

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



**NECESIDAD DE DEROGAR LA FIGURA DEL TESTAMENTO COMÚN
CERRADO DEL DECRETO LEY 106**

JOSÉ AMILCAR BARRERA BOBADILLA

GUATEMALA, JULIO DE 2018

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

**NECESIDAD DE DEROGAR LA FIGURA DEL
TESTAMENTO COMÚN CERRADO DEL
DECRETO LEY 106**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

JOSÉ AMILCAR BARRERA BOBADILLA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Y los títulos profesionales de

ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, julio de 2018

**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:	Lic.	Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL III:	Lic.	Juan José Bolaños Mejía
VOCAL IV:	Br.	Jhonathan Josué Mayorga Urrutia
VOCAL V:	Br.	Fredy Noé Orellana Orellana
SECRETARIO:	Lic.	Fernando Antonio Chacón Urizar

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidenta:	Licda.	Olga Aracely López Hernández
Vocal:	Lic.	Edward Rosalio Gómez García
Secretario:	Lic.	René Siboney Polillo Cornejo

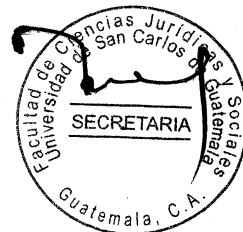
Segunda Fase:

Presidenta:	Licda.	Crista Ruiz Castillo de Juárez
Vocal:	Licda.	Ana Beatriz Conde De León
Secretario:	Lic.	Hugo Roberto Martínez Rebullá

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las Doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del normativo para la elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Pública).



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala, 24 de marzo de 2015.

Atentamente pase al (a) Profesional, MARIO GUILLERMO SOTO AMBOSIO
 _____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
JOSÉ AMILCAR BARRERA BOBADILLA, con carné 200617750,
 intitulado NECESIDAD DE DEROGAR LA FIGURA DEL TESTAMENTO COMÚN CERRADO CONTENIDO EN EL
DECRETO LEY 106.

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


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

Adjunto encontrará el plan de tesis respectivo.


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

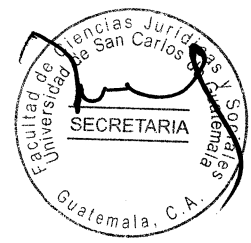


Fecha de recepción 9 / 9 / 2015 f)


 Asesor(a)

Lic. MARIO GUILLERMO SOTO A.
 ABOGADO Y NOTARIO
 COL. 4361

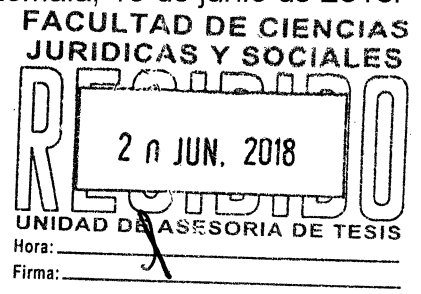




Mario Guillermo Soto Ambrosio
Abogado y Notario
Colegiado 4361

7a. Avenida 6-11, zona 1 del municipio de Mixco, departamento de Guatemala.
Tel. 2438-9892

Guatemala, 15 de junio de 2018.



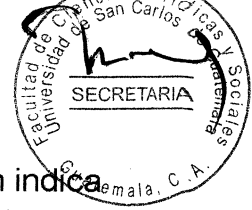
Licenciado Roberto Fredy Orellana Martínez
Jefe Unidad de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Estimado Licenciado Orellana:

De acuerdo al nombramiento de fecha veinticuatro de marzo de dos mil quince, he asesorado la tesis intitulada: **NECESIDAD DE DEROGAR LA FIGURA DEL TESTAMENTO COMÚN CERRADO DEL DECRETO LEY 106**, del bachiller **José Amilcar Barrera Bobadilla**, motivo por el cual emito el siguiente

DICTAMEN:

- i. En relación al contenido científico de la tesis, pude comprobar la utilización de los métodos de investigación inductivo, deductivo, analítico y jurídico, así como la técnica bibliográfica en el cuerpo de la tesis mediante el uso del lenguaje técnico jurídico que corresponde a un trabajo de esta categoría. La contribución científica que hace el presente trabajo de investigación es la propuesta de una modificación al Código Civil, la cual consiste en la derogación de la figura del testamento común cerrado, toda vez que viola la fe pública del Notario.
- ii. La investigación contiene suficientes referencias bibliográficas, resguardando el derecho de autor, elemento que ha servido de base para sustentar el tema tratado y por ende el desarrollo del mismo.
- iii. El contenido capitular de la tesis fue desarrollado en base al plan de investigación previamente aprobado. Y al comprobarse la hipótesis prevista, se puede determinar que la solución planteada contribuirá en gran medida a la protección de los notarios en el ejercicio de su profesión, así como a los ciudadanos guatemaltecos, toda vez que tendrán la certeza jurídica del documento autorizado.
- iv. En la conclusión discursiva el bachiller manifiesta que en la época en la que actualmente vivimos, ha dejado sin aplicación el Testamento Común Cerrado, no



solo por lo oneroso que resulta la contratación de un Notario, sino también indica algo realmente importante, lo que es la falta de certeza y seguridad jurídica que se le pueda otorgar a dicho documento, toda vez que puede vulnerar la fe pública que robustece al Notario autorizante, y puede ser objeto de procesos por nulidad.

- v. Declaro que no soy pariente del estudiante dentro de los grados de ley y otras consideraciones que estime pertinentes.

Por lo anterior y habiendo cumplido con los requisitos establecidos en el Artículo 31 del Normativo para Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público procedo a emitir **DICTAMEN FAVORABLE** al bachiller José Amilcar Barrera Bobadilla, para que prosiga con los trámites necesarios para su graduación.

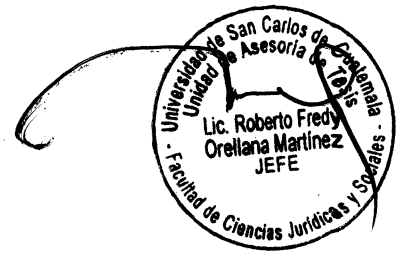
Lic. **MARIO GUILLERMO SOTO A.**
ABOGADO Y NOTARIO
COL. 4361

f) _____

Mario Guillermo Soto Ambrosio
Abogado y Notario
Colegiado 4361
Tel. 2438-9892



USAC
TRICENTENARIA
 Universidad de San Carlos de Guatemala



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, 26 de junio de 2018.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante JOSÉ AMILCAR BARRERA BOBADILLA, titulado NECESIDAD DE DEROGAR LA FIGURA DEL TESTAMENTO COMÚN CERRADO CONTENIDO EN EL DECRETO LEY 106. 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/cpchp.

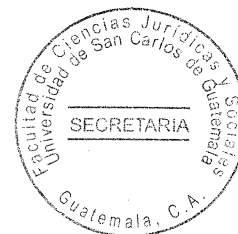
[Handwritten signatures and stamps]

SECRETARIO
 FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
 GUATEMALA, C. A.

DECANO
 FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
 UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
 GUATEMALA, C. A.



DEDICATORIA



A DIOS:

Fuente de mis creencias, devoción e inteligencia, que me ha brindado la vida y quien por su infinita misericordia, ha permitido que alcance éste éxito académico, que es el fruto de un largo esfuerzo y de su amor por mí.

A MIS PADRES:

Licenciado Amilcar Barrera Menéndez, quien con su sabia instrucción ha sabido ser mi más grande mentor y el mejor amigo, por su incondicional amor y su gran paciencia, de quien me complace y me enorgullece ser su hijo y alcanzar para satisfacción recíproca este logro académico e, Ingrid María del Pilar Bobadilla Gálvez de Barrera, ejemplo de rectitud e inagotable paciencia, por sus oportunos regaños, su amor materno y su permanente ayuda.

A MI ESPOSA:

Luisa María López Soria, quien con su amor, comprensión y apoyo incondicional, aún en los momentos más turbulentos, me ha ayudado a ser mejor persona, gracias por motivarme día a día para alcanzar nuevas metas, tanto personales



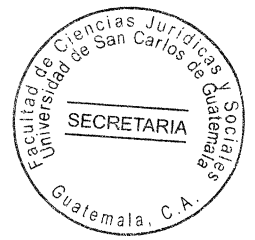
como profesionales, y ser mi inspiración para **seguir** adelante.

A MIS HIJOS: Pablo Alessandro y Santiago Isaac, por ser mi inagotable fuente de inspiración, afanes, objeto de mi amor y razón de mi esfuerzo.

A MIS HERMANOS: Jossué Adenolfo y Andrea María, por su cariño, apoyo y enseñanzas.

A MI FACULTAD: Por darme la oportunidad de perseguir mis sueños, de convertirme en un profesional del derecho.

A MIS AMIGOS: Todos ellos por su apoyo y cariño incondicional.



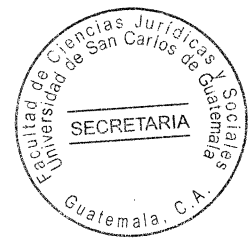
PRESENTACIÓN

Esta investigación es de tipo analítica, pues tiene como objetivo la descripción de las cualidades de un fenómeno, en este caso específico sobre el vicio que puede darse en la fe pública notarial derivado del otorgamiento de un testamento común del tipo cerrado.

La rama cognoscitiva a la que pertenece esta investigación es al derecho notarial y al derecho civil, pues el primero establece lo relativo a la investidura que tiene el notario ante la sociedad y, el derecho civil regula todo lo relativo a los testamentos, su otorgamiento y su autorización. El mismo será desarrollado a nivel nacional, durante un período comprendido del mes de octubre de dos mil trece a febrero de dos mil dieciséis, fecha en que se concluye la presente investigación.

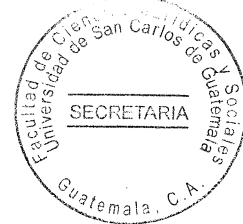
El objetivo principal de este trabajo es demostrar cómo puede el notario ver afectada su fe pública con la autorización de un acto de declaración de voluntad, como es un testamento común cerrado, ya que al momento de realizar dicha autorización, el notario no tiene conocimiento exacto de lo que hay dentro del sobre.

El aporte académico de este estudio es el análisis sobre los múltiples procedimientos de nulidad que puede enfrentar el notario a causa del otorgamiento de este tipo de testamento, así como el estudio del derecho comparado en relación al otorgamiento de los distintos tipos de testamentos otorgados en diferentes países, sus ventajas y desventajas y las circunstancias en las cuales puede solicitar la nulidad del testamento.



HIPÓTESIS

El otorgamiento del testamento común cerrado, redactado por el mismo otorgante o por otra persona a ruego de ésta, así como la autorización por parte del notario, quien es el encargado de darle validez, no solo vulnera la fe pública, sino que además ese documento podría ser objeto de frecuentes procedimientos judiciales de nulidad, por lo que crea también inseguridad al testador y a los herederos o legatarios.



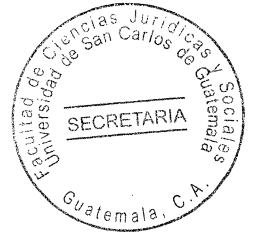
COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS

De acuerdo con lo planteado en la hipótesis, al conocer la opinión y experiencia de varios notarios en el ejercicio del derecho, sobre si han autorizado o no testamento de cualquier clase, todos respondieron afirmativamente; pero cuando se les cuestionó acerca de haber autorizado testamentos comunes cerrados, el total de los notarios, respondió negativamente; es decir, ninguno de los mencionados lo había hecho.

La respuesta de los notarios se basa en dos puntos, el primero porque nunca ha llegado alguien a solicitar sus servicios para tal efecto y, segundo, porque sería dudoso autorizar un documento, sobre el cual ellos no tienen conocimiento de lo escrito.

Es decir, en ese sentido, que la hipótesis se pudo comprobar con el hecho que los notarios no autorizarían dicha forma de testar ya que ponen en peligro su fe pública, igual que podrían vulnerar los derechos de un tercero.

ÍNDICE



Pág.

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

CAPÍTULO I

1. Derecho civil.....	1
1.1. Fuentes del derecho civil.....	2
1.2. Conceptualización de derecho civil.....	6
1.3. Derecho civil guatemalteco.....	7

CAPÍTULO II

2. El testamento.....	11
2.1. Tipos de testamento.....	12

CAPÍTULO III

3. Fe pública.....	33
3.1. Clases de fe.....	35
3.2. Definición.....	39



Pág.

3.3. Características o elementos.....	42
3.4. Efectos de la fe pública.....	44

CAPÍTULO IV

4. Derecho comparado.....	57
4.1. Antecedentes.....	60
4.2. Derecho romano.....	63
4.3. Características.....	64

CAPÍTULO V

5. Vulnerabilidad de la fe pública notarial, como consecuencia del otorgamiento del testamento común cerrado en la legislación guatemalteca.....	69
5.1. Base legal.....	69

CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	73
-----------------------------------	-----------

BIBLIOGRAFÍA.....	75
--------------------------	-----------

INTRODUCCIÓN



Esta investigación se realizó con la visión de poder proteger al notario en el ejercicio de su cargo, y así evitar que se vulnere la fe pública que lo robustece, toda vez que, como se indicó en la hipótesis, el otorgamiento del testamento común cerrado, redactado por el mismo otorgante o por otra persona a ruego de ésta, así como la autorización por parte del notario, quien es el encargado de darle validez, no solo vulnera la ya mencionada fe pública, sino que además ese documento podría ser objeto de frecuentes procedimientos judiciales de nulidad o falsedad, por lo que crea también inseguridad al testador y a los herederos o legatarios.

Este estudio tiene como objetivo general, que a través de los mecanismos legales, se pueda derogar el testamento común cerrado del ordenamiento jurídico guatemalteco, o bien, que se le otorgue mayor certeza y seguridad jurídica, tanto al otorgante como al notario, para que su aplicación sea correcta y positiva; y como objetivo específico, la protección al notario en el ejercicio de su cargo, y evitar que se vulnere la fe pública de la cual se encuentra investido.

Se utilizaron los métodos deductivo, inductivo, así como las técnicas de investigación científicas y jurídicas, de igual forma se hizo uso del análisis extensivo de las leyes del país, arribando al punto en que al entrevistar a diferentes notarios colegiados activos, todos concuerdan en nunca haber otorgado la figura del testamento común cerrado.



