En algunas áreas, también se puede establecer un criterio dimensional, por ejemplo, los gastos de bolsillo diarios permitidos, según la renta y circunstancias particulares de la persona con discapacidad.

2. Estudio de los procesos mentales. Para la valoración de la capacidad de obrar, se deriva necesariamente una más meticulosa evaluación de los procesos versus productos mentales. La simple emisión de un diagnóstico, puede resultar insuficiente ya que la categorización radical poco dice del como la persona explorada procesa la información, siente o se relaciona con su ambiente, de qué manera se ve afectada su capacidad de adaptación, o en que facetas la persona fracasa y necesita ayuda o supervisión.
3. Valoración de las potencialidades y posibilidades terapéuticas. Queda claro que en la incapacitación, el trastorno o discapacidad debe ser de carácter permanente”.³⁰

Lo anterior significa que el perito debe focalizar su atención en ver a la persona y a la familia como una realidad dinámica y en constante interacción con otros contextos comunitarios en el proceso de transformación de sus estructuras, creando un modelo de atención en diferentes niveles, encaminado a entender las creencias de la familia sobre el evento y explorar con ella las áreas en las que puede haber conflicto, por el

³⁰ **Ibid.** Pág. 12.

momento de vida, su cultura y sus tradiciones y una vez ahí, ayudarle a explorar las alternativas que pudieran ser útiles.

Sin embargo, en la práctica forense guatemalteca, la organización actual de los servicios forenses y las limitaciones de todo género, principalmente de carácter financiero, impiden efectuar un adecuado análisis de la persona en su entorno, porque la formulación del proceso de modificación de la capacidad de obrar exige minuciosidad en la valoración de habilidades adaptativas, con el objetivo de delimitar claramente la capacidad parcial, total o absoluta.

“El calificador de capacidad describe la aptitud de un individuo para realizar una tarea o acción. Este constructo tiene por objeto indicar el máximo nivel probable de funcionamiento que una persona puede alcanzar en un dominio y en un momento dado. Para evaluar la habilidad máxima de la persona, resulta necesario disponer de un contexto/entorno normalizado que neutralice el diferente efecto de los diversos contextos/entornos en la capacidad del individuo”.³¹

“Este contexto/entorno normalizado puede ser: (a) un contexto/entorno actual comúnmente utilizado para evaluar la capacidad en las situaciones de evaluación; o (b) en los casos en los que esto no sea posible, se asume un contexto/entorno del que se asume que tiene un efecto uniforme. Este contexto/entorno puede ser llamado

³¹ Gómez-Jarabo, Bernardino. **Valoración de la capacidad de obrar: el control de impulsos.** Pág. 30.

uniforme o normalizado. Por tanto, capacidad refleja la habilidad ajustada en función del ambiente del individuo. Este ajuste debe ser igual para todas las personas y en todos los países, para que se puedan establecer comparaciones internacionales”.³²

Estos aportes implican que en la doctrina moderna, se busca determinar la incapacidad de una persona a partir de establecer que, en principio, se considera que la misma es capaz si tiene las condiciones físicas y volitivas comunes de cualquier persona de la misma edad y de condiciones sociales, culturales y geográficas similares.

A partir de este supuesto, se parte de llevar a cabo estudios técnicos que sean más amplio que lo puramente psicológico, sino que además incluya lo neurológico y lo ambiental, con lo cual se puede diferenciar una incapacidad limitada, intermedia o total, de acuerdo a la integración de evaluaciones que relacionen a la persona con todos estos aspectos, evitando con ello que se asuma como único uno de esos tres aspectos, como ha sido hasta la actualidad con los estudios que se orientan exclusivamente al estudio de factores psicológicos para establecer los niveles de incapacidad sin tener en cuenta que existen otros elementos que también son fundamentales, porque pueden modificar el aspecto psicológico en el individuo.

