

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

The seal of the University of San Carlos of Guatemala is a large, circular emblem. It features a central shield with a figure of a saint (likely St. Charles) seated and holding a book. Above the shield is a crown. The shield is flanked by two lions and two castles. The entire emblem is encircled by a Latin inscription: "ORBIS CONSPICUA CAROLINA ACADÉMIA COACTEMALENSIS INTER CÆTERA".

**DETERMINAR LA VALIDEZ JURÍDICA DE QUE EL TESTADOR MANIFIESTE DE
PALABRA SU ÚLTIMA VOLUNTAD**

MARÍA DEL ROSARIO VELÁSQUEZ GIL

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2024

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

**DETERMINAR LA VALIDEZ JURÍDICA DE QUE EL TESTADOR MANIFIESTE DE
PALABRA SU ÚLTIMA VOLUNTAD**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

MARÍA DEL ROSARIO VELÁSQUEZ GIL

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

Guatemala, octubre de 2024

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

DECANO: M.Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras

VOCAL I: Vacante

VOCAL II: Lic. Rodolfo Barahona Jácome

VOCAL III: Lic. Helmer Rolando Reyes García

VOCAL IV: Lic. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera

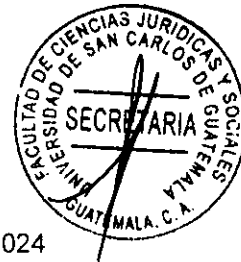
VOCAL V: Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar

SECRETARIO: Lic. Wilfredo Eliú Ramos Leonor

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



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala



D. NOM. 21-2024

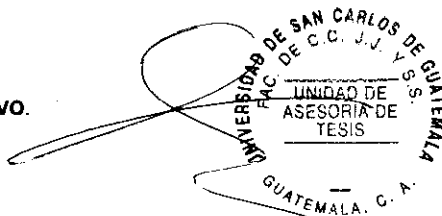
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Unidad de Asesoría de Tesis. Ciudad de Guatemala
veintiséis de enero de 2024.

Atentamente pase al (a) Profesional. ELMAN ARTURO OROZCO LOPEZ
_____, para que proceda a asesorar el trabajo de tesis del (a) estudiante
MARÍA DEL ROSARIO VELÁSQUEZ GIL, con carné 9716634,
intitulado DETERMINAR LA VALIDÉZ JURÍDICA DE QUE EL TESTADOR MANIFIESTE DE
PALABRA SU ÚLTIMA VOLUNTAD

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 su tesis propuesto.

El dictamen correspondiente se debe emitir en un plazo de 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.

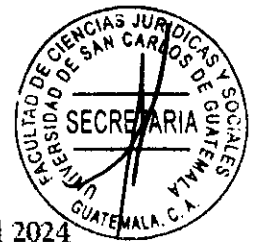


CARLOS EBERTITO HERRERA RECINOS
Jefe (a) de la Unidad de Asesoría de Tesis

Fecha de recepción 29 Enero 2024 n _____

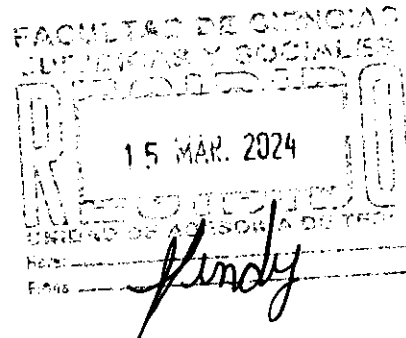
Elman Arturo Orozco López
Asesor (a)
(Firma y Sello)
Lic. Elman Arturo Orozco López
ABOGADO Y NOTARIO





Guatemala, 13 de marzo del 2024

Dr.
Carlos Ebertito Herrera Recinos
Jefe de la Unidad de asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Su despacho.

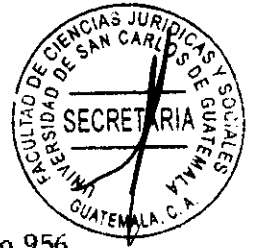


Respetable Dr. Herrera:

De conformidad con su oficio de fecha veintitrés de septiembre del año dos mil veintiuno, me permito informar a usted que he **ASESORADO** el trabajo de tesis de la bachiller **MARÍA DEL ROSARIO VELÁSQUEZ GIL**, su **trabajo de tesis** intitulado **"DETERMINAR LA VALIDÉZ JURÍDICA DE QUE EL TESTADOR MANIFIESTE DE PALABRA SU ÚLTIMA VOLUNTAD"**. Haciendo constar que **se han realizado todas las observaciones recomendadas**, y en virtud de lo analizado me permito emitir el siguiente.

DICTAMEN:

- I. En el contenido científico y técnico de la tesis, la estudiante analizó la función y determinación de los efectos jurídicos y sociales cuando no se aplica y se determine de palabra la voluntad del testador.
- II. La estudiante utilizó suficientes referencias acorde al tema en cuestión, por lo que considero que resguardó el derecho de autor, elemento indispensable a tomar en cuenta para el desarrollo de la investigación. Me encargue de guiarla en las etapas correspondientes al proceso de investigación científica.
- III. En la investigación, la bachiller utilizó los siguientes métodos: el analítico permitió estudiar las consecuencias jurídicas y sociales positivas cuando el testador de palabra ratifica su última voluntad en el testamento; el de síntesis se aplicó al determinar la eficacia de la manifestación expresa de la última voluntad del testador; y el inductivo permitió estudiar la importancia de la aplicación expresa y de palabra de la última voluntad del testador.
- IV. En cuanto al desarrollo de los capítulos, la estudiante desarrolló adecuadamente cada uno, en virtud que aportó el contenido necesario acorde a la investigación.



- V. En la conclusión discursiva la bachiller hace alusión a la reforma al Artículo 956 del Código Civil en relación a la necesidad de que el testador exprese de palabra para ratificar su última voluntad.
- VI. Declaró que no soy pariente dentro de los grados de ley de la estudiante y otras consideraciones que estime pertinentes y que puedan afectar la objetividad del presente dictamen.

Considero que el trabajo de tesis de la bachiller MARÍA DEL ROSARIO VELÁSQUEZ GIL. Efectivamente reúne los requisitos de carácter legal, por tal motivo que me permito emitir **DICTAMEN FAVORABLE** de conformidad con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Artículo treinta y uno (31) del normativo para elaboración de tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

Sin otro particular, me suscribo de usted, con muestras de consideración y respeto,

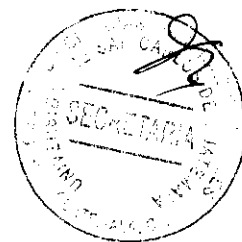
"ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Lic. Elman Arturo Orozco López
Colegiado 14307.