En el primer capítulo, se desarrolla el tema del derecho civil, su historia, las fuentes del mismo, así como el derecho civil en Guatemala.

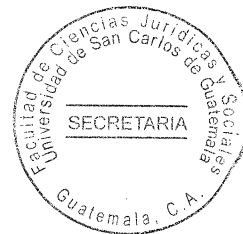
En el capítulo dos, se enuncia todo lo relativo al testamento propiamente dicho, las clases, elementos y características, definición, en qué consisten las diferentes clases de testamentos y la forma en que se otorgan cada uno de los mismos.

En el capítulo tres, se expone sobre la fe pública, sus clases, concepto, las características o elementos de cada una de sus clases, y sus efectos.

Posteriormente, en el capítulo cuatro, se analiza el derecho comparado y su relación con la legislación guatemalteca.

Por último, en el capítulo cinco, se desarrolla la vulnerabilidad de la fe pública notarial, como consecuencia del otorgamiento del testamento común cerrado en la legislación guatemalteca.

CAPÍTULO I



1. Derecho civil

El origen y evolución se dio en la ciudad de Roma, de acuerdo con el carácter de la raza y de la cultura el derecho positivo asumió una forma muy clara y concreta, y tomó el nombre de derecho civil (jus civile), es decir, derecho de la ciudad (civitas), o mejor dicho, de los ciudadanos (civiles). Esto equivalía a lo que ahora llamaríamos derecho nacional, pues el concepto de ciudad correspondía allí al de nación y Estado.

El derecho civil, por su carácter práctico y coercitivo se oponía al derecho de gentes (jus gentium) y al derecho natural (jus naturale). Comprendía, no solamente lo que hoy apellidamos derecho civil, sino también el derecho público, derecho penal, derecho mercantil, etcétera, todo el conjunto del derecho positivo. Los romanos distinguieron dos categorías en el derecho civil: el público (publicum) y el privado (privatum), pero esto no motivó la formación de dos ramas diferentes, tanto público como privado, el derecho civil era todo uno.

En la Edad Media, la expresión jus civile ya no significó el derecho de una ciudad o de un pueblo, sino que significó, nada más y estrictamente, derecho romano o, mejor dicho, el derecho común de cada pueblo (contemplándose siempre lo público y lo privado). En la Edad Moderna, el derecho civil dejó de comprender lo público y lo privado, en sentido unitario, separando paulatinamente, las ramas que en fechas más o menos recientes constituyeron el derecho público, hasta quedar el derecho civil como derecho esencialmente privado.



El derecho civil es el conjunto de normas e instituciones destinadas a la protección y defensa de la persona, de la familia y de la propiedad, de las cosas o bienes, y de los fines que son propios de éstas, así como del régimen de las sucesiones y de las obligaciones y contratos, además de cierto número de nociones generales y comunes a todas esas instituciones especiales.

Consta de las siguientes grandes ramas: 1) Derecho de la persona: capacidad, estados civiles, derechos de la personalidad, nacimiento, muerte y domicilio, entre otras materias. 2) Derecho de familia: matrimonio, unión de hecho, parentesco, filiación, adopción, patria potestad, alimentos entre parientes, tutela, patrimonio familiar, Registro Civil. 3) Derechos reales: bienes, propiedad, posesión, usucapión, usufructo, uso, habitación, servidumbres, hipoteca, prenda, Registro de la Propiedad. 4) Derecho de sucesiones: testamento, herencia, legados, sucesión intestada. 5) Derecho de obligaciones y contratos: teoría general de las obligaciones y de los contratos, contratos en particular (promesa, opción, mandato, sociedad civil, compraventa, permuta, donación entre vivos, arrendamiento, mutuo, comodato, depósito, obra o empresa, servicios profesionales, fianza, renta vitalicia, loterías y rifas, apuestas y juegos, transacción, compromiso). Por consiguiente, al derecho civil se puede ubicar dentro la sistemática jurídica como perteneciente al Derecho Privado.

1.1. Fuentes del derecho civil

Las fuentes del derecho civil han de referirse a los instrumentos materiales para saber el derecho existente (fuentes de conocimiento), así como a los fundamentos en que puede hacerse descansar una pretensión o derecho subjetivo.



Cuatro son, inicialmente, los principios fundamentales a que se pretende sujetar la teoría de las fuentes:

a) Unidad y jerarquía del ordenamiento

La unidad del ordenamiento se consideró como algo natural hasta la época codificadora. Los códigos, considerados normalmente como plasmación escrita de la expresión del derecho natural universal, trajeron como consecuencia inevitable la disgregación del derecho en una pluralidad de derechos nacionales. Se hizo necesario sustituir la unidad del Derecho por la unidad del ordenamiento dentro de sus fronteras, unidades referidas a todos y cada uno de dichos ordenamientos.

Esa unidad requería, consecuentemente, determinar una jerarquía de normas (por la de sus fuentes) como criterio para que el juzgador (de que en ese momento se desconfía, dada la experiencia con los jueces reales) debe orientarse para determinar el modo adecuado de aplicar las diversas normas jurídicas, evitándose así contradicciones y dudas. Esa jerarquía se fijó, tanto con respecto a las normas de distinto origen, o jerarquía de las fuentes en sentido propio, como respecto normas de igual origen, o jerarquía en sentido impropio. Propiamente dicha jerarquía quedó fijada así:

- Ley;
- Costumbre;
- Principios generales del derecho.

b) Primacía de la ley

La exactitud del principio, en el plano sociológico, no siempre es exacta; pero es evidente que en el ámbito técnico jurídico, por razones de previsión, claridad y seguridad, debe concederse primacía a la norma legislativa. Entendida la ley en sentido amplio, como toda norma con origen estatal, se afirma y reconoce dentro de ella un conjunto de clases, que quedan así mismo, sujetas a un criterio de rango preferente (por ejemplo, prelación del derecho respecto de una orden ministerial).

c) Sujeción a normas reconocidas

Fijada la jerarquía, ¿puede el juez apartarse de ella en la aplicación de las normas? ¿puede justificar su fallo en fuentes distintas a las predeterminadas? Aunque el tema es hoy objeto de discusión, el reconocimiento de la norma supone también para el legislador ajustarse a un procedimiento conforme al cual nazcan las normas mismas.

d) Libertad de interpretación

La sujeción a las normas no supone para el juzgador o hermeneuta verse privado de la inherente libertad intelectual para indagar el sentido que pueda tener la norma.

En este sentido, se pueden hallar cuatro fuentes, las cuales son:

1.1.1. Primacía de la ley

Es unánime el criterio de que el código civil acoge en su Artículo 1.1 la primacía de la ley sobre las restantes fuentes del derecho, por cuanto la costumbre y principios generales solamente son aplicables en defecto de ley. Esta primacía de la ley queda asegurada



por el sistema de recursos constitucionalmente previstos y por las normas que la propia Constitución Política de la República de Guatemala destina a regular el régimen jurídico de las leyes de diverso orden.

1.1.2. Costumbre

Pues la costumbre sólo regirá en defecto de ley aplicable y siempre que no sea contraria a la moral o al orden público y que resulte probada. Los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad tendrán la consideración de costumbre.

Parece cierto que la equiparación –por un lado- de ciertos usos a la costumbre, y la supresión para ésta de la tradicional exigencia de ser local –de otro-, hacen que la costumbre general, propia de ciertos sectores profesionales, industriales, comerciales, financieros, nacionales o extranjeros, puede ser invocada como norma vinculante.

El requisito de que la costumbre resulte probada, al no fijar la carga de la prueba, admite incluso su aplicación de oficio por el juez. Con lo cual, en defecto de ley aplicable, el uso y la costumbre, equiparados, pueden convertirse en una norma de realidad más abundante y abarcadora que la misma ley y, por ello, con un alcance muy poco subordinado; por el contrario, por encima de la norma máxima como cuestión de hecho.

1.1.3. Principios generales del derecho

Siendo, de un lado, aplicables en defecto de ley o de costumbre, se entiende ello «sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico». Dos, pues, son los ámbitos de los principios generales: ser fuente del derecho de carácter subsidiario, pero también y fundamentalmente, informar al ordenamiento jurídico, por ello, también a la Constitución Política de la República de Guatemala, que es parte de ese ordenamiento. Los principios pueden considerarse el resultado recabado, finalmente, de una serie de abstracciones y de generalizaciones que pueden empujar al ordenamiento jurídico, en ausencia de ley o costumbre. Pero también se presentan como suma de valoraciones normativas, principios y criterios de valoración que son el fundamento de todo el orden jurídico, aspecto bajo el cual arrastran a éste, por ser expresión de exigencias de política legislativa que vinculan a todos. Y así actúan como elemento progresista, renovadores -e imperativamente renovadores- del ordenamiento entero.

1.1.4. Jurisprudencia

Siempre se ha discutido entre los autores, si la jurisprudencia era o no fuente del derecho. Y aunque en la doctrina mayoritaria se ha advertido siempre que la separación entre jurisprudencia y doctrinal era total, esto no impedía a un sector minoritario afirmar para la jurisprudencia un carácter fontano, no formal, sino real.



1.2. Conceptualización de derecho civil

El derecho civil en su histórica evolución, así como su imprecisión para poder ser denominado, ya que es tan amplio en su contenido, en cuanto a la variedad de materias y la importancia de éstas, en cuanto afectan simultáneamente al interés individual y al interés nacional, ha sido una tarea un poco difícil conceptualizar el derecho como tal.

En consecuencia de lo anterior, varios autores han tratado de definirlo, como el jurista De Diego que define al derecho civil como “un conjunto de normas reguladoras de las relaciones ordinarias y mas generales de la vida en que el hombre se manifiesta como tal sujeto de derecho, y miembro de una familia, para el cumplimiento de los fines individuales de su existencia dentro del concierto social.”

1.3. Derecho civil guatemalteco

En Guatemala, se siguió aplicando el derecho español por más de medio siglo después de la declaración de independencia, juntamente con las leyes emitidas por el Organismo Legislativo. Para terminar con esa situación poco productiva, en materia legal, para el país, durante el gobierno del general Justo Rufino Barrios, por acuerdo de fecha veintiséis de julio del año mil ochocientos setenta y cinco, se nombró una comisión codificadora integrada por el licenciado Marco Aurelio Soto, Ministro de Gobernación, Justicia y Negocios Eclesiásticos, al doctor Lorenzo Montúfar, al licenciado José Barberena, el licenciado Ignacio Gómez, don Valerio Pujol y al licenciado Carlos F. Murga, quien fungió como secretario, habiéndose agregado mas tarde a esa comisión a los licenciados José Salazar y Joaquín Macal.



El trabajo de la comisión tuvo que suspenderse por un estado de Guerra en el país vecino de El Salvador, hasta que en virtud del acuerdo de fecha veintinueve de septiembre del año mil ochocientos setenta y seis, se dispuso que terminara esa obra la comisión integrada ya únicamente por el doctor Montúfar, los licenciados José Salazar, Carlos F. Murga y Joaquín Macal y, don Valero Pujol, quienes, a excepción del licenciado Macal, que por razones de su cargo, no pudo acudir a la terminación de los códigos por encontrarse ausente. El cinco de febrero de mil ochocientos setenta y siete, se presenta un proyecto de código civil y un proyecto de código de procedimientos civiles, con una exposición de motivos valiosa, en especial para el proyecto de código civil.

Los proyectos mencionados, pronto se convirtieron en ley, ya que por decreto número 175 del Presidente de la República, con fecha ocho de marzo de mil ochocientos setenta y siete, cuya vigencia comenzó a partir del quince de septiembre del mismo año. De esa forma, nació el primer Código civil de Guatemala, coloquialmente denominado Código de 1877, que fue de gran trascendencia jurídica para el país, no solamente por unificar el derecho patrio, sino también por construir un magnífico cuerpo legal, a pesar de los defectos en su técnica que ahora pudieran apreciarse y que sus mismos autores reconocieron anticipadamente.

Por decreto número 272, de fecha veinte de febrero de mil ochocientos ochenta y dos, se introdujeron fundamentales reformas al Código civil. El Código civil de 1877, constaba de un título preliminar, que contenía disposiciones de carácter general y de tres libros,



los cuales eran: Libro I, de las personas; libro II, De las cosas, del modo de adquirirlas y de los derechos que las personas tienen sobre ellas y; libro III, de las obligaciones y contratos.

En uso de las facultades de legislar que le fueron reconocidas por la Asamblea, el Ejecutivo promulgó, mediante el decreto 921, de fecha 30 de junio del año 1926, el nuevo libro I del Código civil, relativo a las personas; y dispuso que conforme la comisión de legislación, entregaría los restantes, entrarían en vigor des pues de su publicación en el diario oficial, lo cual nunca ocurrió.

En el año mil novecientos treinta y tres, la Asamblea Legislativa, promulgó con fecha trece de mayo, el decreto 1932, que contiene un nuevo Código civil, cuyo plan es el siguiente: Libro I, de las personas y de la familia; Libro II, de los bienes y derechos reales; Libro III, de los modos de adquirir la propiedad y; Libro IV, que mantenía la vigencia del Libro III del código civil del año 1877, que era de las obligaciones y contratos.

Finalmente, el día 14 de septiembre del año 1963, fue emitido el decreto ley número 106, mejor conocido como el actual Código civil, que consta de los siguientes libros: Libro I, De las personas y de la familia; Libro II, De los bienes, la propiedad y los demás derechos reales; Libro III, De la sucesión hereditaria; Libro IV, del registro de la propiedad y, Libro V, del derecho de obligaciones, dividido en dos partes, la primera es De las obligaciones en general y, segunda es, De los contratos en particular. El decreto



ley número 106, fue objeto de numerosas reformas por medio del decreto ley 218, antes de entrar en vigor.