³² **Ibid.**

CAPÍTULO IV

4. Criterios técnico legales para que el notario pueda dar fe de la capacidad mental del testador

La capacidad de las personas es entendida como la posibilidad que tiene un individuo mayor de edad de discernir sobre los actos que realiza, los efectos que los mismos tienen, así como las razones que lo llevan a actuar de esa manera y no de otra, por lo que estos elementos son fundamentales para establecer si la persona carece de capacidad, pues la misma se presume salvo que se demuestre lo contrario, lo cual debe ser a través de medios legalmente establecidos.

“La capacidad es un vocablo jurídico que, como lo hizo la Instituta de Justiniano, comprende su lado negativo, o sea, la incapacidad, que paradójicamente está ampliamente reglamentada, tanto en el derecho civil de fondo, como en el procesal, para la determinación de esta limitación. De ahí que se reconoce como un aspecto positivo la aptitud que tiene el individuo para disfrutar y cumplir por sí mismo derechos y obligaciones. Cuando decimos disfrute, estamos haciendo referencia al aspecto genérico de la capacidad, esto es, su goce. Cuando hablamos del cumplimiento de los derechos y obligaciones, nos situamos ante la capacidad de ejercicio. Luego entonces en el doble ángulo del goce, este no tiene obstáculos; en cambio, en el

perfil de su ejercicio vamos a encontrar numerosos requisitos que determinan la posibilidad de que ésta entre en funciones”.³³

Esto significa que jurídica y legalmente la capacidad implica una aptitud legal de una persona para ser sujeto de derechos y obligaciones para ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones; entendiendo que la misma, la capacidad, es una e indivisible y comprende el goce y el ejercicio de la misma, la cual se adquiere con el nacimiento y se pierde por la muerte, salvo que se demuestre la incapacidad, porque si esto es comprobable, entonces, la persona es incapaz por lo que debe designársele un tutor para que lo represente en todos sus actos legales.

4.1. Naturaleza jurídica de la capacidad

El tema de la capacidad se refiere a una institución que existe en el ámbito del derecho privado, porque las personas no pueden realizar acto alguno sin contar con los elementos legales requeridos por la ley, que les permitan realizar determinadas actividades, lo que significa que no pueden gozar de determinados derechos si no cumplen con los requisitos establecidos legalmente; esto se debe a que la capacidad en general, implica la idea de una aptitud o facultad, lo que a su vez significa tener el derecho, la habilidad o condiciones para ejercerla, siempre y cuando se esté dentro de los parámetros legales y cumpliendo los requisitos legales, pues si no se cumplen la persona incumplidora no puede llevar a cabo ese ejercicio por su propia cuenta.

³³ Chávez Asencio, Manuel. **Capacidad**. Pág. 1.



Dicho de otra manera, se entiende que la capacidad es la aptitud jurídica de una persona para asumir decisiones válidas legalmente; así como construir relaciones contractuales que la vinculen; por lo que la capacidad jurídica convierte a esa persona en titular de derechos y obligaciones, lo cual permite llevar a cabo situaciones importantes porque afecta a todos los aspectos esenciales del individuo, desde establecer su domicilio, contraer matrimonio o divorciarse; así como la firma de un contrato de trabajo o la posibilidad de ejercer el derecho a voto, entre otros.

De lo expuesto surgen las denominaciones de capacidad de hecho y capacidad de derecho, siendo la primera producto de la razón de ser del individuo, la cual es la aptitud de la persona para ejercer determinados actos legales, porque tiene capacidad de obrar y de gozar los derechos permitidos por la ley de manera explícita, tales como contraer obligaciones, por ser el titular de una relación jurídica determinada; mientras que la segunda se deriva de la ley, porque ésta es quien establece los criterios legales para obtener derecho de hacer uso de ella.