Lic. Elman Arturo Orozco López
ABOGADO Y NOTARIO



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

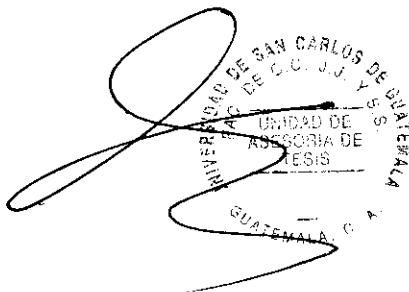


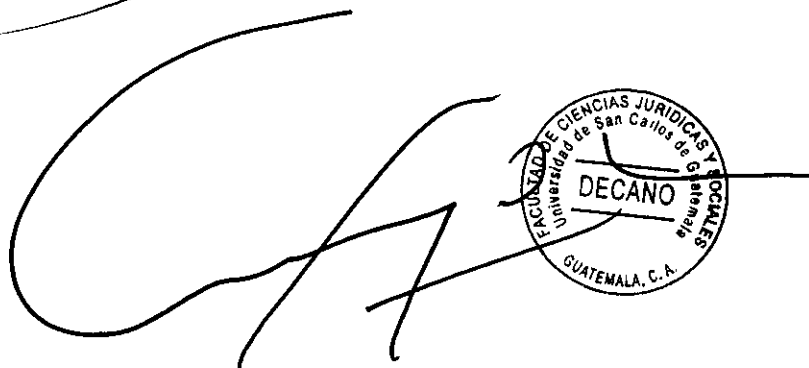
D.ORD. 600-2024

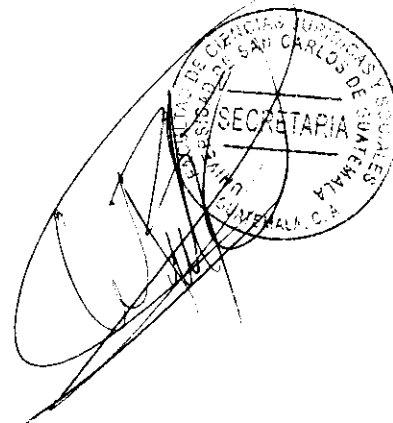
Decanatura de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, seis de junio de dos mil veinticuatro.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis del estudiante, **MARIA DEL ROSARIO VELÁSQUEZ GIL**, titulado **DETERMINAR LA VALIDEZ JURÍDICA DE QUE EL TESTADOR MANIFIESTE DE PALABRA SU ÚLTIMA VOLUNTAD**. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.

HMAC/JIMR


UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
UNIDAD DE ASesoría DE TESIS
GUATEMALA, C.A.


FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
Universidad de San Carlos de Guatemala
DECANO
GUATEMALA, C.A.


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





DEDICATORIA

A DIOS:

Fuente infinita de sabiduría, gracias por darme la vida, gracias por tu gran amor

A MI PADRE:

Modesto Velásquez Pocón, **Q.E.P.D.** En los años que tuve la bendición de compartir con él, me enseñó a no rendirme, a lograr mis objetivos y metas propuestas.

A MI MADRE:

Claudia Gil Cabrera, **Q.E.P.D.** bendita por traerme al mundo, por hacer de mí, una mujer de bien, por enseñarme que el esfuerzo constante es el medio para alcanzar los sueños, por tu apoyo incondicional, sea este triunfo dedicado a ti, madrecita adorada.

A MIS HERMANOS:

Clara Luz Velásquez Gil, **Q.E.P.D.** Carlos Roberto Velásquez Gil, Manuel de Jesús Velásquez Gil, Claudia Carina Velásquez Gil, mil palabras no bastarían para expresarles mi cariño y amor fraternal, agradezco su apoyo, porque a pesar de tener un camino lleno de tropiezos lo superamos juntos.

A MIS AMIGOS:

Gracias por los momentos compartidos y por toda su ayuda.

A:

La Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la tricentenaria Universidad de San Carlos de Guatemala, casa de estudios que me abrió las puertas y me proveyó de docentes idóneos y capacitados, instruyéndome académicamente con métodos estrategias actuales de enseñanza que permitieron formarme profesionalmente.



A:

La Universidad de San Carlos de Guatemala, alma mater
que albergó durante todo este tiempo, mis sueños de
estudiante y superación, cuna de conocimiento, gracias
por haberme permitido el honor de formarme en sus
gloriosas aulas.

A USTED:

Por su presencia.

PRESENTACIÓN

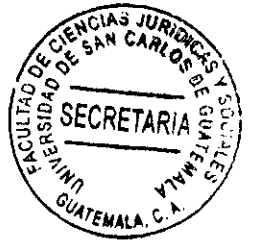


El trabajo de tesis es una investigación cualitativa que pertenece a la rama del derecho notarial relacionado con la validez jurídica de la última voluntad del testador expresada de palabra ante el notario y los dos testigos ordenados legalmente, pues se trata de caracterizar las limitaciones que enfrenta la existencia de esa voluntad, especialmente luego de fallecido el causante, cuando los presuntos herederos reclaman que de acuerdo a los deseos expresados en vida por el testador los mismos no quedaron plasmados en el instrumento público que contiene el testamento.

El contenido diacrónico de la investigación se realizó en el período de cinco años, desde el año 2016 al año 2020, mientras que el sincrónico se investigó sobre la validez jurídica de que el testador manifieste de palabra su última voluntad, principalmente porque está disponiendo del todo o parte de sus bienes para después de su muerte; asimismo, el espacio o lugar en que se llevó a cabo la investigación fue la ciudad capital de Guatemala.

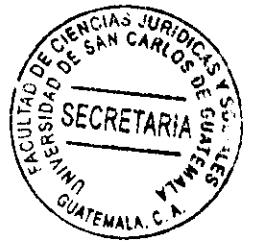
Los sujetos de estudio fueron: el notario, los testigos y el testador; mientras que el objeto de estudio fue el testamento común abierto que el Código Civil regula para la declaración de última voluntad sobre la disposición de los bienes de una persona para después de su muerte; siendo el aporte académico orientado a exponer la falta de veracidad o validez jurídica de la manifestación de palabra de la última voluntad del testador, para lo cual se plantea que el causante ratifique su última voluntad ante la autoridad administrativa del registrador de testamentos del Registro General de la Propiedad de Guatemala.

HIPÓTESIS



A partir de la duda razonable sobre la validez de la declaración última voluntad del causante, sobre la disposición de todos o parte de sus bienes a favor de terceros, lo más adecuado que debe hacerse legamente es reformar el Artículo Artículo 956 del Código Civil, para que el Registro de Testamentos cite al testador luego que el notario les dé el aviso respectivo sobre el faccionamiento del testamento, para que ratifique el contenido de su última voluntad y así no quede duda razonable de la manera en que dispuso del todo o parte de sus bienes para después de su muerte.

COMPROBACIÓN DE HIPÓTESIS



Luego de haber realizado el trabajo de tesis y someter a prueba la hipótesis, la misma fue comprobada, para lo cual se utilizó el método deductivo porque se estableció que para evitar que se puedan producir dudas acerca de la validez de la última voluntad expresada verbalmente ante el notario y testigos de ley, el Congreso de la República a través de la Comisión de Legislación y Asuntos Constitucionales proponga reformas del Artículo 956 del Código Civil, para que el Registrador a cargo del Registro de Testamentos requiera la presencia física del testador luego que el notario les dé el aviso respectivo sobre el testamento que faccionó, para que de viva voz le manifieste al Registrador el contenido de su última voluntad con la finalidad de evitar dudas sobre la manera en que dispuso del todo o parte de sus bienes para después de su muerte.



ÍNDICE

Pag.