CAPÍTULO II

2. El testamento

La palabra testamento, que proviene de las voces latinas *testatio*, que significa testimonio, y *mens*, que significa, mente o voluntad, esto quiere decir que el testamento es el testimonio de la voluntad o el querer del testador. En ese sentido, entonces se puede decir que el testamento es vehículo de la voluntad declarada, o sea, declaración de voluntad. Desde este punto de vista, es natural que el testamento se englobe dentro de las categorías más amplias del acto o el negocio jurídico, como punto conceptual de referencia. O'CALLAGHAN, define el testamento como un "negocio jurídico mortis causa por el que el sujeto ordena el destino de su patrimonio y otras disposiciones para después de su muerte".¹

El jurisconsulto Ulpiano, definió el testamento de la siguiente manera: "El testamento es la manifestación legítima de nuestra voluntad hecha solemnemente para que tenga efecto después de nuestra muerte." Así mismo, GALGANO, define el testamento como "acto jurídico unilateral, el cual contiene la declaración de la voluntad del testador y que está destinado a producir efectos tras la muerte de este, como su declaración de voluntad."²

En ese orden de ideas, el código civil, en su Artículo número 935 estipula que "el testamento es un acto puramente personal y de carácter revocable, por el cual una

¹ O'CALLAGHAN Xavier, **Compendio de derecho civil**, op. Cit., pág. 67.

² GALGANO Francesco, **El negocio jurídico**, Valencia, 1992, pág. 57.



persona dispone del todo o de parte de sus bienes, para después de su muerte". Sin embargo, cabe recalcar que la definición que nos ofrece el Código civil, es inútil e incompleta, puesto que carece de los caracteres esenciales del testamento, de los cuales depende su validez y eficacia.

En base a lo anterior, se puede definir el testamento de la siguiente manera: El testamento es una declaración unilateral de última voluntad, personalísima, revocable, formal y solemne mediante la cual una persona ordena su sucesión mortis causa, es decir, dispone de sus bienes después de su muerte.

2.1. Tipos de testamento

En el ordenamiento jurídico se encuentran dos tipos de tipos de testamento, entre los que se puede encontrar están: Los comunes que se dividen en testamento común abierto y testamento común cerrado; y los especiales, tales como: el testamento militar, testamento marítimo, testamento en lugar incomunicado, testamento del preso, testamento de guatemalteco otorgado en el extranjero, entre otros.

2.1.1. Testamento Común abierto

El testamento común abierto es el más utilizado en la práctica, el más seguro, debido a su fuerza probatoria y, el que más garantía ofrece. Pese a resurgir nuevos tipos de testamentos, como el ológrafo, que en Guatemala no tiene legislación, el testamento



común abierto, continúa siendo el testamento tipo, en torno al cual gira toda la técnica activa de testamentos.

Tradicionalmente, le atañen varios defectos, tales como su exagerado formalismo o la posible indiscreción de los testigos que en él intervienen, aún a indudables ventajas, como son las derivadas de la fructífera intervención de notario que aconseja sobre el derecho, simplificando con su intervención la complejidad de muchas disposiciones, aparte de la autenticidad derivada de la misma. Es, además este testamento, el único que pueden utilizar las personas que no saben leer y escribir o que no pueden hacerlo por otras causas. También presenta garantías únicas en cuanto a su custodia, concede la indudable ventaja de su economía, refuerza la libertad del testador al alejar toda violencia o coacción en el acto de testar.

- **Definición**

El testamento común abierto, el cual es el heredero del testamento nuncupativo romano, se caracteriza, como precisan los Artículos 955 y 956 del Decreto ley 106, el código civil, porque el testador manifiesta públicamente su voluntad testamentaria que es, de esa forma, conocida por terceros.

Este tipo de testamento se caracteriza por la intervención activa del notario que lo autoriza, al cual se le manifiesta la voluntad testamentaria, que es reducida a escrito por el notario, al cual concurren dos testigos, quienes tienen calidad de instrumentales y, en caso de que el testador no pueda firmar, un tercer testigo deberá concurrir al acto, que



debe reunir las calidades de instrumental y rogado, según el artículo 42 numeral 9 del Código de Notariado, reforzando la solemnidad del testamento.

En consecuencia a lo anterior, se puede definir al testamento común abierto como el otorgado ante notario, manifestando la última voluntad del testador, dicha voluntad es abierta, es decir, que tanto el notario, como los testigos, quedan enterados, lo cual es un rasgo esencial de esta clase de testamento.

- **Historia**

Desde el derecho romano, donde se puede encontrar antecedentes del testamento abierto, tanto en las formas clásicas como en las de la época bizantina, la historia de este testamento ha seguido una evolución que se polariza en tres puntos:

- a. La supresión de las llamadas solemnidades internas, como la institución de heredero, tan exigida en el derecho romano y en las legislaciones posteriores, cortadas a su patrón. Por eso se requiere en la legislación de Partidas y es necesario llegar a la fundamental reforma del Ordenamiento para verla suprimida.
- b. La simplificación de las diversas formas de otorgarse este testamento.
- c. La consagración del testamento en forma notarial, desapareciendo la amplia posibilidad del testamento oral y nuncupativo. Éste, en efecto, estaba muy difundido, pero poco a poco se afirma y cobra eficacia y apoyo el sistema de reducción a escrito, con la intervención del fedatario.



- **Otorgamiento.**

El otorgamiento del testamento común abierto, se puede establecer en los siguientes cuatro aspectos:

- a) Lectura:** El otorgamiento del testamento abierto comienza con la lectura íntegra del mismo. El notario debe proceder a la lectura en voz alta del testamento, sin perjuicio de que, tras la oportuna advertencia, pueda también ser leído por el propio testador.
- b) Conformidad del testador:** Enterado el testador del contenido de la escritura pública de testamento abierto, por la lectura en voz alta debe expresar su conformidad o disconformidad acerca de que el documento público recoja fielmente su última voluntad.
- c) Firma del testamento:** además del notario, debe firmar en el acto el testador, como acto mediante el cual hace perfecto el testamento. Si el testador no sabe firmar, deberá hacerlo un testigo más.
- d) Unidad de acto:** Todas las formalidades comprendidas desde la lectura hasta la conclusión del otorgamiento “se practicarán en un solo acto”, sin que sea lícita ningún tipo de interrupción. En otras palabras, se ordena que el otorgamiento se efectúe de corrido, sin interrupciones y sin distraer la atención de los intervinientes en otros asuntos. Constituye una solemnidad del testamento abierto, cuya inobservancia es causa de nulidad, aunque la jurisprudencia tienda a flexibilizar el entendimiento de este requisito tan esencial.³

³ DÍEZ GÓMEZ Aurelio, *La unidad de acto*, *Revista de Derecho Notarial*, No.75, 1972. pág.57.



La unidad de acto se justifica por la transcendencia de un testamento, como la **garantía** de seriedad, certeza jurídica y orden en el otorgamiento y para preservar la libertad del testador.

- **Testigos instrumentales en los testamentos comunes abiertos**

La función de los testigos instrumentales es necesario en determinados supuestos, como consecuencia de disfunciones padecidas por el testador, que dificultan el otorgamiento ordinario e imponen reglas especiales o variantes del testamento común ordinario.

Como tales testigos instrumentales son receptores de la última voluntad del testador, concurren al otorgamiento, deben entender la lectura y, si concuerda lo leído con lo manifestado por el testador y, firmar el testamento. Se requiere de la presencia de dos testigos, que han de ser idóneos para comparecer a dicho acto.

- **Supuestos.**

El código civil enuncia los supuestos siguientes:

- **Testador que no sabe o no puede firmar:** Porque no sepa hacerlo o cualquier otra causa. El testador que se encuentre en esa circunstancia debe declararlo así al notario, procediéndose al otorgamiento de acuerdo con las reglas ordinarias, salvo que, por su imposibilidad, no puede ser firmado el testamento por el testador. Entonces bastará con que uno de los testigos firme por él y a su ruego.



○ **Testador ciego:** Estas personas no pueden comprobar por sí, que lo leído por el notario se corresponde con el documento público que firman, lo cual sí puede verificar quien pueda leer, dando él personalmente lectura al testamento. Para salvar el inconveniente, intervienen los testigos, cuya función es principalmente efectuar esa verificación o crear la posibilidad de la misma, para así evitar fraude o el error en que pudiera incurrir el notario.

En base a lo anterior, el Artículo 957 del Decreto ley 106 preceptúa: “En el testamento del ciego debe intervenir un testigo más de los que se requieren para el testamento abierto; será leído en voz alta dos veces; la primera por el notario autorizante y, la segunda, por uno de los testigos elegido para el efecto por el testador. Se hará mención especial de esta circunstancia.”

○ **Testador sordo:** A este supuesto, el Artículo 958 del código civil, se refiere cuando indica “si un sordo quiere hacer testamento abierto, deberá leer él mismo en voz inteligible, el instrumento, en presencia del notario y testigos, lo que se hará constar.”

- **Obligaciones posteriores del notario**

Dentro de las obligaciones posteriores al otorgamiento del testamento común abierto, se encuentra:

➤ El envío de la plica que contiene el testimonio especial del testamento común abierto al Director del Archivo General de Protocolos (Artículo 37 del Código de Notariado.);



- Aviso dirigido al Registrador General de la Propiedad Inmueble de la Zona Central (Artículo 45 del Código de Notariado);
- Aviso dirigido al Registrador del Segundo Registro de la Propiedad Inmueble con sede en la ciudad de Quetzaltenango (Artículo 1193 del Código civil).

2.1.2. El testamento común cerrado

El testamento común cerrado, a lo largo de su evolución histórica, ofreció relevantes ventajas sobre el testamento abierto, que le hicieron alcanzar una época de mayor esplendor, cuales eran la de mantener secretas las disposiciones de última voluntad, evitando su prematura propalación, además de la garantía que proporcionaba la intervención notarial, pero a la vez tenía también graves inconvenientes que le hicieron impopular. El principal de ellos era el excesivo número de formalidades que las leyes fueron exigiendo en su otorgamiento, con las frecuentes causas de nulidad, así como la falta de redacción por el notario, que tanto puede influir en la validez y eficacia de sus disposiciones, la falta de seguridad en la conservación, los grandes gastos que ocasiona y, que el secreto testamentario es cierto en cuanto a su contenido, pero no en cuanto a la existencia de un testamento.

Es lo cierto que los códigos más modernos suprimen esta forma de testar, pero no gozar, en definitiva, de las positivas y firmes ventajas que se asignan al testamento abierto, no haciéndolo así dicho código, que mantiene esta forma de testar.



- **Definición**

El testamento cerrado, es secreto hasta después de la muerte del testador, no revela la última voluntad de éste, declara que ésta se halla contenido en el pliego que presenta ante notario, que ha de autorizar el acto. Es un testamento de contenido secreto y otorgamiento público. Por tanto sus dos notas esenciales son la publicidad del otorgamiento, por la intervención del notario y los testigos y, el secreto del contenido de la última voluntad testamentaria.

El testamento cerrado se materializa en un documento escrito que contiene la última voluntad, elaborado sin intervención de fedatario, se imponen restricciones a la capacidad para otorgarlo; prohíbe el Artículo 960 del Decreto ley 106, otorgar testamento común cerrado a los ciegos y a los que no sepan leer y escribir, ya que no pueden cerciorarse por sí del contenido escrito que debe contener su última voluntad.

Este testamento consta de tres fases:

- a. Redacción de lo escrito por el testador, que contiene la última voluntad, que lo coloca en un sobre cerrado y sellado;
- b. El otorgamiento ante notario hábil y;
- c. La conservación del testamento por el testador, otra persona o el propio notario.

Su presentación ante Juez competente, se da cuando fallece el testador.



- **Historia**

Se pueden registrar dos antecedentes del testamento cerrado: uno lejano, que engarza con el derecho romano y otro próximo y más verdadero, que pertenece al Derecho intermedio. En el derecho romano ya una constitución de TEODOSIO y VALENTINIANO, recogida después en el Código de Justiniano, admitió una forma de testar que permitía al testador mantener secretas sus disposiciones, presentando el testamento escrito por él o por otros, debidamente cerrado, ante siete testigos, declarando que aquél era su testamento, mediante la fórmula sacramental :”*haec, ita ut in is tabulis cerisque scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque, vos quirites, testimonium mihi perhibetote*”.

En la recopilación se acoge este testamento romano, desconocido en el Fuero Juzgo y, en los fueros municipales, y ya en las partidas aparece con el nombre de testamento “hecho en puridad” que era preciso otorgar en presencia de siete testigos a los que el testador debía manifestar que su voluntad se contenía en el pliego cerrado que presentaba, firmando los testigos la plica en unión del testador.

Realmente el verdadero origen del testamento cerrado se encuentra, como decimos, en el llamado derecho intermedio, donde empezó a tomar vigor posiblemente como una reacción a la tan discutida institutio mystica. En ésta, es sabido cómo el testador, deseando mantener hasta el último momento el secreto de sus disposiciones, se refería para determinar el nombre del heredero o legatario a otro escrito por él depositado en determinado lugar o consignado a determinada persona.

Por el principio de la perfección intrínseca de los testamentos, que se fue enseñoreando de la práctica legislativa y, la exclusión de todo aquello que quedase situado fuera del



mismo, se fue introduciendo la necesidad de la asistencia del notario, que daba fe de que el documento cerrado y sellado contenía el testamento del causante. Ésta intervención notarial conciliaba la exigencia del total secreto, nacido del mismo testamento, con la necesaria autenticidad de las disposiciones de última voluntad.

- **Capacidad requerida para otorgarlo**

Éste tipo de testamento no exige, a diferencia del testamento ológrafo, una determinada edad, sino que se rige por las normas generales testamentarias. Cualquier persona puede realizar este tipo de testamento, cualquier persona mayor de catorce años que pueda perfectamente escribir su propio testamento y comparecer ante notario y los testigos, para que éste lleve a cabo el otorgamiento oportuno. Sin embargo de lo anterior, existen situaciones en las que se prohíbe testar de esta forma y otras que se restringe por ley, requiriendo otros requisitos.

- **Formalidades**

El Artículo 959 del código civil enuncia: “En el testamento cerrado se observaran las solemnidades pertinentes prescritas para el testamento abierto y, además, las siguientes: 1º. El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada, de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta; 2º. En presencia del notario y los testigos, y los intérpretes en su caso, manifestará el testador que el pliego que presenta contiene su testamento y si está escrito y firmado por él o escrito por mano ajena y si, por no poder firmar, lo ha hecho a su ruego otra persona, cuyo nombre



expresará; 3º. Sobre la cubierta del testamento extenderá el notario el acta de su otorgamiento, dará fe de haberse observado las formalidades legales y; 4º. Extendida y leída el acta, la firmarán el testador, los testigos, los intérpretes si los hubiere y la autorizará el notario con su sello y firma. Si el testador no puede firmar, pondrá su impresión digital y, un testigo más designado por él mismo, firmará a su ruego.”