La institución de la capacidad jurídica coincide con la de personalidad desde un enfoque estrictamente jurídica-legal; sin embargo, la diferencia esencial es que la personalidad es la expresión jurídica de la persona, por lo que es una realidad distinta y previa al de capacidad jurídica que es atribuida por el ordenamiento normativo legal; esto quiere decir que, aunque una persona no tenga capacidad, la misma si tiene personalidad, pues es consustancial al ser humano y lo acompaña en todas las etapas de la vida: desde que nace hasta que fallece.

“La personalidad es presupuesto e implica la capacidad jurídica; toda persona, por el hecho de serlo, tiene capacidad jurídica y la tiene desde el comienzo y hasta el fin de su personalidad. La capacidad jurídica se considera como la aptitud para ser sujeto de derechos y obligaciones desdoblándose en dos, la capacidad de derecho, goce o adquisición y la capacidad de obrar de hecho o de acción. En el primer supuesto se refiere a la titularidad del derecho, o capacidad jurídica: que la tiene toda persona, y la segunda, la aptitud para el ejercicio de los derechos de que se es titular o capacidad de obrar: cuestión que depende de la situación personal de cada sujeto”.³⁴

Mientras que la capacidad de goce, de derecho o de adquisición, es un atributo esencial del individuo, la cual existe por el solo hecho de ser tal; porque significa la posibilidad de tener, de adquirir o ser titular de facultades, deberes y derechos; a pesar de ello, el ordenamiento jurídico no puede reconocer a todas las personas el ejercicio de su capacidad en la misma medida, pues no siempre los seres humanos reúnen los requisitos exigidos para intervenir en relaciones jurídicas específicas.

De igual manera, la capacidad de obrar o de ejercicio, también llamada capacidad de hecho, es la idoneidad o aptitud para la realización de actos jurídicos eficaces; o sea que la misma es la posibilidad que tiene una persona de ejercitar por sí misma, sin la participación de terceros, los derechos que posee y que le han sido reconocidos por el ordenamiento legal; la misma, por consiguiente, no corresponde a toda persona ni

³⁴ Galiano Maritan, Grisel. **Personalidad y sujetos del derecho**. Pág. 7.

es igual para todas ellas, algunos la poseen de forma restringida, otros plenamente y algunos carecen totalmente de ella.

Es importante aclarar que no es lo mismo persona que capacidad, puesto que aun cuando se relacionan estrechamente ambos conceptos, el primero se refiere a que el sujeto actúa en el campo del derecho o sea en la esfera jurídica de los individuos, por lo que es una realidad cimentada en la subjetividad, es decir, en los sujetos, para una actuación posible, no necesariamente, como persona activa o pasiva en las relaciones jurídico-legales.

Lo anterior implica que la capacidad tiene por supuesto que la persona es el referente de la capacidad, porque solo a partir de ella se crean situaciones jurídicas específicas, por lo que alguien puede tener más o menos capacidad pero no puede ser más o menos persona, por lo menos jurídicamente hablando; esto porque la capacidad da por asentada a la persona y hace mención a situaciones a condiciones legales específicas, de tal manera que sin menoscabo de la persona alguien puede tener mayor o menor capacidad pero no se le puede negar su situación de persona.

“No hay persona que carezca de aptitud (capacidad) para ser titular de derechos y obligaciones. Como principio toda persona tiene capacidad, pero pueden haber algunos motivos que limiten su aptitud, pues no hay persona capaz de celebrar todos los posibles actos jurídicos. La incapacidad surge, así, por excepción y debe estar prevista en la ley. Las limitaciones legales a la capacidad responden a criterios de

orden público, de protección a ciertas personas, o bien, a sanciones que se imponen por no cumplir con las condiciones legales para ser capaces.

Esto significa que así como la capacidad jurídica se reconoce a la persona por la mera existencia o razón de vivir; la de obrar tiene su fundamento en su disposición para tomar conscientemente la decisión de realizar un determinado acto y comprender su trascendencia legal; es por eso que, a diferencia de la capacidad jurídica, la capacidad de obrar no es esencial, sino secundaria, pues se puede carecer totalmente de ella y tampoco es la misma o igual para todas las personas, sino que varía en función de la aptitud de cada persona para gobernarse a sí misma.