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

CAPÍTULO I

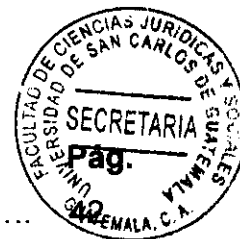
1. Derecho notarial.....	1
1.1. El notariado en Europa occidental.....	3
1.2. La consolidación del derecho notarial.....	4
1.3. El notariado en América.....	8
1.4. El derecho notarial en la Época Moderna.....	9
1.5. Tipos de notariado en el mundo.....	10
1.6. Definición de notariado.....	11

CAPÍTULO II

2. La función notarial.....	17
2.1. La función notarial.....	17
2.2. Finalidades de la función notarial.....	23
2.3. Tareas de la función notarial.....	24
2.4. Discusión sobre el contenido de la función notarial.....	28

CAPÍTULO III

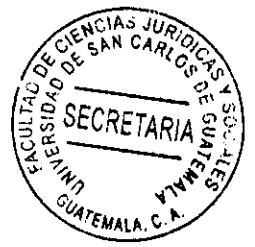
3. El testamento.....	35
3.1. Distinción entre acto por causa de muerte, última voluntad y después de muertos.....	35
3.2. El testamento como principal especie de los actos jurídicos por causa de muerte.....	39
3.3 El testamento como título sucesorio.....	41



3.4. Caracteres del testamento.....	
3.5. Contenido del acto jurídico testamentario.....	46
3.6. Interpretación del acto jurídico testamentario.....	51

CAPÍTULO IV

4. Validez jurídica de que el testador manifieste de palabra su última voluntad.....	55
4.1. Formas de expresar la última voluntad.....	56
4.2. Tipos de voluntad testamentaria.....	60
4.3. Regulación legal de la última voluntad en Guatemala.....	63
4.4. Validez jurídica de que el testador manifieste de palabra su última voluntad..	67
 CONCLUSIÓN DISCURSIVA.....	 73
BIBLIOGRAFÍA.....	75



INTRODUCCIÓN

El problema se escogió a partir de establecer la existencia de cuestionamientos a la validez jurídica de la manifestación de palabra del testador sobre su última voluntad en relación a la manera en que dispone de todo o parte de sus bienes para después de su muerte, puesto que aun cuando se requiere la presencia de dos testigos al llevarse a cabo esa declaración, es una tendencia que quien aporta estos sea el notario pues el causante no está informado de la obligación legal que ordena la presencia de los mismos o bien por no haber encontrado a nadie de confianza para que asuma esa función.

El objetivo general consistió en establecer la forma jurídica legal más adecuada para superar los cuestionamientos sobre la validez de que el causante manifieste de palabra su última voluntad ante el notario, a pesar de que esta situación ha generado conflictos legales que llegan hasta el litigio judicial por considerar que no era realmente la voluntad del causante la vertida en el testamento.

Es importante tener en cuenta que para evitar que se produzca la duda razonable sobre la validez de la declaración de última voluntad del causante, sobre la disposición de todos o parte de sus bienes a favor de terceros, legalmente lo más adecuado que debe hacerse es que el Registro de Testamentos cite al testador luego que el notario les dé el aviso respectivo sobre el faccionamiento del testamento.

El informe final consta de cuatro capítulos, estando el primero orientado a exponer lo que es el derecho notarial, la evolución de esta rama jurídica, así como sus características en la Época Moderna; en el segundo, se describe la función notarial, así como las finalidades y tareas de la misma; el tercero se orientó a explicar los elementos que conforman la figura del testamento como principal especie jurídica de los actos por causa de muerte; mientras en el cuarto se expusieron los fundamentos jurídicos sobre la validez jurídica de que el testador manifieste de palabra su última voluntad ante el notario.

Los métodos utilizados en la investigación fueron el deductivo, el analítico, así como el sintético. Mientras que las técnicas de investigación que sirvieron para el acopio de la información requerida fueron la bibliográfica y la documental.



El aporte realizado en el trabajo fue establecer que se produce una duda razonable sobre la última voluntad del testador cuando este acude ante el notario para exponer de palabra su última voluntad, a partir de lo cual, lo mejor es que el testador sea citado por el Registro de Testamentos luego que el notario les dé el aviso respectivo sobre el faccionamiento del testamento, para que ratifique lo expuesto y así se garantice la validez de la misma.



CAPÍTULO I

1. Derecho notarial

La existencia del derecho notarial se remonta al derecho romano, a partir que en el mismo se encuentra la primera regulación realizada por Justiniano en el Siglo VI, en donde están las figuras precursoras de la actuación notarial, entre las que se destacan los *Scribae*, los cuales eran funcionarios estatales que prestaban sus servicios a las órdenes de los pretores que Roma enviaba a las provincias, asistiéndoles extendiendo actas, escribiendo decretos, órdenes y custodiando los documentos oficiales.

Asimismo, en esa época comenzó a utilizarse la figura de *Notarii*, los cuales eran las personas que escribían a mano lo que se les dictaba, para cuyo trabajo usaban abreviaturas o notas, por lo que de esta última actividad es de donde se deriva ese nombre; también se encontraba la figura del *Tabularii*, que eran oficiales del ejército romano especializados en redactar los contratos para las partes; asimismo actuaban de manera oficial e incluso llegaron a custodiar testamentos, contratos y actos que las partes querían que se conservasen, siendo *Tabularii* el nombre que procedía del instrumento en el que trabajaban, que consistía en una tabla cubierta de cera sobre la que escribían.

Asimismo, se encontraban los *Tabellions*, que eran personas individuales que no eran empleados del gobierno, sino que de manera privada y por autorización del Estado, habían adquirido la facultad para extender y legalizar documentos sobre diversos negocios jurídicos las cuales, aunque no ejercían oficio público y sus documentos no



tenían fe pública; sin embargo, estos tenían valor probatorio y fuerza legal ante los tribunales, puesto que se reconocía la función legal que tenían estas personas.

“Esclarecidos autores y estudiosos del derecho notarial consideran a los *Tabellions* como los verdaderos precursores del notariado dentro de la interpretación característica del notario de tipo latino, porque eran profesionales de libre y privada contratación, que redactaban convenios y documentos con cierto criterio científico y a cambio de pagos. Además, por el valor probatorio que tenían sus actas, las que no tenían fe pública, pero eran creídas por las declaraciones de testigos. Poco después, la figura del notario se traslada a la cultura árabe del Siglo X que tuvo un impacto y crecimiento espectacular en la España musulmana”.¹

Como se aprecia, desde tiempos remotos ha existido el notario como una figura de reconocimiento público, que da fe de los actos entre particulares y los documentos que los mismos producen, a partir de lo cual ha contribuido desde hace siglos a garantizar la paz social, pues es el mediador para que se pongan de acuerdo las personas sobre intereses propios, con la finalidad de lograr beneficios para ambas partes.

Es más, se puede valorar de mejor manera la actividad llevada a cabo por los *Tabellions* en la época en que existieron porque en ese período, donde vivían, eran sociedades guerreras, a partir de lo cual se priorizaba el uso de armas para dirimir los conflictos personales, sociales y entre ciudades, por lo que la existencia de estos personajes

¹ Castillo Ogando, Roberto. **Manual de derecho notarial**. Pág. 17.



resultaba siendo un espacio legal donde las partes que acudían ante ellos buscaban que el prestigio y la fe que emanaba de los mismos, sirviera para lograr acuerdos de manera pacífica y que los mismos se cumplieran sin recurrir a formas violentas de exigencia.

1.1. El notariado en Europa occidental

El comienzo de lo que es el derecho notarial en Europa occidental se encuentra en Bolonia, Italia, a partir que los teóricos del Siglo XIII radicados en esa provincia crearon la Escuela de Bolonia, la cual creó la idea de un Notario retribuido por los particulares, que exige una investidura en el cargo, recayendo sobre él la autoría del instrumento notarial dotado de fe pública, en donde los juristas teniendo ante sí los textos de derecho, los comentaban y analizaban, haciendo anotaciones o glosa en el margen de ellos, siendo esta forma de analizar y estudiar la que tuvo una gran influencia en toda Europa occidental, especialmente en Italia, puesto que se orientó a darle un sentido propio a la actividad notarial en su época.