Del análisis del Artículo mencionado se puede inferir que el escrito que contiene la última voluntad del testador ha de ser presentado al notario, cerrado (de allí su nombre), de manera que quede contenido en una cubierta cerrada, de manera que no pueda extraerse el escrito sin romper ésta. Queda así en secreto la voluntad testamentaria y preservada de manipulaciones o sustituciones.

Ante el notario, los testigos y los intérpretes, en su caso, manifestará el testador en primer lugar, que el pliego que presenta contiene su testamento. No es una mera manifestación de hechos, sino, una auténtica voluntad de testar, en cuyo momento ha de apreciarse la concurrencia de los requisitos de capacidad, idoneidad de testigos que deban intervenir, etc. En segundo lugar, ha de expresar las circunstancias del escrito testamentario, cómo ha sido escrito, qué firmas tiene y por quién.

Posteriormente el notario faccionará en la cubierta del testamento, acta de otorgamiento, en donde dará fe de haberse observado las formalidades legales para la celebración de este acto. Además, el notario deberá transcribir en su protocolo el acta de otorgamiento, según el Artículo 962 del decreto ley 106.



Una vez extendida el acta de otorgamiento, ha de procederse a su lectura, la firmará el testador, los testigos, los intérpretes si los hubiere y la autorizará el notario con su firma y sello.

Por consiguiente, advertimos que en el testamento cerrado hay, entonces, que considerar dos partes: a) la que constituye el testamento mismo o la memoria testamentaria, que es el escrito firmado por el testador y; b) el sobrescrito o cubierta del testamento, que tiene valor de acta notarial.

- **Apertura del testamento**

En cuanto a lo que procede luego de la autorización del testamento cerrado, el Artículo 964 del Código civil, enuncia: "El notario o la persona que tenga en su poder el testamento cerrado, deberá presentarlo al juez competente luego que sepa el fallecimiento del testador y, a más tardar, dentro de los diez días, bajo pena de responder de los daños y perjuicios."

Fallecido el testador, quien esté en poder del testamento habrá de presentarlo al juez competente dentro de los diez días desde que esa persona conozca del fallecimiento, en caso contrario incurrirá en responsabilidad por los daños causados por negligencia. En cuanto a las diligencias previas a la apertura del testamento, cabe indicar que el juez procederá al examen de la cubierta, con una citación del notario y los testigos instrumentales. Practicada la apertura del testamento y si cumple con los requisitos de rigor, se procederá a darle lectura. Inmediatamente el juez rubricará y sellará cada una



de las hojas del testamento. Acto seguido, el juez ordenará la protocolización del testamento, según Artículo 472 del Código Procesal Civil y Mercantil.

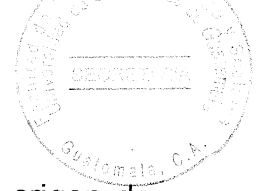
2.1.3. Testamentos especiales

El testamento especial requiere de más o menos solemnidades según los casos y, sólo puede ser utilizado por ciertas personas en determinadas circunstancias.

Por circunstancias excepcionales o especiales que pueden rodear al testador, al momento de testar, la ley ha erigido el testamento menos solemne o privilegiado, relevado de algunas formalidades exigidas para los ordinarios. No resultaría lógico, tratándose de situaciones apremiantes, reclamar el cumplimiento de la plenitud de las ritualidades de difícil cumplimiento, para el otorgamiento de testamentos que deben formalizarse en el menor tiempo posible. Se autoriza la intervención como funcionario a las personas que por su intermediación pueden hallarse presentes y, solo se reclama de los testigos capacidad sensorial y psíquica para que den cuenta del acto.

- **Testamento militar**

Éste es el primero de los testamentos llamados especiales en el ordenamiento jurídico, o dicho de otra manera, privilegiados. Quizá ello obedezca a la vieja y rica historia de este testamento, que enlaza nada menos que con el testamento *in procinctu* del derecho romano de la república, si bien en realidad fue más tarde, en la época del Imperio, y con



la regulación dada por Julio César, cuando se puede encontrar el verdadero origen de este testamento.

Los jurisconsultos romanos discutieron sobre la causa que movió a la introducción de esta forma especial de testar. Unos, como Justiniano y Gayo, entendieron que fue introducido *propter mimiam umperitiam*, pero ese fundamento no puede aceptarse, porque en igual situación de impericia estarían otras clases del Imperio, otros estimaron que fueron razones de privilegio las que decidieron al poder público a su instauración, y aunque posteriormente se transformó, en efecto, este testamento en una disposición de beneficio de la clase, no parece que fuera éste el origen del mismo. Posiblemente tuviera razón Ulpiano, cuando hablaba de que no fue otro su motivo que el encontrarse frecuentemente los militares en *inminens periculum mortis*. Lo cierto y verdad es que, acogido en todo el decurso del Derecho Romano, fue recibido posteriormente en las legislaciones europeas, donde efectivamente llegó a tener, como decimos, la condición de un privilegio de clase.

➤ **Concepto**

Se entiende por testamento militar aquella forma especial de testar que, en tiempo de guerra, puedan hacer los componentes del ejército o las personas que a él le sigan, siempre que se hallen en campaña o en situación similar de acción bélica.

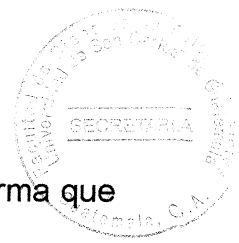
Las especiales circunstancias de la vida militar en tiempo de guerra han aconsejado, desde tiempos antiguos, regular especialmente el otorgamiento por los militares en



campaña, y personas asimiladas, dado que difícilmente se podrán observar las formalidades de los testamento ordinarios. En el sentido anterior, el Artículo 965 del Decreto ley 106 establece: *“Los militares en campaña, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados en el ejército o que sigan a éste, podrán otorgar testamento abierto ante el oficial bajo cuyo mando se encuentre. Es aplicable esta disposición a los individuos de un ejército que se halle en país extranjero. Si el testador estuviere enfermo o herido, podrá otorgarse ante el facultativo que lo asiste, o ante un oficial de cualquier categoría. Si estuviere en destacamento, ante el que manda éste, aunque sea subalterno. En todos los casos de este Artículo, será necesaria la presencia de dos testigos que sepan leer y escribir; y si el testador no pudiere firmar, lo hará por él cualquiera de los dos testigos.”*

Solamente pueden acogerse al privilegio de los testamentos militares, las personas que se enuncian en el Artículo citado, militares en campaña, rehenes, prisioneros y demás individuos empleados por el ejército. Posteriormente de otorgar el testamento habrá de cumplirse el procedimiento regulado en el Artículo 966 del Código civil.

Conforme a lo anterior, debemos tener presente que: a) el testamento militar es un testamento de carácter excepcional. La cual, es algo más suave de la que caracteriza a los otros testamentos especiales. Éstos, en efecto, en su mayoría representan formas subsidiarias de testar, en defecto de la forma común. De manera que solo se podrá, por ejemplo, testar con testamento especial, cuando no sea posible la intervención de un notario; b) el testamento militar solo lo pueden otorgar los militares y las personas que sigan al ejército.



Siempre éste testamento fue considerado como exclusivo de los militares, de forma que las personas pertenecientes a la población civil no pudieron testar en esta forma singular, aunque se encontraran en situaciones de peligro gravísimo. Sin embargo, existe una diferencia fundamental entre el derecho antiguo y la legislación moderna en estos aspectos, pues en aquel, como ya hemos dicho, el testamento de los militares era un testamento de privilegio concedido en honor y mérito de la clase castrense (El código francés establece concretamente que los testamento de los militares podrán otorgarse en cualquier país en que se encuentren). En cambio en la legislación moderna ha desaparecido esta naturaleza, y este testamento se autoriza sólo por las especiales circunstancias que concurren.

- **Testamento marítimo**

En todo momento existió un marcado paralelismo entre el testamento militar y el marítimo, permitiendo incluso las leyes romanas que los magister navis, pilotos, remeros, marineros y los que de noche vigilaban las embarcaciones testaran por derecho militar. Dicho paralelismo no tiene razón de ser en los tiempos modernos. Como dice un autor, hoy día en que la navegación constituye un medio de transporte normal que no ofrece más peligros que cualquier otro, la reglamentación que se hace en el código civil parece demasiado meticulosa y falta de utilidad, salvo en circunstancias anormales donde un peligro inminente incline el ánimo de pasajeros o tripulación a formular su última voluntad. Es lo más probable, dice, que salvo estas circunstancias, no piense persona alguna testar, y que si sobre ella existe tal presentimiento ordene su



testamento antes de emprender el viaje puesto que en el supuesto de naufragio no será fácil que se salve su disposición testamentaria.

Así mismo, el paralelismo se observa también en las leyes históricas y las ordenanzas de la armada de 1748 lo concibieron con similitud al castrense, tanto en su forma como en su regulación.

Aquellos que vayan a bordo durante un viaje marítimo, dada la particularidad que ello puede comportar, gozan de la posibilidad de otorgar este testamento especial, en sus modalidades de abierto o cerrado. Para tal efecto el Artículo 967 del código civil señala: “Los testamentos abiertos o cerrados de los que vayan a bordo durante un viaje marítimo, se otorgarán en la forma siguiente: si el buque es de guerra, ante el contador o ante el que ejerza sus funciones, en presencia de dos testigos que sepan leer y escribir, y que vean y entiendan al testador. El comandante del buque o el que haga sus veces, pondrá además, su “visto bueno”. En los buques mercantes autorizará el testamento el capitán o el que haga sus veces, con asistencia de dos testigos como se expresa anteriormente. En uno y otro caso, los testigos se elegirán entre los pasajeros, si los hubiere.”

Al referirse el decreto ley 106 a marítimo, parece referirse sólo al viaje por mar, no al fluvial. Y se puede otorgar cuando el buque esté navegando, durante un viaje.



Se discute el momento inicial y final del viaje marítimo, que autorizan este tipo de testamento. La opinión más extendida considera que el viaje comienza desde que se embarca y termina hasta que se desembarca en el puerto de destino.

En cuanto a los trámites posteriores, se dictan reglas especiales sobre la custodia y conservación de estos testamentos. Además ha de hacerse mención de su otorgamiento en el diario de navegación. Con respecto a esta clase de testamento, el Artículo 970 del código civil regula: *“En el testamento hecho en el mar, es nula toda disposición a favor de cualquier persona que ejerza autoridad a bordo, a no ser que sea pariente del testador.”*

- **Testamento en lugar incomunicado**

Regulado en el Artículo 971 del código civil, se consiente otorgar testamento a las personas que se hallen en lugar incomunicado por motivo de epidemia, sin intervención de notario y, por consiguiente, se podrá testar ante juez local y en presencia de dos testigos que sepan leer y escribir. Se exige se dé el caso de epidemia. No parece necesaria que sea ésta, declarada oficialmente, sino que exista de hecho, aunque es cuestión dudosa.

En la actualidad este testamento no tiene especial sentido, pero si lo tuvo en otras épocas históricas, justificándose la dispensa y aligeramiento de los requisitos del testamento ordinario por el estado de caos e incomunicación que la epidemia provoca.



- **Testamento del preso**

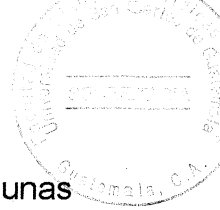
Si el testador se halla preso, podrá, en caso de necesidad, otorgar testamento ante el jefe de la prisión, pudiendo ser testigos, a falta de otros, los detenidos o presos, con lo tal que no sean inhábiles por otra causa y que sepan leer y escribir. En este testamento es nula toda disposición hecha a favor de los que tienen autoridad en la prisión, a menos que sean parientes del testador.

Lo anterior se encuentra regulado en el Artículo 972 del Decreto ley 106.

- **Testamento de guatemalteco otorgado en el extranjero**

Los ciudadanos guatemaltecos pueden otorgar testamento en el extranjero. Al respecto, el Artículo 974 del código civil enuncia: “los guatemaltecos podrán testar fuera del territorio nacional, sujetándose a las normas establecidas por las leyes del país en que se hallen. También podrán testar en alta mar, durante su navegación en un buque extranjero, con sujeción a las leyes de la nación a que el buque pertenezca.”

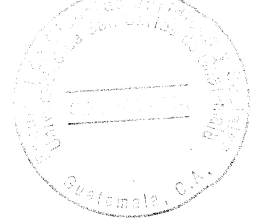
El Artículo 975 del mismo cuerpo legal prohíbe de forma expresa, es decir, que no será válido en Guatemala el testamento mancomunado que los guatemaltecos otorguen en el extranjero, ni siquiera cuando lo hagan al amparo del ordenamiento extranjero que lo admita. Con apoyo en la prohibición recogida en el artículo 975 del código civil y aplicando una interpretación analógica, no será válido, el testamento ológrafo emitido según la ley extranjera. El testamento ológrafo es el escrito de puño y letra del otorgante



y por él firmado, carente de toda formalidad; este testamento admitido por algunas legislaciones, por ejemplo en la mayoría de países europeos, a excepción de Inglaterra e Irlanda, no es válido en Guatemala.

Por otra parte, según el Artículo 976 del código civil, también podrán los guatemaltecos que se encuentren en el extranjero, otorgar testamento abierto o cerrado, ante el agente diplomático residente en el lugar del otorgamiento, si fuere notario.

De lo anterior se desprende que el código civil faculta al guatemalteco testar en el exterior, sujetándose a la legislación del país donde se cumple el acto, conforme a la regla *locus regit actum*, o siguiendo la ley guatemalteca ante agente diplomático, si fuere Notario.