“Caso contrario es la incapacidad absoluta, la cual implica la privación completa de la capacidad, no admitiendo excepción alguna. La incapacidad absoluta sólo existe respecto de la capacidad de hecho, porque la incapacidad de derecho absoluta aniquila la misma personalidad e importaría la muerte civil. Por el contrario la incapacidad de hecho puede ser absoluta sin aniquilación de la personalidad porque el sujeto afectado por ella no desaparece como ente de derecho; se lo sustituye en el ejercicio de sus derechos por otro que actúa en nombre y por cuenta del incapaz”.³⁵

Sin embargo, existen actos, los llamados personalísimos, que por su propia índole no pueden efectuarse por intermedio del representante, por lo tanto el incapaz no los puede llevar a cabo por sí mismo ni por medio de su representante legal, tal es el

³⁵ Gálvez Peña, Silvia. **Derecho testamentario**. Pág. 414.

caso del testamento, por lo que si no tiene todos los elementos legales que se establecen para que una persona sea capaz, no puede realizar el acto o contrato.

4.2. La capacidad de testar

La capacidad de testar se tiene en cuenta únicamente cuando se otorga el testamento, aunque no exista la misma cuando el testador fallezca o antes de llevar a cabo el acto testamentario.

“En derecho romano se exigía la capacidad en uno y otro momento, en razón de que el acto produce sus efectos a partir de la muerte del causante; pero todos los códigos modernos han abandonado esa doble exigencia por las dificultades de aplicación y las frecuentes nulidades a que daba lugar”.³⁶

Actualmente, la legislación civil en general requiere que para la disposición de última voluntad el actor debe tener plena capacidad, además, por la propia naturaleza de este acto jurídico, lo somete a formas excepcionales, en donde las obligaciones requeridas, son comunes a la mayoría de códigos de esta rama legal, encontrándose en las mismas, que el testador sea mayor de dieciocho años; tiene que ser capaz o sea que debe disfrutar de razón, discernimiento o sano juicio; asimismo, debe tener determinadas cualidades intelectivas y físicas, según la forma de testamento que quiera y no puede delegar en otra personas la expresión de su voluntad.

³⁶ **Ibid.**

Esto implica que, en sentido contrario, no puede testar normalmente quien padezca enfermedad mental, tenga defectos físicos, como ceguera, sordera o mudez; así como realizar el acto testamentario habiendo vicios de consentimiento como error, dolo o violencia.

El Código Civil guatemalteco, Decreto número 106 del Jefe de Gobierno, establece en el Artículo 934 que: “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. El testador puede encomendar a un tercero la distribución de herencias o legados que dejare para personas u objetos determinados”.

Como se puede apreciar, la ley civil guatemalteca también recoge los elementos sustanciales que la doctrina y la legislación comparada tienen como elementos fundamentales, esto se debe a que la exigencia legal se relaciona con la necesidad de garantizar la libertad que debe tener quien manifiesta su voluntad sobre el destino de sus bienes luego de su fallecimiento, decisión que no es perfecta si la persona se encuentra bajo la presión o influencia moral que limite al sujeto que otorga su último deseo, el ejercicio de su libertad plena, de ahí que las notas esenciales para que se considere una libertad legal es que exista un perfecto conocimiento del acto que está realizando y plena disposición de llevar a cabo o sea exento de toda influencia o intimidación de terceros.