“El fundador de la Escuela jurídica de Bolonia fue Rainiero de Perugia autor de la obra *Ars Notariae*; sin embargo, fue Rolandino Passagiero la persona más sobresaliente en el desarrollo de la ciencia notarial, por lo que ha sido considerado el padre del derecho notarial, principalmente porque tuvo la idea de enseñar el derecho de una forma diferente a como se hacía para los estudios de la abogacía, presentando a los notarios en un orden distinto, girando toda su enseñanza, sobre los principios de la aplicación en la redacción de los documentos públicos, brindando una sistemática científica inexistente hasta la fecha, por lo que sus aportes contribuyeron al avance del notariado en el mundo, así



como a la independencia científica de esta rama jurídica. Fue uno de los mayores juristas medievales”.²

Es de tener en cuenta que, sin la existencia de estas personas, no se hubiera logrado la evolución que el notariado ha tenido hasta el presente, fundamentalmente a partir de lo difícil que resulta redactar documentos que cumplan con todos los requisitos de ley y que además logren plasmar la voluntad de las partes sobre el negocio jurídico que quieren documentar para garantizar su cumplimiento.

1.2. La consolidación del derecho notarial

Como resultado de los trabajos teóricos de la Escuela de Bolonia, en España se llevó a cabo un movimiento legislativo tendente a planificar y organizar a la institución notarial, perdurando muchos de los aspectos, detalles y formas de actuación hasta nuestros días, tales como el Fuero Real, el cual es un texto jurídico que ha recibido diversos nombres a lo largo de los años, tales como Fuero de las Leyes, Libro de los Consejos de Castilla, Fuero Castellano, el cual tiene un Prólogo del mismo que enfatiza el objetivo de este texto notarial es ser otorgado para que todos los pueblos sepan vivir en paz y con arreglo a unas leyes que castiguen a quien hiciera daño y que los buenos vivan seguros.

En el Fuero Real se encuentran mencionados los escribanos públicos y la necesidad de jurados con el fin de evitar contiendas; al mismo tiempo, se establece la obligatoriedad

² **Ibíd.**



de otorgar testamento ante escribano, sinónimo en aquel entonces de notario, por lo que se puede comprender que este fue creado por la sociedad y solo se justifica porque la población lo necesita para el desempeño de sus funciones jurídicas especialísimas.

Es importante resaltar la necesidad de que los testamentos fueran otorgados ante escribanos, puesto que se trataba de la determinación sobre los bienes que el testador dejaba, lo cual debía tener una garantía de cumplimiento acerca de la última voluntad de este, ante lo cual las formas verbales no permitían esta seguridad requerida ante un acto jurídico con tanta trascendencia.

El derecho notarial español también heredó al presente la figura Espéculo, el cual consistía en un manuscrito incompleto, cuya obra se le atribuye a Alfonso X El Sabio que perseguía dar a Castilla un derecho único y territorial; el mismo contenía 5 de los 12 libros que componían el texto primitivo por lo que, los historiadores creen que, es posible, que fuera un borrador o anteproyecto de las Siete Partidas, que se refieren a la ley, el legislador y materias religiosas; la Constitución Política del Reino; la constitución del derecho militar; la organización de la justicia y el procedimiento; en este documento se hacía mención a los aspirantes a ser nombrados escribanos.

Por aparte, el derecho español también heredó al notariado el Código de las Siete Partidas, por las siete partes en que está dividido su texto; fue publicado en el año 1265, proporcionando un espléndido desarrollo de la organización notarial, incluyendo los derechos y honorarios que debía percibir el escribano. Ya en aquella fecha, se daba énfasis a la seguridad preventiva o cautelar, seña de identidad del notariado, pues según



las Partidas, los pleitos, ventas, compras, mutuos, que deban realizarse bien por el Rey o por quien él indicare, de otra manera deben ser resueltos en forma cierta y ajena a contienda o desacuerdo para ello crea los escribanos públicos nombrados por el Rey o por quien él indicare.

“La Pragmática de Alcalá de Henares, de fecha 7 de junio de 1503, apuntala el oficio de notario y establece pautas técnicas y operativas, así como normas legales que perduran en la actualidad, como por ejemplo la obligación de que los escribanos tuviesen un libro de protocolo encuadernado, lo cual resulta siendo uno de los requisitos esenciales para el ejercicio notarial en el presente. Es evidente que, se estaba ante un documento fundamental para la historia del notariado español: la real provisión de ordenanzas de Isabel I de Castilla. El objeto de su publicación era el de regular la elaboración del registro público notarial y la expedición de copias autenticadas”.³

Lo fundamental del documento expuesto en lo citado, se refiere a la existencia de un registro o archivo de protocolos, lo cual es una obligación en el notariado latino para garantizar la existencia de una copia fiel del original por cualquier circunstancia que pueda ocurrirle al notario y ya no pueda extender otro testimonio, pero también la necesidad de las copias autenticadas, para que el compareciente pudiera tener seguridad de contar con un documento que reflejara al existente en manos del notario, lo cual le permitía mostrar la existencia del negocio jurídico realizado frente al notario, los derechos y obligaciones que asumen el o los comparecientes, así como los límites legales a la autonomía de la voluntad de los contratantes, entre otros.

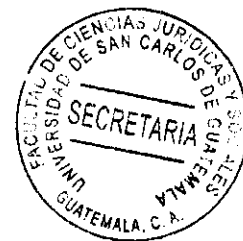
³ *Ibíd.*



A estos escribanos se les encargaba la misión de hacer las cartas que les mandaren redactar, de manera legal y derechamente, estableciendo que el escribano era un hombre sabedor de escribir y entendido en el arte de la escribanía, que escribía las cartas de las ventas y de las compras y de las posturas que los hombres ponen entre sí ante ellos, en las ciudades y las villas, así como las otras cosas que pertenecen a este oficio, quedando recuerdo de las cosas pasadas en sus registros, en las notas que guardan y en las cartas que hacen, y de cuyas cartas nace averiguamiento de prueba y deben ser creídas por todo el Reino.

Los demás países europeos también fueron desarrollando la figura del notario, por lo que también contribuyeron en la regulación y consolidación del derecho notarial; por ejemplo, en Italia, se dictaron los Estatutos del Conde Pedro II, en el año 1265; de Amadeo VII, Primer Duque de Saboya, en 1430 y de Manuel Filiberto en el año 1561. En Portugal, se encuentran las ordenanzas de 1315, bajo el reinado de Don Denis que se considera la base de la legislación notarial portuguesa, ampliada y completada por las Ordenanzas Alfonsinas, Manuelinas y Filipinas.

En Francia, se promulgó la Ordenanza de Amiens, dictada por Felipe El Hermoso, en el año de 1304; en Austria, Maximiliano I, Emperador del Sacro Imperio Romano Germánico, dictó en el año 1512, claras normas sobre notariado, según reza en el texto denominado Para Conservar la Justicia y la Paz, siguiendo según los expertos los principios notariales asentados por la tradición boloñesa y española, que hasta ese momento eran los países con mejor desarrollo notarial, con lo cual se fue volviendo una tradición la existencia de los notarios y su importancia jurídica.