CAPÍTULO III

3. Fe pública


Fe en sentido genérico, para poder entender en el sentido completo de la palabra lo que es fe, es necesario conocer inicialmente el origen de esta, en esa virtud, analizar el género de esta especie. Decía San Agustín, “A la fe nadie puede ser obligado”. Esta afirmación se basa en un dogma religioso, como lo es la fe divina, pero en si fe, como lo indica Luís Carral y de Teresa “Es la simple creencia en lo que no se ve”⁴, y tiene su base esta afirmación en el hecho de que nadie puede ser obligado a tener fe en algo o en alguien, la fe nace de la persona misma en algo o alguien en quien se quiere creer. Oscar A. Salas indica que “fe quiere decir creencia, convicción, persuasión, certeza, seguridad, confianza en la verdad de algo que no se ha visto por la honradez o autoridad que se reconoce a la persona que da testimonio de ello”.⁵

Sin embargo el tratadista Argentino Neri en su tratado de derecho notarial, indica que existen diversas nociones de fe, las cuales son: “A) Fe del latín fides, es una virtud fundamental del ser humano que lleva en si la expresión de seguridad, de aseveración, de que una cosa es cierta sea que se manifieste con o sin ceremonial esto es solemnemente o no, en cualquier orden, privado o público”.⁶ En este sentido indica, la fe podría definirse como “La creencia de lo que no hemos visto por el testimonio del que lo

⁴ CARRAL Y DE TERESA, Luis, **Derecho notarial y derecho registral**, pág. 51. 2

⁵ SALAS, Oscar, **Derecho notarial de Centroamérica y Panamá**, pág. 91. 3

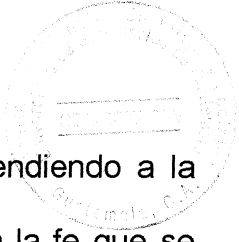
⁶ MUÑOZ, Neri, **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**, pág. 407



refiere”; “ B) El hombre dice, es un ser que posee el don de la receptividad de las impresiones que le causan todo cuanto lo rodea, sensible y pensante y de todas las impresiones que recibe, graba, se convierte en un sujeto que puede emitir expresión de certidumbre, de convicción y depende de su estado intelectual para generar certidumbre de haber alcanzado una verdad...; “C) Indica que la primera virtud teologal por la que nos es permitido creer o tener seguridad o abrazar confianza acerca de un hecho cualquiera, es la fe” .

Según el Concilio Vaticano, la fe como principio de la justificación del hombre, es una virtud sobrenatural, con la que, por la inspiración y el auxilio de la gracia de Dios, creemos son verdaderas las cosas por él reveladas. Como consecuencia de las diferentes posiciones que se han vertido en torno a la fe en sentido general, se puede concluir en que la definición más apropiada de fe en sentido general es la que menciona Bernardo Pérez Fernández del Castillo que dice: “Es creer en aquello que no se ha percibido directamente por los sentidos: acepto lo que el otro dice; acepto que tal acontecimiento es cierto; creo que tal acto efectivamente se realizó”⁷, pero se puede mencionar en forma más específica la expuesta por Argentino Neri quien indica que “La fe es una propiedad incita a todo ser pensante, su existencia a la par del alma y de la razón humana es bien evidente. Es por ello que está en lo cierto cuando se afirma que la fe es una verdad de sentido común. “8 1.2. Características de la fe son: creencia, conocimiento, certeza, convicción, elementos que son indispensables para que realmente podamos creer en ese algo que no se ve ni se toca, pero que existe, y que en

⁷ PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo, **Derecho notarial**, pág. 160.



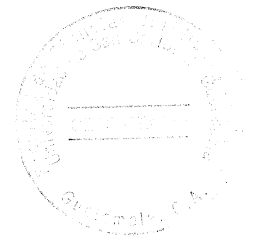
un momento dado puede producir consecuencias de toda naturaleza atendiendo a la clase de fe que estemos practicando, pues no es la misma consecuencia la fe que se tiene en los hombres, que la fe que se tiene en el estado, o la que se tiene en Dios.

3.1. Clases de fe

Luego del análisis anterior, y siguiendo las ideas de Argentino I. Neri, se puede establecer que la fe en términos generales es susceptible de dividirla, división que históricamente se ha dado, tomando en cuenta la concepción original de esta institución. De tal forma que la fe se divide en: A) Fe divina: Desde este punto de vista la fe se analiza en relación a la existencia de Dios, a la creencia de las cosas divinas, se basa en cuestiones puramente teológicas, y que nacen en el alma misma del hombre. B) Fe humana: Esta clase de fe, atiende a la persona en sí, a la creencia que se puede tener en las personas, en sus manifestaciones, sus atributos, sus capacidades, entre otras. Sin embargo tomando en cuenta que existen dos clases de personas, la Individual y la Jurídica, esta fe se puede subdividir en Privada y Pública.

3.1.1. Fe privada

Esta clase de fe se basa en las manifestaciones de los hombres, en sus testimonios, sus aseveraciones, sus atributos, en general todo lo que está relacionado con los hombres mismos, sin ningún ser superior a ellos, derivando en correctos y veraces los actos por ellos realizados, basados en su propia autoridad.



3.1.2. Fe pública

En esta clase de fe, la creencia se basa no en el hombre, sino en el Estado, es la creencia que tenemos en todos los actos emanados del ente estatal, por intermedio del funcionario público, que es el elemento humano que lo representa, la diferencia con la anterior es que en esta fe, todos los actos de los funcionarios que representan al estado, tienen el respaldo del estado mismo.

- **Antecedentes**

Los más lejanos antecedentes sobre fe pública se remontan al antiguo derecho romano. “El régimen contractual se fundaba en el vínculo del “nexum”, sin ir más allá del préstamo y de la compra, que se realizaban “per aes el libram”, mediante la “mancipatio” y con intervención del “libipens” y de varios testigos romanos.⁸ En este caso puede apreciarse que la fe pública debía prestarla el “libipens” que era el funcionario encargado de documentar los actos, y los testigos romanos, de tal suerte que la capacidad fedante no era una facultad propia ni exclusiva del libipens.

- **Naturaleza jurídica**

La naturaleza jurídica de la fe pública es necesario buscarla en relación al Estado. En efecto, el Estado ejerce sobre el pueblo un poder que el mismo pueblo, formalmente y

⁸ ANTOKOLETZ, Daniel, *Tratado de derecho romano*, pág.124.

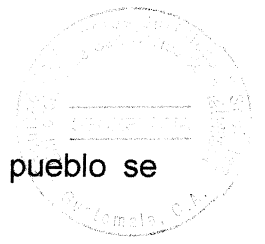


en ejercicio de su soberanía, le ha conferido. El ejercicio de ese poder, material y formalmente lo realiza a través de los organismos del Estado; estos son el Organismo Legislativo, el Organismo Ejecutivo y el Organismo Judicial.

El pueblo está constituido por un grupo de personas que, dentro de sus virtudes, tiene la fe. Y cuando se dice “fe” en este análisis, se está pensando en la fe que va a incidir en la creación de derechos y deberes jurídicos. Esa fe, en tanto sea una virtud incita del ser humano, interesa al derecho; pero cuando esa fe se exterioriza con el objeto de crear, extinguir, transmitir o modificar derechos y obligaciones, se está ante una manifestación expresa o tácita de creencia.

Esa manifestación de creencia es similar a la manifestación de voluntad. “Señala Puig Brutau, referido por Puig Peña, como los actos jurídicos no constituyen un grupo uniforme... Así Von Thur, en la doctrina alemana, los clasifica en: a) manifestaciones de creencia, b) manifestaciones de sentimiento, y c) manifestaciones de voluntad”.⁹ El Pueblo, cuando en ejercicio de su soberanía le otorga al Estado un poder, con el mismo le hace manifiesta la confianza (creencia) en que cumplirá con los deberes que la constitución del Estado le asigna. El pueblo tiene confianza en que el estado garantizará la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo. De tal manera que la confianza del pueblo es hacia “su” Estado. El Estado, una vez constituido y habiendo recibido la manifestación de creencia del Pueblo, y en ejercicio de su poder tiene el

⁹ PUIG PEÑA, Federico, **Compendio de derecho civil español**, pág. 554.



derecho subjetivo de que el pueblo le tenga confianza; a su vez, para el pueblo se convierte en un deber jurídico tener confianza en el Estado.

De esta manera, cuando el Estado no cumple con los deberes asignados por la constitución, el pueblo, no obstante tener el deber jurídico de tener confianza en el Estado, principia a retirarle esa confianza a través de la resistencia legítima y pacífica garantizada por la Constitución. Sin embargo, cuando el Pueblo, luego de la resistencia con sus deberes, le retira la confianza, y cuando se pierde la confianza, se entra en una situación de irrespeto total al Estado. Este es el momento en que entra en crisis esa confianza pública que el pueblo tiene en el Estado.

El Estado tiene el derecho subjetivo, esto es, tiene la facultad de exigir del pueblo la confianza en el ejercicio del poder, lo cual implica que cumplirá con los deberes que como Estado, está obligado a cumplir. El Estado para el cumplimiento de esos deberes recurrirá a toda una estructura de gobierno que incluirá desde funcionarios de los organismos reconocidos constitucionalmente, hasta los funcionarios de menor jerarquía. De ahí, por qué cada uno de los integrantes del pueblo, debe tener confianza tanto en los Presidentes de los Organismos del Estado como en el cualesquiera de los funcionarios del Estado, ya que todos, teóricamente, tienen el deber de cumplir con los deberes que la Constitución garantiza. Esa confianza hacia el Estado, es precisamente la fe pública, la que se manifiesta jurídicamente a través de una manifestación colectiva y tácita de creencia.



Luego de este análisis, se puede establecer, entonces, cuál es la naturaleza jurídica de la fe pública. En efecto, el titular de la fe pública es el pueblo. El pueblo es quien tiene confianza (fe) en el Estado. Pero una vez constituido legítimamente el Estado, el pueblo tiene el deber de poseer confianza en el Estado.

No es que el pueblo le dé confianza al Estado como si le entregara una cosa para que el Estado se convierta en depositario. No, el poseer confianza en el Estado se traduce en una manifestación de creencia en él. Correlativamente, frente al pueblo, el Estado tiene un derecho subjetivo que también no consiste en pedir que se le entregue una cosa, sino que se haga algo a través de una manifestación de creencia.

Entonces, la fe pública debe verse como una virtud del pueblo que se exterioriza a través de una manifestación expresa o tácita de creencia. Para el pueblo, esa manifestación de creencia constituye un deber jurídico y para el Estado es un derecho subjetivo.

3.2. Definición

Se discute si la fe pública es un carácter, una calidad o un principio. Según Neri Muñoz la fe pública en definitiva es un principio real de derecho notarial, pues viniendo a ser como una patente de crédito que se necesita forzosamente para que la instrumentación pública sea respetada y tenida por cierta, se traduce por una realidad evidente.



En Guatemala, no es frecuente estudiar la fe pública como principio, sin embargo el código de notariado indica en el Artículo 1º. que el notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte. Se diría que es un atributo del notario.

Definimos la fe pública como aquella manifestación del estado publico delegada en ciertos funcionarios, los que una vez en posesión de sus cargos, tienen la facultad de dotar de autenticidad y fuerza legal a los instrumentos que autorizan.

Las definiciones son concurrentes en el punto de considerar a la fe pública como una verdad impuesta coactiva o imperativamente por el Estado, que obliga a los habitantes dar por ciertos o veraces determinados instrumentos o hechos. Los mismos deberán estar intervenidos o firmados por funcionarios, en cumplimiento de un marco de formalidades legales que garanticen su autenticidad.

Al decir de Cabanellas, la doctrina uniforme que se da en un buen número de tratados, llama fe pública a la calidad de documentos determinados, suscripto por funcionarios, cuyas aseveraciones, cumplidas determinadas formalidades tienen la virtud de garantizar la autenticidad de los hechos narrados y por consiguiente su validez y eficacia jurídica.

En definitiva se puede decir que la fe pública, entonces, es una manifestación expresa o tácita de creencia en el Estado, la cual constituye un deber jurídico del pueblo que consiste en darle credibilidad al Estado de que el mismo va a cumplir con los deberes que constitucionalmente tiene asignados; y para el Estado constituye un derecho



subjetivo, ya que puede exigir y de hecho exige, que el Pueblo tenga confianza en que está cumpliendo con los deberes que le han sido encomendados.

Posteriormente puede observarse que ese derecho de recibir la manifestación expresa o tácita de creencia en el Estado, el mismo Estado la delega en funcionarios de distinta naturaleza.

3.2.1. Requisitos

Siguiendo el criterio de Luis Carral y de Teresa,¹⁰ es posible enunciar los cuatro requisitos de la fe pública:

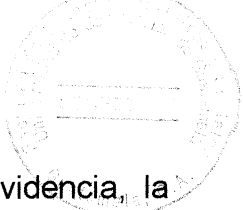
1. Una fase de evidencia lo que implica que el autor del documento sea persona pública, vea el hecho ajeno o que narre el hecho propio. La evidencia consiste, entonces, en que el autor vea por sí mismo el hecho ajeno o narre el propio.

El acto de evidencia puede producirse llanamente o revestido de solemnidad. En el primer caso se trata de un acto – hecho simple evidente pero que no trascenderá de eso.

2. En el segundo caso se está frente a un conjunto de garantías legales que aseguran la fiel percepción, expresión y conservación de los hechos históricos.

3. La fase de objetivación que consiste en que la fe pública que se da al acto quedará objetivada en un documento, el cual será para su autor, emancipada de él.

¹⁰ CARRAL Y DE TERESA, Luis, Ob. Cit; pág. 53



4. Por último, una fase de coetaneidad, lo cual consiste en que la evidencia, la solemnidad y la objetivación deben producirse al mismo tiempo.

3.3. Características o elementos

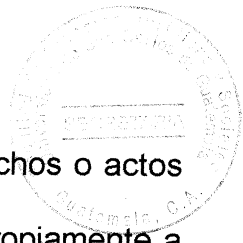
Son los componentes imprescindibles de todo acto jurídico, sin que la autonomía de la voluntad pueda soslayarlos, además, son los que permiten que un acto jurídico se concretice y pueda alcanzar su denominación distinguiéndose de otros actos jurídicos.

3.3.1. Exactitud

La fe pública supone exactitud, que lo narrado por el fedatario resulte fiel al hecho por él presenciado.