4.3. Dictamen psicológico sobre la capacidad mental del testador

De acuerdo a los resultados de las entrevistas realizadas a los licenciados: Dimas Asencio López, Hugo Manolo Ayala Casasola, Rolando López Morán, César Augusto Maltés Laguardia y la licenciada Cesiah Elizabeth Leiva Mejía, se encontró que los profesionales del derecho en el ejercicio de su función notarial, cuando se presenta una persona a solicitar se faccione su testamento, los mismos lo faccionan en el protocolo a su cargo, pero no utilizan ningún documento o instrumento que les permita establecer la capacidad mental del testador, sino únicamente se basan en la observación que realizan del requirente.

Es por eso que ante la importancia de la determinar el momento de establecer la capacidad para testar, es porque ese momento justo, cuando la persona va a declarar su última voluntad, es cuando se debe establecer si la tiene o no, porque puede que ya no la tenga cuando fallezca pero en este caso ya no importa, pues no es el momento legal exigido para que exista la capacidad es que se debe reformar el Código de Notariado para que el notario le exija al testador la presentación de un dictamen técnico de psicológico, en donde establezca la capacidad mental del testador para realizar actos y contratos.

“Para calificar la capacidad de testar se atiende solo al tiempo en que se otorga el testamento, aunque se tenga o falte la capacidad en la fecha de la muerte del testador. En derecho romano se exigía la capacidad en uno y otro momento, en razón

de que el acto produce sus efectos a partir de la muerte del causante; pero todos los códigos modernos han abandonado esa doble exigencia por las dificultades de aplicación y las frecuentes nulidades a que daba lugar”.³⁷

Las diferentes condiciones que se requiere para establecer la capacidad en el autor de la última voluntad, debido a la naturaleza especial de este acto legal, comienzan porque el mismo sea mayor de edad. Asimismo, debe poder decidir libremente, lo que significa que no puede entregar a otro la decisión de su última voluntad, pues esta no es delegable.

“Por lo tanto, la incapacidad para testar surgiría de tres órdenes diversos, a saber: a) mental –enfermedad mental propiamente dicha-; b) física –defectos físicos, ciego, sordo, mudo, etc.-, y c) vicios del consentimiento –error, dolo, violencia, etc.-“.³⁸

Estos elementos se consideran fundamentales, principalmente porque todo acto donde existe liberalidad, recae en la voluntad del que la otorga y esta no es perfecta si el individuo no está sano o se encuentra bajo la influencia de una presión externa que lo priva del ejercicio pleno de su libertad, porque el testamento debe ser la manifestación de una voluntad perfectamente libre, independiente y pura; esto es tan así que la doctrina le otorga tal importancia a la libertad del testador en el acto de otorgar el testamento, que no solo le niega todo valor y eficacia en derecho a aquel

³⁷ Sánchez Casia, Francisco. **La capacidad de testar**. Pág. 420.

³⁸ **Ibid.**

en el cual no concurre tal requisito, sino que no permite que la falta de la misma, quede ratificado el acto por el silencio del testador, por el hecho de no revocarlo, sino que es preciso que lo vuelva a hacer cumpliendo las solemnidades exigidas por la ley para otorgar un testamento; porque la importancia que tiene los bienes para la persona hace que su heredad sea un tema de suma importancia para el Derecho Civil y especialmente para el Derecho de Familia, pues se trata de garantizar que realmente se respete la voluntad de quien deja la herencia.

Desde esta perspectiva, los criterios técnico-legales para que el notario pueda dar fe de la capacidad mental del testador, deben basarse en procedimientos científicos probados, tales como la aplicación de un cuestionario que tenga exigencias mínimas que permitan comprobar que el testador es capaz de expresar una elección.

El testador tan solo tiene que expresarse en función de las preguntas que se han estructurado de acuerdo a esos criterios, por lo que no se hará una valoración sobre otros aspectos más que de la capacidad del mismo para poder testar, en donde el resultado de las respuestas permiten establecer si tiene la capacidad volitiva para la toma de decisiones que va a realizar, más que en el mero hecho de si la decisión existe o en la forma en que ésta se alcanzó.