1.3. El notariado en América

El derecho notarial y las prácticas notariales vigentes en España en el Siglo XV fueron llevadas por los españoles a América, siendo quien lo aplicó por primera vez en el nuevo continente Rodrigo Escobedo, quien era Escribano de Cuadra y del Consulado del Mar, que en aquellos tiempos era la institución encargada de regular las relaciones y las actividades marítimas, llevando a cabo su actividad profesional el 12 de octubre de 1492, cuando en su carácter de notario de la Armada, desembarcó en las Bahamas Centrales acompañando a Cristóbal Colón, los dos Capitanes Pinzones y al interventor Real Rodrigo Sánchez de Segovia, levantó acta notarial sobre la toma de la Isla Guanahani.

Como se aprecia, con la llegada de Cristóbal Colón en 1492, fueron trasladadas a América muchas instituciones jurídicas vigentes entonces en España, y como en la legislación española el oficio de escribano tenía gran relevancia, siendo reconocida en la legislación indiana consistente en el conjunto de normas jurídicas o disposiciones legales que surgen por voluntad de los monarcas españoles o por las autoridades legítimamente constituidas en América, como delegación de los reyes y que tuvieron como objetivo fijar y regular las relaciones políticas, administrativas, penales, civiles, económicas y sociales entre los pobladores de las Indias Occidentales.

En aquellos tiempos para acceder a la función notarial, los escribanos tenían que realizar exámenes impartido por la Real Audiencia, pagar tributos y se les tomaba juramente de que no cobrarían demasiados derechos al público que los buscaba a partir de ser conocidos por sus actuaciones; además, debían registrar en la institución oficial, el signo



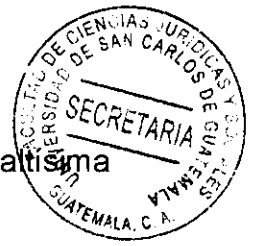
o rúbrica que utilizarían en la instrumentación de actas correspondientes a su ministerio
investido por la ley.

1.4. El derecho notarial en la época moderna

Como se aprecia en el resumen de la evolución del notariado en Europa y su traslado a América, ha existido un período de siglos de consolidación, formación y adecuación del derecho notarial, legislándose mucho y bien para asentar las bases del actual notariado, principalmente porque en el Siglo XIX es cuando el Estado comenzó a nombrar a los notarios, lo que determinó que los notarios se multiplicaron rápidamente, especialmente a partir de la primera normativa que encauza al notariado moderno de fecha 1803.

Aun con esos avances, es un hecho que en con el transcurso del tiempo el derecho notarial ha experimentado notables cambios y modificaciones que permitieron la consolidación de la institución notarial, perdurando hasta el día de hoy muchas de las directrices fijadas en esas precursoras leyes, lo que evidencia que, en contra de la idea de decadencia de lo notarial, lo antiguo puede mantenerse en la modernidad mediante la evolución, lo cual ha sido demostrado puesto que a lo largo de los siglos, esta capacidad evolutiva ha sido una de las características del notariado español.

Esta evolución en el derecho notarial ha permitido que sus integrantes hayan sabido adaptarse a las mutaciones legales, a los cambios de idioma, a la intensificación del ritmo que les ha ido exigiendo la sociedad y a la evolución de los soportes y formatos, por lo que, tras un vertiginoso y rápido repaso de muchos siglos de historia, se puede verificar

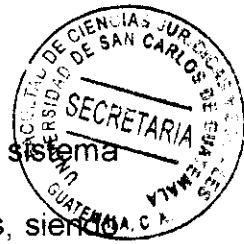


que la institución notarial se encuentra ejercida por profesionales con una ^{altísima} cualificación técnica y jurídica.

1.5. Tipos de notariado en el mundo

Además del notariado de corte latino que es producto del legado de la Escuela de Bolonia; es necesario conocer que, en el mundo, existen otros sistemas de notariado que nada o poco tienen que ver con el modelo latino, puesto que, además de este, en el mundo, existe el sistema de notariado estatal, donde la función pública se ejerce exclusivamente por funcionarios integrantes de la administración pública o judicial, no siendo necesariamente un profesional del derecho quien lo ejerza, por lo que los documentos suelen tener poca calidad técnica; estos funcionarios dependen del poder ejecutivo o judicial, siendo la administración pública quien los designa, siendo algunos estados alemanes como el de Buttemberg y Baden, parte de Noruega y el Cantón Suizo de Zurich, los lugares que siguen este sistema.

También se encuentra el sistema anglosajón en donde los notarios sirven a los ciudadanos como un testigo imparcial, al realizar una variedad de actos oficiales desincentivadores del fraude en conexión con la firma de documentos importantes, por lo que a estos notarios se les exige una mínima formación y bastando la alfabetización, aunque no se les requiere ni haber superado la educación secundaria o bachillerato ni haber obtenido ningún tipo de título universitario; en el caso de Estados Unidos, la mayoría de sus estados requiere que tengan al menos dieciocho años y que residan en el estado o en el condado en el que van a ejercer.



Estas carencias formativas y requisitos para el acceso a la función pública en el sistema de notariado anglosajón, conllevan una limitada responsabilidad de sus notarios, siendo Inglaterra, Estados Unidos y Canadá, Suecia, Noruega y Dinamarca, quienes utilizan este tipo de sistema notarial, por lo que se puede apreciar que es muy escasa su aceptación frente al sistema o modelo latino o la escuela que ubica al notario como un empleado estatal a cargo de tareas específicas.

Es de destacar que, en el caso del notariado latino, este se caracteriza porque el notario es un profesional liberal con autorización gubernamental de acuerdo con la ley que ejerce una función por delegación del Estado consistente en la dación de fe pública en relación con determinados hechos, actos o negocios jurídicos; sin embargo en este modelo, el Estado por mandato legal controla el acceso de notarios al gremio, pero el escribano tiene plena autonomía e independencia en su actuación respecto de la administración pública y de los demás poderes públicos.

1.6. Definición de notario

El notario es la persona que luego de haber cumplido con los requisitos académicos y legales el Estado le otorga por imperio de la ley fe pública para dar fe sobre los actos que realice y de los hechos que le consten, pudiendo actuar en el ámbito público o privado, siendo una de sus funciones especiales la jurisdicción voluntaria que, con autoridad y función de justicia, aplica la ley al acto jurídico que se celebra en esa esfera con la conformidad de las partes, declarando los derechos y obligaciones de cada uno; para lo cual lo aprueba, legaliza, sanciona y autentica.



También se puede establecer que el notario es un profesional del derecho que ejerce una función pública para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados.

Esta función la puede llevar a cabo el notario porque está investido de fe pública, facultado para autenticar y dar forma, de acuerdo a ley, a los actos y contratos que ante él se celebran, asesorando imparcialmente a las partes, formalizando su voluntad al redactar los instrumentos notariales, conservando los originales en su archivo, pudiendo expedir los testimonios sobre las escrituras, documentos protocolizados, actas de legalización de documentos y firmas o copias que le requieran los comparecientes y terceros interesados, salvo el caso de testamento común o especial, el cual solo puede ser visto por el testador mientras este viva.