Carrica ha sostenido que la exactitud señala la relación verdadera existente entre el instrumento y la realidad, debido a que el primero recoge hechos y sucesos reales y veraces. Hace referencia a la igualdad entre lo dicho y lo actuado e instrumentado, así como asevera su cualidad de exacta fidelidad y adecuación de lo descrito, a lo acaecido. En este aspecto, la fe pública es la garantía de veracidad entre lo sucedido y lo narrado, o entre el hecho y lo relatado (que luego es recogido en un instrumento).

La exactitud, a pesar de su integridad puede dividirse esquemáticamente en:



a) **Exactitud natural:** Esta referida a la descripción total de uno o más hechos o actos enmarcados en determinados límites de tiempo y unidad de actos. Hace propiamente a su naturaleza ínsita y;

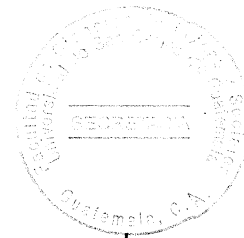
b) **Exactitud funcional:** Se circunscribe a lo que le interesa a la legislación sobre un tema o asunto específico.

3.3.2. Integridad

La fe pública supone integridad, es decir que lo narrado bajo fe pública se ubique en un tiempo y lugar determinado y se preserve en el tiempo sin alteración en su contenido.

Es la cualidad que garantiza la permanencia de lo documentado en un estado de completitud. Es la exactitud proyectada hacia el futuro. La integridad hace a la completitud e inmutabilidad. Como carácter de la fe pública, garantiza su permanencia indemne e irresoluta. Por tanto, los hechos auténticos propios del oficial público o pasados en su presencia, son inmutables y subsisten completos. Tampoco se extinguen ni se alteran por el paso del tiempo.

Realmente si a cada instante pudiese discutirse la autenticidad de los instrumentos públicos, de las leyes, de los decretos reglamentarios, de los documentos notariales o de las sentencias, los mismos carecerían de eficacia y perderían su fuerza legal.



3.4. Efectos de la fe pública

Los efectos jurídicos son todas aquellas consecuencias que tienen interés para el derecho en virtud de la realización de un acto, hecho o negocio jurídico. En este caso, entre los efectos de la fe pública se encuentran: a) probatorios y; b) obligacionales.

a) Probatorios

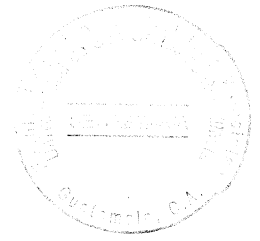
Se refieren a la eficacia y fuerza probatoria del instrumento público así como la facultad y cualidad que tiene el documento, de acreditar la autenticidad de todo lo narrado en él, hasta el triunfo de la argucia o falsedad (si correspondiere). La eficacia de la fe pública es erga omnes, pues no existe fe pública entre partes, y por ese motivo es oponible a terceros no relacionados con el documento en que se hubiere vertido dicha fe, ya que las manifestaciones que obraren bajo la cobran fuerza probatoria por sí mismas.

b) Obligacionales

Los mentados efectos hacen referencia a las prestaciones y a la relación obligacional, que las declaraciones de las partes constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan.

3.5. Clases de fe pública

Como se expuso anteriormente, la fe pública es la garantía que el Estado da en el sentido de que los hechos que interesan al derecho son verdaderos y auténticos. La misma se puede dividir de dos maneras: Atendiendo al sujeto u organismo que la realiza; y atendiendo a la forma de constatación.



3.5.1. Atendiendo al sujeto u organismo que la realiza

Esta clase de fe pública recaerá sobre quien la delegue el Estado, entre las cuales se encuentran las siguientes:

- **Administrativa**

Está constituida por el derecho que tiene cualquier funcionario público a recibir la manifestación expresa o tácita de creencia que tiene el pueblo en el Estado, concretamente en cuanto a los actos administrativos.

Tiene por objeto dar notoriedad y valor de hechos auténticos a los actos realizados por el Estado o por las personas de derecho público dotadas de soberanía, de autonomía o de jurisdicción. Se ejerce por medio de documentos expedidos por las autoridades mismas que ejercen la actividad administrativa en los que se consignan órdenes, comunicaciones y resoluciones de la administración pública. En ese sentido las resoluciones, decretos o dictámenes de la administración pública así como las certificaciones extendidas conforme las leyes, reglamentos y estatutos, están dotados de fe pública administrativa.

En Guatemala, la fe pública administrativa ha sido delegada por el Estado a funcionarios administrativos, secretarios, directores, jefes, oficiales mayores, etc., en algunos casos avalados por el superior jerárquico y en otros por sí mismos.



- **Legislativa**

Está constituida por el derecho que tiene el Organismo Legislativo a recibir la manifestación expresa o tácita de creencia que tiene el pueblo en el Estado, concretamente en cuanto a los actos puramente legislativos.

La fe pública legislativa tiene por objeto dar credibilidad a las disposiciones emanadas por el Organismo legislativo, mismas que pasan a ser leyes de la república. Esta fe pública la ostenta el Organismo Legislativo como tal y no en forma individual sus integrantes.

- **Judicial**

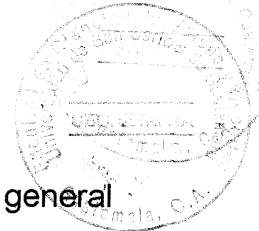
Está constituida por el derecho que tiene el secretario de los órganos jurisdiccionales a recibir la manifestación expresa o tácita de creencia que tiene el pueblo en el Estado, concretamente en cuanto a los actos jurisdiccionales.

- **Notarial**

Está constituida por el derecho que tienen los notarios de recibir la manifestación expresa o tácita de creencia que tiene el pueblo en el Estado, concretamente en cuanto a los actos notariales.

- **Generalidades**

La institución notarial tiene el especial privilegio de proveer de autenticidad y fe pública a muchos de los actos y contratos de carácter extrajudicial, y en fin de cuentas el notario



asume el rol de un testigo público veraz, dando por su medio al estado general precisamente fe pública.

Sin duda alguna, el ministerio notarial aspira a provocar la confianza pública respecto de los documentos en que se plasman declaraciones humanas que conlleven voluntad jurídica, así como investir de valor probatorio a tales instrumentos; de ello se colige que la fe pública que ejercita el notario constituye un elemento determinante y absoluto de confianza y garantía, en tanto que el atributo que infunde credibilidad al instrumento debidamente firmado y sellado, signos característicos e inequívocos de la autoridad y jerarquía de que está investido el notario.

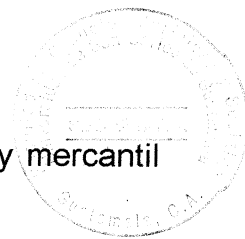
➤ **Fe pública notarial intra protocolo**

Entendiéndose por esta a la fe pública sustantiva o de fondo que el notario da de los instrumentos que facciona y autoriza dentro del registro notarial o protocolo notarial a su cargo, de conformidad con la ley. Esta fe pública trasciende a las copias o testimonios que concuerdan con tales instrumentos, en atención al principio de que lo accesorio sigue la naturaleza de su principal, "*accessorium sequitur natura sui principale*".

➤ **Fe pública notarial extra protocolo**

Es la fe pública que da el notario de todos los documentos notariales que facciona y autoriza fuera del protocolo o registro notarial a su cargo y que la ley no exige solemnizarlos en escritura pública, tales como las actas notariales en general, certificaciones, constancias, inventarios, la mayoría de actuaciones y resoluciones de la jurisdicción voluntaria desarrollada en sede notarial, etcétera, y hacen plena prueba, tal y

como lo preceptúa genéricamente el Artículo 186 del código procesal civil y mercantil guatemalteco.



En tales circunstancias, la autenticidad dada a todos los documentos aquí relacionados, participa de idénticos efectos de que goza todo instrumento público en el ámbito de la fe pública.

➤ **Definición de fe pública notarial**

Diversas y variadas son las definiciones de fe pública notarial (también denominada extrajudicial), dependiendo de cada uno de los autores que las han elaborado. A continuación se citan tres definiciones así, Rufino Larraud indica al respecto: “la fe pública notarial consiste en la potestad de asegurar la verdad de hechos y de actos jurídicos que constan a quien la ejerce y que, en virtud de sus aseveraciones, serán tenidos por auténticos mientras no se demuestre judicialmente su falsedad.”¹¹

González Palomino al respecto manifiesta: “La fe pública notarial consiste en la certeza y eficacia que da el poder público a los actos y contratos privados por medio de la autenticación de los notarios.”¹²

Bernardo Pérez del Castillo expresa que la fe pública notarial es una facultad del Estado otorgada por la ley. La fe del notario es pública porque proviene del Estado y porque tiene consecuencias que repercuten en la sociedad. La fe pública del notario significa la

¹¹ LARRAUD, Rufino, **Curso de derecho notarial**, pág. 91.

¹² GONZÁLEZ PALOMINO, Carlos Emérito, **Derecho notarial**. pág. 96.

capacidad para que aquello que certifica sea creíble. Esta función del notario contribuye al orden público, a la tranquilidad de la sociedad en que actúa, y da certeza que es una finalidad del derecho.

➤ **Naturaleza jurídica de la fe pública notarial**

La fe pública notarial, desde el punto de vista del estado, constituye una potestad, es decir un poder, autoridad o facultad que le permite delegar en el notario la función fedante; y desde el ámbito del Notario es un atributo, cualidad o derecho cuyo ejercicio se torna en el principal elemento de la función notarial, y en particular de la función autenticadora, ya que en virtud de la misma alcanza su plenitud el documento notarial, al quedar investido por medio de ella de una presunción de veracidad, así como de seguridad y valor. Frente a ello, la sociedad está obligada a creer, en forma expresa o en forma tácita, en la autenticidad de los documentos que son autorizados por el notario.

➤ **Característica de la fe pública notarial**

Emana de la soberanía del pueblo, quien la deposita en el Estado, el cual ya constituido se la confiere o delega al notario. Es parte integral de la fe pública en general, en su condición de atributo inherente a la soberanía. Es un atributo o cualidad que tiene el notario de infundir autenticidad y certeza a los documentos que produce.

Se traduce en la obligación que tiene la sociedad de creer en los documentos creados y autorizados por el notario. Es única y personal, pues como expresión de la soberanía nacional, no existe otro profesional ni funcionario alguno que pueda arrogarse su

ejercicio, es decir que compete exclusivamente al notario, y no puede ejercitarla quien no satisfaga los requisitos previstos en la ley.

Es indelegable, toda vez que el notario no puede delegarla ni adjudicarla en ninguna circunstancia o condición y bajo ningún título a otra persona. Es eminentemente extrajudicial ya que la misma se aplica dentro del ámbito de la fase normal del derecho, donde las voluntades de los particulares son concordantes.

Es autónoma, en tanto que el Notario no depende de ningún superior jerárquico que se constituya en contralor de su actuar profesional. El que hacer del notario carece de revisión o instancia posterior. En suma, la función notarial se inicia y concluye estrictamente ante el notario.

➤ **Valor probatorio que genera la fe pública notarial**

De conformidad con lo escrito por Lilían Graciela Steremberg, el valor probatorio es una cuestión tratada por la doctrina notarial toda vez que se alude al instrumento público, es inherente a su esencia, y sin duda es muy importante para la directa relación que tiene con figuras como: la nulidad, la falsedad y la simulación; que muy frecuentemente son utilizadas indistintamente. Para que un documento tenga dicho valor debe reunir los siguientes requisitos:

○ **Autenticación**

Constituye el mandamiento legal que ordena que se apruebe que un hecho o un acto jurídico existe ciertamente, en virtud de haber sido autorizado por un notario investido de fe pública; y por tanto, el documento notarial continente de la relación jurídica que se

genera a partir del hecho o acto, constituye una prueba anticipada (preprueba) de los derechos de las partes y la garantía de los terceros interesados.

- **Constatación**

La autenticidad de los documentos que autoriza el notario fundado en la fe pública notarial, y la posibilidad de ofrecer los mismos como medios de prueba, están determinadas por el procedimiento formal de percepción o constatación propio de la actividad profesional del notario, y de ello se deriva que el contenido de tales documentos configura una verdad que se funda en la afirmación de visu et auditu (visto y oído), lógicamente sujeto a la contingencia de alguna impugnación. En tal sentido el Artículo 186 del código procesal civil y mercantil establece en la parte conducente que: “Los documentos autorizados por notario..., producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redargüirlos de nulidad o falsedad...”.

- **Notoriedad**

El notario también puede autenticar hechos que aunque no le consten de vista y oído en forma directa, si puede dar fe notarial de los mismos en atención a su dominio colectivo o conocimiento popular. En la legislación guatemalteca, tal situación está contemplada expresamente para el caso de la denominada identificación de persona, concretamente en el Artículo 442 del código procesal civil y mercantil.

- **Fundamento legal de la fe pública notarial**

En este apartado resulta necesario dejar plasmado el fundamento constitucional de la fe pública, como pilar jerárquico superior para el ejercicio de la misma. Así, el Artículo 2º.

De la Constitución Política de la República de Guatemala preceptúa: “Deberes del Estado. Es deber del Estado garantizarle a los habitantes de la República la vida, la libertad, la justicia, la seguridad, la paz y el desarrollo integral de la persona.”. Destaca pues, en el precitado precepto que es un deber del Estado garantizar la seguridad de las personas, y una de las formas de lograrlo es a través de la certeza jurídica que le confiere a los hechos y actos la fe pública notarial.

Además, la fe pública se caracteriza por ser un atributo inherente a la soberanía, y al respecto el Artículo 141 constitucional regula: “Soberanía. La soberanía radica en el pueblo quien la delega, para su ejercicio, en los Organismos Legislativo, ejecutivo y Judicial...”. Las anteriores disposiciones indudablemente irradian sus efectos hacia el ámbito de la fe pública eminentemente notarial cuando en el Código de Notariado, Decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala se establece que: “Artículo 1º. El notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte.”; disposición que se complementa con lo establecido por el Artículo 60 del mismo cuerpo jurídico – normativo que literalmente reza: “El notario, en los actos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte, levantará actas notariales en las que hará constar los hechos que presencie y circunstancias que le consten”.