Con el cuestionario y los resultados de las respuestas se tendrán los elementos probatorios de la capacidad del testador, a partir que del producto de esa evaluación, se puede llegar a la conclusión lógica y contundente que las decisiones tomadas por



el testador se debe a motivos racionales, porque comprende los riesgos, beneficios y alternativas de su decisión, lo cual implica que ha sido un hecho pensado y no producto de limitaciones en el razonamiento.



CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La justificación de la presente tesis se encuentra en la importancia que tiene el acto de última voluntad del testador, por lo que el notario debe estar plenamente seguro que realmente este se encuentra en capacidad para testar, por eso es que jurídicamente, resulta de gran importancia que el notario se respalde en criterios técnico-científicos que le permitan tener la certeza sobre la capacidad del testador, porque es una decisión trascendental que éste llevará a cabo al dejar sus bienes a terceras personas cuando él se muera, por lo que para realizar ese acto, tiene que estar lúcido y así evitar errores que traerán consecuencias negativas posteriores y que, en esencia, contradigan los deseos del que testa.

A partir de lo expuesto se comprende la importancia que tiene la reforma del numeral cuatro del Artículo 42 para que el escribano se auxilie de técnicas o mecanismos científicos que le permitan tener plena seguridad de la lucidez del testador y que no exista ningún asomo de duda sobre la capacidad física, mental y, por ende, legal del mismo, para lo cual, a partir que el notario no es psicólogo o neurólogo, la ley le debe imponer la obligación de requerirle al testador que presente un dictamen técnico emitido por un psicólogo debidamente colegiado, para garantizar que la capacidad de esta persona, sea indubitable.





BIBLIOGRAFÍA

CHÁVEZ ASENCIO, Manuel. **Capacidad**. Argentina: Ed. Jurídica, 2005.

CONSUEGRA, Mónica Ileana. **De la capacidad y otros temas**. México: Ed. Editores Mexicanos Unidos, 2010.

DE RUGGIERO, Roberto. **Instituciones de derecho civil**. México: Ed. Lombardo, 2005.

DURÁN, Adriana. **Derecho notarial, derecho documental- responsabilidad notarial**. España: Ed. Akal, 2003.

ECHEBURÚA, Esvin. **La reformulación de los trastornos de la personalidad**. España: Ed. Tirant lo de Blanc, 2005.

FERNÁNDEZ, Pablo. **Razonamiento y comprensión**. México: Ed. Vanguardia, 2001.

GALIANO MARITAN, Grisel. **Personalidad y sujetos del derecho**. España: Ed. Tirant lo de Blanc, 2008.

GÁLVEZ PEÑA, Silvia. **Derecho testamentario**. España: Ed. Tecnos, 2005.

GÓMEZ-JARABO, Bernardino. **Valoración de la capacidad de obrar: el control de impulsos**. México: Ed. Del Águila, 2000.

MONTES, Ignacio. **El incapaz ante la ley**. Argentina: Ed. El Cóndor, 2003.

PALACIOS, Marco Tulio. **La tutela y las personas de la tercera edad**. España: Ed. Akal, 1998.



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

SÁNCHEZ CASIA, Francisco. **La capacidad de testar.** Costa Rica: Ed. Ediciones del Istmo, 2010.

SANAHUJA Y SOLER, José María. **Tratado de derecho notarial.** Barcelona, España: Ed. Bosch, 1945.

SIERZ, Susana Violeta. **Derecho notarial concordado.** México: Ed. Porrúa, 2002.

TINOCO, Ernesto Daniel. **La capacidad y la incapacidad de las personas.** Madrid, España: Ed. Pirámide, 1984.

VIVAR, Ana Verónica. **De las sucesiones.** Argentina: Ed. Abelardo-Perrot, 2000.

Legislación:

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

Código Civil. Jefe de Gobierno. Decreto número 106, 1964.

Código de Notariado, Decreto número 314. Congreso de la República. Guatemala, 1946.