“El notariado es el cuerpo organizado de los notarios de un país, quienes ejercen su ministerio en conformidad a las disposiciones legales que reglan sus funciones, siendo por lo tanto una institución jurídica de la sociedad organizada y el Estado, en cuanto se encarga de tutelar la confianza, certeza de verdad y seguridad en los actos, relaciones contractuales y manifestaciones documentales del individuo, considerado como persona natural o jurídica, privada o públicamente, colectiva o individualmente, lo que permite que la sociedad deposite la confianza pública en él, para garantía de verdad, seguridad y perpetuidad de los contratos y actos de los ciudadanos”.⁴

⁴ Tarragón Albella, Estuardo. **Derecho notarial**. Pág. 52.



Como se aprecia por lo citado, el notario asiste al surgimiento y desarrollo del negocio jurídico el cual las partes someten a su autorización, para lo cual despliega una labor de dirección y ajuste, a fin de adecuar el acto al interés de las partes y a la ley, considerándose como configuración jurídica a esta labor, porque se trata de aplicar a un determinado hecho los conceptos formativos necesarios para la realización del supuesto previsto en la ley, conforme al interés de las partes.

Esta autenticación del negocio jurídico es una condición simultánea al acto que llevan a cabo los comparecientes, puesto que mediante ella el notario imprime en la materia económica o moral que se le ofrece, la forma jurídica interna que constituye la base de la forma externa o instrumental a partir de que el notario tutela intereses de orden colectivo y privado, así como de asistencia legal a la voluntad negocial a partir de que tiene atribuciones de fe pública como eficacia del acto.

Estas funciones legales del notario permiten establecer el carácter de imprescindible que tiene este como profesional libre, para que exista la imparcialidad de la obra notarial, así como independencia del juicio, con lo cual se pueda lograr el continuo perfeccionamiento de la capacidad jurídica y moral del notario.

El notario cumple y aplica la ley en interés de la colectividad, como conjunto de particulares; pero no en interés del Estado, pues recibe el encargo directamente de las partes, cuida de sus intereses, escoge soluciones convenientes al cliente y se constituye en su guía, de modo a obtener los máximos resultados con un mínimo de medios; esto significa que el notario es un profesional del derecho que colabora en la formación de los



actos civiles en que interviene, los robustece con una presunción de verdad a partir de darle forma legal al negocio jurídico contractual.

Como puede apreciarse, la función sustancial del notario es autenticar, solemnizar y dar carácter ejecutivo a los actos en que interviene, pues su función no termina con la opinión más o menos ilustrada que dé sobre los asuntos que se le sometan, puesto que esta respuesta cualquier perito en derecho puede darla; sin embargo, lo que hace el notario no cualquiera lo puede hacer, puesto que él da solemnidad y fe pública a los actos y hechos que se le someten a su conocimiento.

“El notario es un profesional del derecho especialmente habilitado para dar fe de los actos y contratos que otorguen o celebren las personas, de redactar los documentos que los formalicen y de asesorar a quienes requieran la prestación de su ministerio”.⁵

El notario latino como tal tiene una función de carácter institucional, pues la ejerce un grupo de profesionales del derecho autorizados para ello por la ley, los cuales integran una organización profesional con reglas precisas para acceder a la función y sujeta siempre a la supervisión y control del Estado en cuanto a su ejercicio, con la finalidad de garantizar la seguridad jurídica y la fe pública de la cual está investido.

El notario es el profesional del derecho con especialidad en el derecho notarial, cuya función es de carácter público y privado al mismo tiempo, lo cual es una de las

⁵ Campos, Henry. **Diccionario jurídico**. Pág. 125.



características principales de este tipo de escribano del sistema latino, puesto que se le considera siempre como titular de una función pública, con algunos matices privados, siendo que en la mayoría de las legislaciones no se le incluye dentro de los funcionarios públicos, sino como un profesional con el ejercicio liberal de la profesión.

Es por eso que al decir notario profesional se hace referencia al notario que ejerce una profesión liberal, como prestador de obra intelectual efectuada en régimen de autonomía técnica y jerárquica frente al cliente, con amplia discrecionalidad a partir de la aplicación de la técnica profesional, el cual pertenece a una organización con elementos propios, encargada de garantizar el cumplimiento de los requisitos habilitantes para su función y evitar la usurpación de esta calidad fedante.

Desde el punto de vista del carácter público que significa la función notarial, se trata que el notario tiene atribuida una fe pública, así como el control de la legalidad en las acciones que realiza, a partir de recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido, ante lo cual lleva a cabo la autenticidad de los hechos.

A fin de dotar a su actividad de la necesaria independencia, el notario ejerce su función en el marco de una profesión liberal que abarca todas las actividades jurídicas no contenciosas, lo cual determina que su intervención, tanto por el consejo que da de forma imparcial, pero activa, a las partes, como por la redacción del documento que es su resultado, confiere al usuario de sus servicios la seguridad jurídica que busca.



CAPÍTULO II



2. La función notarial

Se parte de la idea de que el sistema notarial latino tiene como protagonista al notario, el cual es considerado un profesional del derecho que, en forma imparcial e independiente, ejerce una función por delegación pública, consistente en la formación, conservación, reproducción y autenticación del documento notarial, incluyéndose dentro de su alcance la certificación de hechos.

Como se aprecia, el notario latino tiene la misión de dar forma y dar fe, lo cual va en contra de la creencia equivocada y simplista de ver la función notarial como un mero acto de certificación de firmas o de reproducciones fotostáticas, pues aunque esta es parte de la función que realiza, la más importante es la facultad autenticadora que es intrínseca al notario a partir de dar fe, la cual se manifiesta en todo el campo de su actuación, inclusive en su labor conformadora de instrumentos públicos.

2.1. La función notarial

A partir que el notario tiene como misión dar forma jurídica a la voluntad de las partes y de hacer instrumentos públicos, donde se hacen evidentes todos los atributos que caracterizan al notario latino, lo cual permite que la función notarial sea una actividad profesional muy singular, puesto que su facultad fedante emanada de la ley, impone a la sociedad y al Estado una presunción de veracidad que sólo puede ser vencida



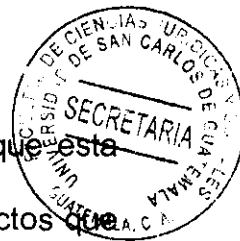
judicialmente, lo cual lo convierte en una autoridad sobre los instrumentos públicos ^{actos} y contratos que realiza.

El notario latino tiene el deber de averiguar la verdadera voluntad de las partes, brindar su asistencia profesional y redactar el instrumento, ya sea para dar nacimiento al acto o contrato o para darle una mejor forma probatoria según sea el caso, lo cual conlleva a que realice una actividad documentadora, luego conlleva el que hacer de redactor y por último su papel de fedatario.

“El notario es el redactor del documento cuya autorización se solicita. Un documento en el que el notario no se limita a dar fe del mismo, sino que elabora el documento vertiendo en el mismo toda su ciencia y experiencia, de forma que no sólo es un documento sino un documento notarial. A su vez el notario es fedatario pues da fe, desempeña una función autenticadora del documento con su intervención; finalmente, el notario es un intérprete, un tercero, un mediador, un operador jurídico que actúa como profesional del derecho, como jurista, indagando, a través de la voluntad manifestada de las partes, qué es lo verdaderamente querido por éstas”.⁶

Como se aprecia según lo citado, se puede entender que la función notarial no es únicamente dar forma a un determinado acto o negocio jurídico, sino además en dar fe de dicho acto, teniendo en cuenta que al hablar de dar fe se trata de que las personas confían o creen en lo que el notario narra en el documento, por lo que la función notarial

⁶ Ávila Álvarez, Pedro. **Estudios de derecho notarial**. Pág. 33.