➤ **La ética y la fe pública notarial**

El notario está autorizado, de conformidad con la ley para dar fe, de los contratos y demás actos extrajudiciales, que son sometidos a su función. En el medio guatemalteco el notario como profesional consiente del papel que desempeña, es depositario de la fe

pública notarial, que ha adquirido desde el momento de obtener el título profesional de notario, esta misión encomendada tiene una gran importancia y del buen uso que se haga de la misma depende en gran parte la credibilidad que las personas depositan en los trámites en que intervenga el notario.

Desde el momento en que el notario se encuentra investido de fe pública notarial, tiene la obligación de que en todos los actos en los cuales se requieren sus servicios profesionales actúe únicamente con la verdad teniendo como base de todas sus actuaciones sus valores morales y principios de ética profesional.

En las distintas universidades del país, es necesario que el estudiante desde el inicio de su carrera pueda obtener principios sólidos sobre ética profesional y hacerle conciencia de la importancia del buen uso de la fe pública en todos los actos en los que sea requerido.

Resulta preocupante que en la actualidad se desconfía del notario y es este el tema central de la presente investigación, ya que no se le da el lugar que corresponde a este profesional del derecho y es por el mal uso que algunos notarios le han dado a la profesión, consecuencia de la falta de valores morales que deben regir la conducta humana y en especial la de los profesionales del derecho.

Tanto el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, asociaciones notariales y el Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial, les corresponde crear los mecanismos necesarios para que al notario se le devuelva la credibilidad en todos sus actos y atacar

públicamente todo acto que perjudique la dignidad del profesional del derecho, cuando éste actúe dentro del marco que le señala la ley.

La fe pública depositada en el notario debe de tenerse como verdadera en todos sus actos mientras no se compruebe lo contrario y en este sentido debe de jugar un papel muy importante el Tribunal de Honor que funciona en el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, el que tiene la obligación de velar por el fiel cumplimiento de los notarios en todas las funciones en las cuales se requiere sus servicios profesionales, y debe de castigar drásticamente a los notarios que hagan mal uso de la fe pública encomendada por cuya culpa se ha perdido la confianza depositada en el notario. El Tribunal de Honor debe de actuar siempre sin compadrazgos de ninguna clase y hacer público como medio de castigo el nombre del notario a quien se le ha confirmado su participación en actos fuera de la ley.

En el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, se establecen los siguientes principios:

- “Artículo 1.- El abogado debe ser un servidor de la justicia y un colaborador de su administración.
- Artículo 2.- Guardar el secreto profesional, constituye un deber y un derecho para el abogado.
- Artículo 3.- El abogado debe de obrar con honradez y buena fe”. De lo cual puede deducirse que dado que para obtener el título de notario es necesario obtener el título de abogado, el encuadramiento de la persona del abogado previsto en los Artículos

precitados incluyen al notario, pudiendo establecerse que el notario debe obrar con honradez y buena fe, tal como está previsto en el código referido.

La fe pública de la cual el notario es depositario debe ser utilizada éticamente, dado que el uso no ético que algunos notarios han hecho de ella ha degenerado la condición fedante del notario al grado que muchas instituciones y personas particulares desconfían de la certeza y la verdad de las actuaciones notariales.

- **Registral**

Está constituida por el derecho que tienen los funcionarios competentes de los registros públicos a recibir la manifestación expresa o tácita de creencia que tiene el pueblo en el Estado, concretamente en cuanto a los actos y hechos inscritos en los respectivos registros.

La fe pública registral la poseen los registradores, para certificar la inscripción de un acto que consta en un registro público, el cual tiene autenticidad y fuerza probatoria desde que fue inscrito, en el caso de Guatemala existen muchos registros públicos como el de la propiedad, mercantil, civil, etc.

3.5.2. Atendiendo a la forma de constatación

Esta es otra clase de fe pública y se refiere a la forma en cómo se puede comprobar un hecho o constar su autenticidad y que el acto o hecho jurídico es de la forma en que se está expresando, la cual puede ser: a) fe pública originaria; y b) fe pública derivada.

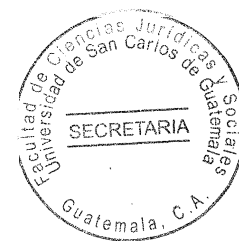
- **Fe pública originaria**

Se da cuando el hecho se traslada al papel en forma de narración, captando directa y coetáneamente por la vista y el oído del funcionario “de visu et uditu suis sensibus”. Se trata de un documento directo (percibido por los sentidos del funcionario) e inmediato (narrado en el mismo momento).

- **Fe pública derivada**

Es aquella en la que el funcionario no actúa sobre hechos, cosas o personas, sino únicamente sobre otros documentos. El hecho sometido a la “videncia” del funcionario es otro documento preexistente. Se trata de fe pública derivada cuando vemos la fórmula “concuerta con su original” u otra semejante.

CAPÍTULO IV



4. Derecho comparado

Es una técnica para estudiar el derecho, caracterizada por contrastar instituciones o figuras jurídicas de distintos ordenamientos con el fin de profundizar en el conocimiento del ordenamiento propio. Así, la comparación de las reglas de filiación vigentes en Francia con las españolas; sin embargo, se considera más fecundo el contraste entre figuras o instituciones de ordenamientos pertenecientes a distintas familias de derecho. En este sentido, un contraste de gran interés para los ordenamientos de la familia romano-germánica, es el practicado con los ordenamientos de la otra gran familia de derechos occidentales: derecho angloamericano o familia del *common law*.

El derecho comparado consiste en el estudio de las diversas instituciones jurídicas a través de las legislaciones positivas y vigentes en distintos países.

Importancia y virtualidades del derecho comparado: dos concepciones diferentes se han esbozado respecto del carácter de esta ciencia. Para unos autores-es la concepción de Saleilles-, el derecho comparado es una disciplina auxiliar del derecho nacional positivo, que contribuye a reforzar las soluciones de este o insinuar sus cambios. Para otros autores -es la concepción de Lambert-, es una ciencia principal, autónoma, que pone de relieve el fondo común de las diversas legislaciones positivas, con lo que permite alcanzar el conocimiento de las leyes de la evolución de dichas legislaciones,

las finalidades perseguidas y la existencia de principios que reciben una adhesión más o menos numerosa.

Desde este punto de vista es incuestionable la importancia del derecho comparado, tanto más cuanto la evolución social y económica de los pueblos se orienta hacia un tráfico cada vez más frecuente de personas, ideas y bienes.

Corresponde señalar las orientaciones metodológicas en la investigación referente al derecho comparado:

- a)** investigación restringida a legislaciones de similar afinidad cultural;
- b)** investigación amplia a través de toda clase de legislaciones.

En general, se acepta como método apropiado el primero de los mencionados, pues ningún rigor científico puede esperarse de investigaciones que indiscriminadamente computan los datos provenientes de legislaciones carentes de homogeneidad cultural.

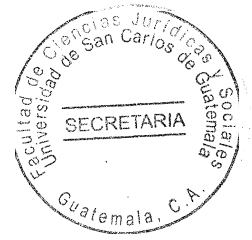
Considerado el derecho comparado como fuente de derecho, sólo tiene el valor de elemento corroborante de la solución indicada por otro medio de expresión del derecho nacional. Pero, en cambio, si se trata de considerarlo como factor computable en trance de sancionar la ley especialmente elaborar un código, entonces el derecho comparado suministra un aporte de inapreciable valor, como ocurre cuando se trata de formar opinión sobre la inhabilitación del prodigo o sobre la conveniencia de adoptar la lesión enorme, tópicos sobre la cuales la experiencia del derecho comparado sugiere una orientación definida que no debe ser desatendida.

La utilidad del derecho comparado es variada, tanto para la doctrina como para la jurisprudencia y el legislador.

- La doctrina jurídica estudia con detenimiento casos de otros ordenamientos para realizar su estudio y comentario del derecho vigente.
- La jurisprudencia en ocasiones acude al derecho comparado para interpretar las normas jurídicas. En este sentido se trata de aplicar una analogía amplia, a nivel internacional, para interpretar la ley interna.
- El legislador suele tomar ideas y modelos del exterior, para implantarlos en nuevas leyes que buscan solucionar problemas que se plantean localmente. Puede ser categorizado como la recopilación de información para hacer comparaciones tal laboral, penal, mercantil y civil.

Así, el derecho comparado comprende tanto el proceso metodológico mismo de la comparación como los resultantes procesos de análisis, equiparación e incluso homologación de los aspectos comparados, como un problema dado, propuestas de solución.

Actualmente, el interés en el derecho comparado rebasa el ámbito meramente académico y se extiende hacia horizontes prácticos.



4.1. Antecedentes

Innegable es creer que el hombre antiguo como el hombre actual no estuviera intrigado y sintiera la necesidad de indagar como se aplicaba la justicia en los otros pueblos, pero sobre todo en pueblos más próximos.

Por lo tanto, siempre existió un inusitado interés por conocer y estudiar el derecho extranjero, apelando con mucha frecuencia a juristas y a métodos comparativos. Se cree que según la tradición, las leyes de salón el ateniense que llegó hacer uno de los siete sabios de Grecia, y la ley de las doce tablas, fueron procedidas por investigaciones muy acorde al derecho comparado.

La comparación de las costumbres permitió y dio luz a los antiguos juristas Franceses a formular los principios rudimentarios de un derecho común y consuetudinario. En el caso de Alemania, y su derecho privado alemán, también en Inglaterra se compararon el *common law* y el derecho canónico. En esos primeros tiempos no se usaba la expresión "derecho comparado".

Fue a partir de la segunda mitad del siglo XIX específicamente en 1869, y en algunos casos, a partir del siglo XX, cuando comienza a tener fundamento y a verse la utilidad de los estudios del derecho comparado.

La comparación de los Sistemas Jurídicos hasta ese entonces se había hecho de una forma circunstancial y sin una especificación especial. En Alemania, el jurisconsulto

Shering no tuvo dudas en proclamar que el derecho comparado constituiría para los juristas el método del porvenir.

El éxito del derecho comparado hoy, se le atribuye a la necesidad que experimentaron los juristas, después de "superar" los signos nacionalistas, volviendo al universalismo que es el atributo principal de toda ciencia.

Al producirse en Francia la compilación y codificación napoleónica, esto atrajo la creencia de que gracias a las nuevas compilaciones el derecho natural había alcanzado la formulación definitiva con un valor "universal".

Creando una percepción de que los demás pueblos no tenían más que copiar el modelo que les ofrecía. En ese entonces los franceses "con problemas solo tenían que acudir a los códigos para hallar solución a sus problemas". Visto desde esa perspectiva no quedó lugar para implementar el derecho comparado. Ya que la doctrina se inspiraba en la célebre frase del jurista Beugnet, que decía: "no enseñe el derecho civil; solo conozco el Código de Napoleón".

Cierto es que algunos Estados de Europa y también de América Latina promulgaron o se propusieron promulgar a mediados del siglo XIX códigos con ciertos perfiles que se diferenciaban del modelo napoleónico.

Es la época en que hace su aparición el derecho comparado bajo el nombre de "Legislación comparada". Estudiándose los nuevos códigos, aunque no se tratara de descubrir en ellos el derecho, y en el tiempo y la conciencia éste se confundiría se

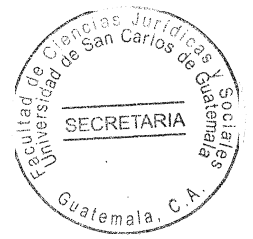
confundiera con la ley, porque para los franceses el derecho solo podía encontrarse en los códigos y las leyes francesas.

Se cree que ese estudio pudo proporcionar desde el punto de vista político y de la ciencia jurídica, sugerencias para perfeccionar las leyes francesas. Y con ese espíritu se creó en Francia en 1869 la sociedad de legislación comparada, y en el mismo orden una oficina de legislación extranjera en 1876, en el seno del Ministerio de Justicia, con el objetivo de informar a los magistrados sobre sistemas jurídicos extranjeros.

En esa oficina se hacían las comparaciones de las leyes mediante una publicación de las traducciones de los códigos y leyes extranjeras. La legislación comparada debía servir esencialmente, según la norma de la época, para perfeccionar los códigos y las leyes. El interés de la comparación se limitó a los sistemas jurídicos, incluyendo los derechos que se basaban en una tradición romanista que se adhirió a la fórmula a la fórmula de la codificación.

En el año 1900 en ocasión de celebrarse en Francia el primer congreso internacional de derecho comparado participando en el congreso juristas de Europa Continental, solo un inglés, Sir Frederick Pollock, representó al mundo de tradición jurídica inglesa.

En las discusiones del Congreso Primero del derecho comparado en torno a su naturaleza y el objeto del derecho, en definitiva surgió una idea matriz que decía: El objeto del derecho comparado es lograr la creación de un derecho común legislativo, el derecho del siglo XX, común a toda la humanidad civilizada.



4.2. Derecho romano

La enseñanza del derecho romano sufrió una evolución, y varias escuelas se sucedieron una a otras, y cada una utilizando sus propios métodos persiguiendo propósitos diferentes.

La primera escuela fue la escuela de los glosadores, que busco explicar el sentido original de las leyes romanas, según aparecían en el Digesto de Justiniano 1533, que fue una recopilación metódica del derecho, y la más célebre.

Luego surgió la escuela de los post glosadores siglo XIV, que se propuso hacer una elección rigurosa del derecho romano y al mismo tiempo sintetiza su exposición, para diferenciarse del notable caos, que según ellos, existía en el digesto o compilaciones justinianas.

Esta escuela proponía que los juristas no buscarán más soluciones romanas, pero si utilizaran los textos romanos para buscar soluciones que se adaptaran a la sociedad de la época. A ese derecho romano renovado y diferente al tradicional se les llamó Usus Modernus Pandectarum.

La última escuela fue la del derecho natural, que apartó las enseñanzas de las fuentes de Justiniano para convertirse en derecho sistemático, fundamentado en la razón y con vocación para ser aplicado universitariamente. La importancia de esta última escuela está en que fue la precursora de la elaboración y del estudio del derecho

público que dio efectividad a los derechos naturales del hombre y garantizando las libertades de las personas.