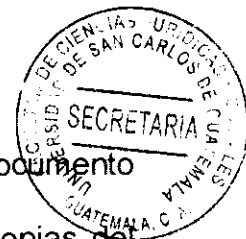
no se concreta o resume en la autorización del documento público, puesto que esta autorización es un punto culminante al cual se desemboca tras una serie de actos que exigen una actividad funcional complementaria.

“Lo típico de la función notarial se cumple en la creación y perfeccionamiento del instrumento público e implica las actividades de redactar, conservar y reproducir copias de las escrituras públicas; pero con un criterio más amplio puede decirse que lo esencial de la función notarial es dar fe, conforme a la ley, de los contratos y demás actos extrajudiciales que pasan ante el notario, siendo el concepto más sencillo de la función notarial el que ella se da cuando varias personas, acordes en sus pretensiones jurídicas, comparecen ante el notario para que este las sitúe en un molde previsto en la ley y les imprima caracteres de veracidad, autenticidad y permanencia”.⁷

Se trata de que el notario oriente a los comparecientes sobre la manera en que sus voluntades deben ser adecuadas para que se enmarquen dentro de la ley, para lo cual la redacción plasmada en el documento público evidencie los intereses de los comparecientes, los cuales tienen que estar apegados a la regulación legal vigente, para evitar conflictos posteriores con la ley.

Entre las actividades complementarias que lleva a cabo el notario se encuentra recibir e indagar la voluntad de las partes, para poder dar forma jurídica a esa voluntad, autorizar el documento público con el que se formaliza el acto o negocio, dotándole de fe; es decir,

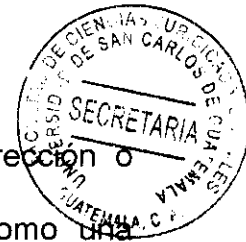
⁷ *Ibíd.*



afirmando que los hechos narrados por el escribano son ciertos, conservar el documento a fin que en cualquier momento pueda conocerse su contenido y expedir copias del documento a cualquier interesado, salvo en el caso de testamentos mientras esté vivo el testador porque solo a éste se le puede extender, puesto que en las leyes relativas al derecho sucesorio se prohíbe que terceros tengan acceso al testamento.

Asimismo, para el desarrollo de esta función documentadora, creadora de formas escritas del documento que nace de su ejercicio, el notario le atribuye efectos legitimadores, sustantivos, probatorios y ejecutivos, por lo que su misión al ejercerla es, pues, consagrar una fehaciente seguridad jurídica dentro de la sociedad, puesto que no solo da fe de cuanto ve y oye, sino que su facultad y obligación residen en amoldar su actuación y la de las partes a la ley, incluyendo sus declaraciones cuando interviene en los actos jurídicos a nombre del Estado para atender la guarda del interés general o social, puesto que este se afianza y defiende al afirmar el imperio del derecho.

De igual manera, en esa función notarial, el notario asegura la legalidad de los actos a partir de comprobar el cumplimiento de los requisitos legales establecidos por la ley, así como la prueba plena, completa y fehaciente de estos, así como de aquellos hechos y actos jurídicos en donde interviene el notario a solicitud de parte o por mandato de autoridad legalmente autorizada, de donde surgen, se modifican y se solidifican las relaciones jurídicas privadas, lo cual permite establecer que ese valor que les otorga la intervención del notario tiene alcance público porque excede el campo del interés puramente privado, porque esa fe rige para las partes y para terceros, para el público y para la comunidad.



También es posible describir la función notarial como una función de dirección o configuración de las relaciones jurídicas, aunque se pueda considerar como una consecuencia accidental de la misma, motivada por la circunstancia de someterse los negocios jurídicos a la fe notarial en el momento de su nacimiento; tal como no puede decirse que la función notarial sea ejecutiva, sí que puede afirmarse que se presenta en algunos casos como reguladora de cierto poder ejecutivo que se otorga y que tiene por virtud dar a los documentos la calidad de títulos que llevan aparejada ejecución.

A partir de lo expuesto sobre la función notarial se comprende que la misma también actúa como una de las ruedas del mecanismo de la legitimación jurídica estatal, aunque no se debe olvidar que de todos modos, el notariado abarca otras actividades de índole distinta, pues tiene tareas asesoras y autenticadoras, por lo que es notorio que la función notarial reviste características especiales y que la organización del notariado funciona con una independencia muy destacada, lo cual le da un relieve propio que le hace inconfundible y le separa, muy visiblemente, de la función organización administrativa.

Teniendo en cuenta ese conjunto de actividades propias de la función notarial, cada una de las cuales contribuye a garantizar su carácter especial, se califica la función del notario como actividad de orden y servicio público, puesto que satisface las necesidades de interés individual y social, de autenticidad de los instrumentos públicos y documentos notariales, certeza y seguridad jurídica a partir de su carácter de fedatario como una prerrogativa del Estado que va encaminada a declarar el derecho, lo cual deja plasmado en los documentos públicos que facciona y guarda en su poder, el cual exterioriza en la manifestación con que da forma al acto jurídico.



Como puede comprenderse, la función notarial se caracteriza por la plena fe o ~~sea esa~~ presunción de certeza que la ley le atribuye, la cual surgió de la necesidad de probar cumplidamente la existencia de las obligaciones, a partir de lo cual llega a aceptarse como cierta, salvo prueba en contrario; lo cierto es que los poderes del Estado vieron la necesidad de revestir a esa prueba preconstituida de solemnidades especiales y practicarla ante delegados del poder, que, al revestirla de su autoridad, la convirtieran en cierta y exacta, eliminando las posibilidades de discusión posterior y por tales causas constituyéndola en obligatoria para las partes.

En otras palabras esta autoridad delegada por el Estado, para ponerla al servicio de las convenciones particulares, constituye la función notarial que se realiza por medio de los notarios autorizados para ponerla en práctica, a requerimiento de partes, guardando las normas que establecen procedimientos tan especiales como característicos, puesto que si existe litigio, esa autenticidad evita al juez la operación de comprobación del hecho, por lo que la fe pública notarial en el plano judicial suple una fase de la judicial.

“La función notarial se extiende por naturaleza a la legalidad de las relaciones jurídicas. La legalización es una función lógica consistente en encajar dentro de la proposición general de la ley el negocio jurídico particular que pasa ante notario, en investir y constatar la validez del acto; pero el proceso lógicamente concluso queda en varios aspectos jurídicamente abierto, para que en cualquier momento puede someterse al conocimiento del juez, quien puede dar a su conclusión la fuerza de cosa juzgada”.⁸

⁸ *Ibíd.*



Según lo citado, se parte de que las finalidades de la autenticidad y la legitimación de los actos jurídicos exigen que el notario sea un sujeto con funciones públicas, que intervenga en ellos en nombre del Estado y para atender, más que al interés particular, al interés general o social, así como de afirmar el imperio del derecho lo cual se logra a partir de asegurar la legalidad de los actos y contratos, asimismo permite que estos se consideren prueba fehaciente ante un conflicto administrativo o un litigio.

2.2. Finalidades de la función notarial

La función notarial persigue como finalidades la seguridad, el valor y la permanencia; siendo la seguridad a partir del análisis de su competencia que hace el notario, la perfección jurídica de su obra, para lo cual tiene que hacer juicios de capacidad y de identidad, entre otros; por aparte, el valor se refiere a la validez jurídica frente a terceros, aunque la misma se encuentra dentro de los límites de la eficacia y la fuerza que otorga la intervención del notario entre las partes y frente a terceros; mientras que la permanencia se relaciona con el factor tiempo.