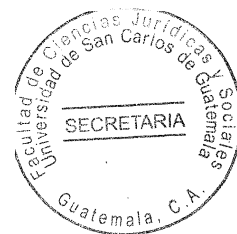
4.3. Características

Las características son los detalles o elementos que lo hacen diferente a los demás, por ejemplo en otra sede estudiamos las del derecho empresarial, Artículo que fue publicado en internet y será publicado en el tratado de derecho empresarial del cual es autor el autor del presente, es decir, un tema importante es el presente, sin embargo ha sido descuidado, todo porque la mayor parte de las investigaciones y publicaciones utilizan el método dogmático y no el funcionalista, lo cual debe ocasionar los estudios correspondientes por parte de los jurisconsultos.

En todo trabajo de investigación y publicaciones deben estudiarse las características, lo cual permitirá conocer mejor el tema estudiado. Las características del derecho comparado son las siguientes:

a) Es una disciplina jurídica

El derecho comparado es una disciplina jurídica, dejando constancia que las disciplinas jurídicas en algunos casos son además ramas del derecho, como por ejemplo el derecho civil, penal, administrativo, procesal, registral, notarial, entre otras. Es decir, en todos los casos nos estamos refiriendo a disciplinas jurídicas.



b) No es una rama del derecho

El derecho comparado no es una rama del derecho porque es sólo disciplina jurídica. Igualmente no son ramas del derecho, sino únicamente disciplinas jurídicas: la metodología de la investigación jurídica, sociología jurídica, axiología jurídica, entre otras.

c) Es de reciente creación

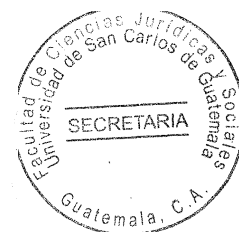
El derecho comparado es de reciente creación, por ejemplo el primer congreso internacional de derecho comparado de París, fue de 1900. El cual constituye uno de los antecedentes más antiguos del actual derecho comparado, por ello conviene estudiar estos temas a profundidad a efecto de no ser inducido a error con información parcial.

d) Es interno y externo

El derecho comparado es interno y externo, porque en el primer caso se puede comparar el derecho peruano, y en el segundo el derecho italiano. Es decir, cuando se comparara derecho interno sería el caso del derecho peruano y es derecho externo cuando se compara derecho de otros países.

e) Algunas oportunidades son internacionales

El derecho comparado en algunos casos es internacional, por ejemplo cuando se compara los derechos de varios países. En tal sentido si se compara el derecho de siete o veinte países es claro que estamos ante derecho internacional, lo cual ha sido poco estudiado por parte de los tratadistas, aún más en el caso de los comparatistas o comparativistas.



f) Utiliza el método comparativo.

El derecho comparado utiliza el método comparativo, por lo cual sólo esta disciplina jurídica utiliza el método en mención. Este método no sólo es utilizado en el derecho sino también en otras ramas del conocimiento humano como por ejemplo en la medicina, sociología, axiología, entre otras, todo lo cual debe ser materia de estudio como las indicadas o también como fuentes del derecho.

g) Algunas oportunidades proponen recepciones

El derecho comparado propone recepciones, por ejemplo propuso modificaciones cuando se sustituyó algunas normas jurídicas en el derecho actual. Es decir, las recepciones consisten en agregar partes pequeñas al derecho, como por ejemplo cuando se incluye una excepción procesal al derecho peruano.

h) Algunas oportunidades proponen trasplantes

El derecho comparado algunas oportunidades propone trasplantes, por ejemplo propuso trasplantes cuando se sustituyó algunas normas jurídicas. En tal sentido estamos ante supuestos de trasplantes cuando se incluyen al derecho un tema extenso, como podría ser el caso de un código, como lo fue en su tiempo el código civil peruano de 1852.

i) Algunas oportunidades practica recepciones

El derecho comparado algunas oportunidades practica recepciones, por ejemplo cuando se recepcionó en parte el código civil napoleón de 1804 al derecho peruano. Es decir, el derecho comparado algunas oportunidades agregar partes pequeñas de un derecho a otro, por ejemplo del derecho italiano al derecho peruano o del derecho societario al

derecho civil, o del derecho civil al derecho societario, o del derecho societario italiano al derecho civil peruano, todo lo cual debe ser materia de estudio por parte de los tratadistas.

j) Algunas oportunidades practicas trasplantes

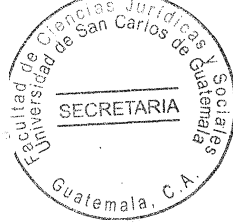
El derecho comparado algunas oportunidades practica trasplantes, por ejemplo cuando se trasplantó al derecho peruano el auto de saneamiento procesal del derecho brasileño al derecho peruano. Es decir, el derecho comparado algunas oportunidades agrega partes grandes al derecho del mismo país o de otro país.

k) Algunas oportunidades aplican macro comparaciones

El derecho comparado algunas oportunidades aplica macro comparaciones, por ejemplo cuando se compara los códigos civiles en el derecho peruano y español. El derecho comparado cuando hace macro comparaciones alguna vez compara códigos y otras leyes por entero, o toda una rama del derecho como por ejemplo el derecho cambiario o el derecho cartular o el derecho societario, o el derecho procesal o el derecho civil, entre otras.

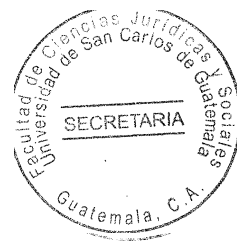
l) Algunas oportunidades aplican micro comparaciones

El derecho comparado algunas oportunidades aplica micro comparaciones por ejemplo cuando se compara la posesión en dos derechos o en el derecho de tres estados. El derecho comparado cuando practica micro comparaciones alguna vez compara dos Artículos de una ley, o sólo una parte de una institución jurídica, entre otros supuestos, lo cual es conocido por parte de los tratadistas.



Estos son los criterios de todos los caracteres del derecho comparado, sin embargo, no se pretende crear dogmas sino que estos apuntes quizá deban tenerse en cuenta para posteriores estudio no sólo en Perú, sino también en el derecho extranjero.

CAPÍTULO V



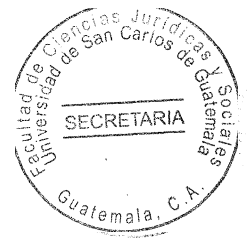
5. Vulnerabilidad de la fe pública notarial, como consecuencia del otorgamiento del testamento común cerrado en la legislación guatemalteca

El problema que se investiga se aborda desde un punto de vista jurídico, legal, económico, social y cultural, ya que en primera instancia, el Notario guatemalteco debe revestir de veracidad un documento que él mismo no ha redactado, pudiendo quedar en entredicha la fe pública que el mismo Estado le ha otorgado, ya sea por estar redactado de una forma inadecuada, ya que en Guatemala existe un alto índice de analfabetismo, o por carecer de requisitos esenciales para su validez, e inclusive ser objeto de nulidad. Así como los grandes costos en que incurren los otorgantes, en comparación con los costos de un testamento común abierto.

5.1. Base legal

La base legal del testamento común cerrado se encuentra regulada en el código civil Decreto – Ley 106, de los Artículos 954, 959 al 964, y así se puede definir al testamento común cerrado de la siguiente manera: Es el documento por medio del cual el testador, sin revelar su última voluntad, manifiesta, en presencia del notario y los testigos que han de autenticar y dar fe del acto, que la voluntad se encuentra contenido en el pliego cerrado y sellado que para el efecto presenta.

De la definición anterior se puede desglosarla en dos fases distintas y que se complementan entre sí.



5.1.1. Privada

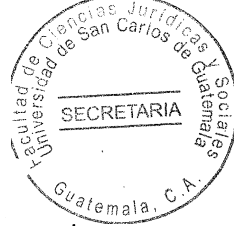
Se refiere a la redacción propia del documento de última voluntad, ya sea por el testador o que lo haya redactado otra persona a su ruego y;

5.1.2. Pública

Está constituida por el propio hecho del otorgamiento en el cual intervienen el notario y los testigos.

En consecuencia de lo anterior, se puede inferir que el notario robustece de veracidad lo escrito por el testador, sin tener un conocimiento real de lo contenido en el documento más que lo declarado por el otorgante y sus testigos. Según la doctrina la fe pública es esa certeza, eficacia, firmeza, asentimiento o verdad que tiene el poder público representado por el notario cuando éste interviene en cada acto, documento o contrato. Es la autoridad legítima para que otorgue autenticidad en la relación de verdad entre lo dicho, lo ocurrido y lo documentado. Por lo que cabe mencionar que el otorgamiento y autorización del testamento común cerrado, viola varios caracteres de la fe pública notarial, que podría ser causa de nulidad, por ejemplo la falta de certeza jurídica por parte del notario en relación a lo contenido en el documento a autorizar.

Por lo tanto, es menester reformar, modificar la normativa, o incluso derogar o suprimir del cuerpo legal en mención, lo relacionado con el testamento común cerrado, ya que vulnera no solo la fe pública del notario, sino también los altos costos para su otorgamiento.

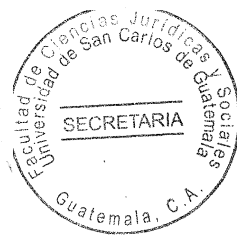


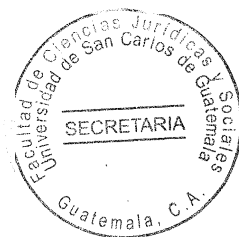
En Guatemala, la legislación actual respecto a la forma de testar, en este caso la llamada cerrada, no está acorde a la época que vivimos, ya que por la poca seguridad jurídica que se les otorga, tanto al testador como al notario, ha dejado, como consecuencia, una norma vigente pero no positiva.

Lejos de ser un instrumento de ayuda al notario, se puede, luego de esta investigación, inferir que está en desuso por la misma ineficacia que conlleva otorgarlo, desde el punto de vista jurídico, como la dificultad que puede suponer la redacción para las personas que no tengan estudios en la materia.

El Código Civil guatemalteco, en los Artículos 954 y del 959 al 965, nos da las formalidades a seguir para el otorgamiento del mencionado testamento, pero no otorga seguridad alguna respecto a que la fe pública no sea vulnerada, ni que lo escrito dentro del sobre, entiéndase el documento escrito por el testador, será la voluntad real del otorgante, ya que pueden darse vicios a la voluntad de la persona, así como la poca seguridad en relación a la guarda y custodia del testamento.

La vulneración de la fe pública, los constantes cambios en la legislación guatemalteca, así como el pago de honorarios profesionales y el aumento del costo de vida, deja a esta forma de testar sin utilización alguna, por lo que no tiene sentido que siga teniendo vigencia, por lo que se hace necesario derogar tal forma de otorgar acto de última voluntad de esa forma.



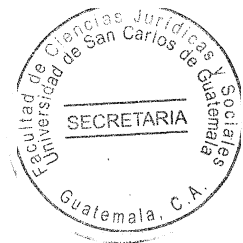


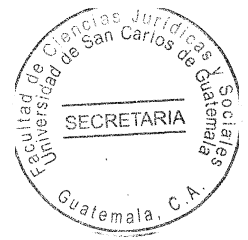
CONCLUSIÓN DISCURSIVA

El testamento común cerrado, como se sabe, es redactado por el mismo otorgante o por otra persona a ruego de ésta, así como la autorización por parte del notario, quien es el encargado de darle validez, no sólo vulnera la fe pública sino que, además, ese documento podría ser objeto de frecuentes procedimientos judiciales de nulidad, por lo que crea también inseguridad al testador y a los herederos o legatarios.

Al vulnerar la fe pública notarial, así como los cambios en la legislación guatemalteca, y el pago de honorarios profesionales, y esa forma de testar no se encuentra acorde a la época en que se vive, ya que, por la poca seguridad jurídica que se les otorga, tanto al testador como al notario, ha dejado, una norma vigente pero no positiva, por lo que no tiene sentido que siga teniendo vigencia; por lo que, se hace necesario derogar tal forma de otorgar acto de última voluntad de esa forma.

En virtud de lo anterior, se realizó un trabajo doctrinario, jurídico y social; con el fin de proponer una reforma al Código Civil, Decreto Ley 106, para que los artículos los cuales se encuentra regulado el testamento común cerrado, sean derogados del cuerpo en mención, o crear reformas a la norma jurídica para proteger, tanto al notario como al testador, no solo en el otorgamiento y autorización, sino también en la custodia del testamento, previo a la muerte del testador.





BIBLIOGRAFÍA

AGUILAR GUERRA, Vladimir Osman, **Derecho de sucesiones**, 4ª. Edición. Guatemala: Litografía Orión, 2000.

BRAÑAS, Alfonso, **Manual de derecho civil**, 1ª. Ed. Guatemala: Editorial estudiantil Fénix, 1998.

<http://dnotarial.blogspot.com/2008/05/fe-publica.html>

https://es.wikipedia.org/wiki/Derecho_comparado

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/derecho-comparado/derecho-comparado.htm>

<http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/fuentes-del-derecho-civil/fuentes-del-derecho-civil.htm>

<http://www.monografias.com/trabajos82/fe-publica/fe-publica3.shtml#tiposdefea#ixzz3tetOwzb6>

LÓPEZ AGUILAR, Santiago, **Introducción al estudio del derecho**, 5ª. Ed. Guatemala: Editorial estudiantil FÉNIX, 2002.

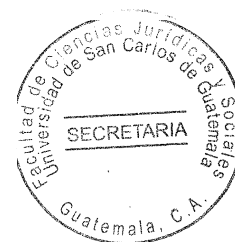
MUÑOZ, Nery Roberto, **Introducción al estudio del derecho notarial**, 2ª. Ed. Guatemala: Ediciones Mayte, 1991.



PEREIRA OROZCO, Alberto, **Introducción al estudio del derecho I**, 3ª. Ed.
Guatemala: Ediciones de Pereira, 2003.

PUIG PEÑA, Federico, **Compendio de derecho civil español**, 3ª. Ed. Madrid, España:
Ediciones Pirámide, S.A., 1976.

Legislación



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

Código Civil. Decreto Ley 106, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1964.

Código de Notariado. Decreto 314, Juan José Arévalo Bermejo, Presidente Constitucional de la República de Guatemala, 1946.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto Ley 107, Enrique Peralta Azurdia, Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1971.