“El documento notarial nace para proyectarse hacia el futuro. El documento notarial es permanente e indeleble, o sea, que tiende a no sufrir mudanza alguna. Hay procedimientos para conservar los documentos, garantiza la reproducción auténtica del acto. Se comprende el papel que desempeña el notario en la solución de los negocios de toda naturaleza, para evitar dudas y contiendas entre las partes”.⁹

⁹ Castillo. **Ob. Cit.** Pág. 14.



Por eso se afirma de que el notario tiene a su cargo una labor preventiva, neutral de imparcialidad, en resguardo de todos, sin distinciones o preferencias, especialmente en las cuestiones que miran o consideran la honra y el patrimonio, el notario interviene de modo insustituible, puesto que, en innumerables oportunidades, más que su conocimiento del texto rígido de las leyes, pasan a guiarlo su criterio y su probidad, a partir que escucha las voces de los que otorgan testamentos y declaran su última voluntad, así como de aquellos que, en instantes dolorosos, contraen graves compromisos, préstamos onerosos, ventas inevitables, entre otras actividades.

Asimismo, para alcanzar estas finalidades de la función notarial, el notario lleva a cabo la actividad de creación o elaboración jurídica orientada a recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, luego de lo cual redacta los instrumentos adecuados a tal fin, así como la autorización o autenticación con lo cual le confiere autenticidad a los documentos, los cuales reproduce para expedir copias que den fe del contenido del contenido de los instrumentos, para luego pasar a la conservación de los originales de éstos instrumentos.

2.3. Tareas de la función notarial

Una de las principales tareas de la función notarial es ser preventiva del litigio, debido a que la intervención del Notario tiene lugar con anterioridad al conflicto, a partir de la adecuada instrumentación de los actos jurídicos y contratos, con lo cual le evita a las partes que se generen posteriores discrepancias, lo cual también permite que tenga una actividad calificadora para encuadrar los hechos a las normas jurídicas, pues el notario



determina la relación de derecho que corresponde a los hechos que se le presentan para lo cual recibe, interpreta y da forma legal a la voluntad de las partes, además de lo cual también requiere los documentos esenciales para faccionar el instrumento público.

En ese mismo orden de ideas, también lleva a cabo una actividad de asesoramiento a partir de permitirle a las partes comprender la naturaleza y efectos o consecuencias jurídicas del acto que van a celebrar ante él, lo cual implica que la misión tradicional del notario se encamina primordialmente a esclarecer las incertidumbres, ilustrar y aclarar los problemas, orientar siempre a las partes, de acuerdo con las leyes, en el supremo afán de resguardar equitativamente sus intereses.

Para cumplir con esas tareas, la función notarial debe ser llevado a cabo por una persona que tengan la investidura, la cual consiste en la calidad especial que adquiere el notario al tomar posesión del cargo, antecedita del nombramiento o designación y de la confirmación, calidad que lo autoriza para usar legalmente el título de notario, para ejercer sus funciones dentro del territorio de su jurisdicción y lo habilita como depositario y guardián de la fe pública, aspectos que van acompañados de la autonomía en el ejercicio de su actividad notarial.

La actuación del notario se desarrolla conforme a su propio criterio profesional dentro del marco señalado por la ley; en concreto, su jurisdicción no lo fija ninguna autoridad ni funcionario superior alguno, sino que son las leyes las que le señalan el espacio de su trabajo y son los comparecientes quienes escogen el notario que habrá de actuar en cada caso que le sometan a su conocimiento.



“Es oportuno advertir que la autonomía no significa irresponsabilidad, porque el notario está sometido al régimen legal general, conforme al cual pueden deducírsele especiales responsabilidades tanto civiles como penales, así como al régimen disciplinario correspondiente; esta independencia significa que el notario está colocado en condiciones tales de autoridad y respetabilidad que lo habiliten para ejercer sus funciones con altura, por encima de los intereses personales, de grupo o de cualquiera otra índole semejante, en aras de la seguridad jurídica”.¹⁰

Por eso es que, para que el notario pueda realizar a cabalidad su función debe gozar de un definido poder de orientación en la actuación de quienes ante él comparecen, poder que implica cierto grado de control sobre aquella actuación, para lo cual habrá de aplicar su propio criterio en la interpretación de las normas legales positivas en defensa del derecho, de la libertad contractual y de la autonomía de la voluntad de los contratantes, por lo que la función autenticadora y legitimadora notarial recae sobre los actos o negocios y los hechos jurídicos.

De manera particular, la autenticación y legitimación notarial se refiere o aplica a los actos que se realizan en la esfera de las relaciones de derecho privado o sea, aquellas en las que prepondera el interés particular y se dan entre los particulares entre sí o entre ellos y las entidades públicas cuando éstas actúan, no como entes de soberanía, sino como cualquier otra persona jurídica, tal el caso de una compraventa de materiales de construcción o arrendando un edificio, entre otros; es decir, con carácter particular; no así

¹⁰ **Ibíd.**



a los actos que se desenvuelven en la esfera de las relaciones de derecho público, dentro del círculo gubernativo o administrativo, los cuales han de ser autenticados y legalizados por los propios funcionarios de la administración del Estado.

Esta actividad en la administración del Estado no supone una verdadera exclusión, pues hay casos en los que el notario, órgano depositario inicial de la fe pública, haya de actuar, a falta de otros órganos más especializados, en ciertas relaciones o actos de derecho público, pero es de recordar que quedan fuera de su ámbito las relaciones que se manifiestan en fase contenciosa, porque en esencia las notas distintivas de la función notarial son que la misma se inicia y sigue a instancia de parte; es decir, cuando los interesados lo juzgan necesario o conveniente para sus intereses; por tanto, el notario nunca actúa de oficio, salvo excepción legal.

El notario actúa con partes que tienen intereses coincidentes, sin que exista conflicto o contención entre ellas, un caso distinto es el de las actas, en donde el notario se limita a comprobar un hecho, por lo que no es necesario que exista acuerdo entre todos los interesados; asimismo, ejerce al servicio de intereses privados, pues el ámbito natural de ejercicio de la actuación notarial se encuentra en la contratación o en las relaciones negociales de particulares; ello no obsta a que la función notarial sirva también al interés público, aunque en forma indirecta, pues así se contribuye a la obtención de la paz jurídica y estabilidad en la sociedad.

La función notarial es de carácter técnico-jurídico, pues en ella es necesaria la interpretación de la voluntad de las partes y su traducción al lenguaje jurídico; asimismo

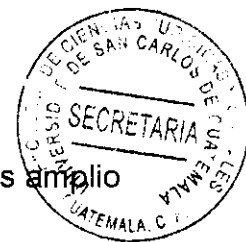


es cautelar o preventiva, porque busca asegurar y garantizar los derechos, con lo cual se trata de cumplir el fin perseguido por las partes, e impidiendo que se desemboque en el conflicto, puesto que el escribano colabora a la construcción técnica del acto que será el continente del instrumento, aun en el supuesto de que se presenten al notario proyectos de contratos hechos, está obligado a examinarlos para ver que no sólo estén conforme a las leyes, sino también de acuerdo con la intención perseguida por las partes.

El notario también colabora en la construcción jurídica de los negocios jurídicos formales, porque para la existencia de estos no debe faltar algún requisito legal para su validez, especialmente si se trata de un acto cuya forma es potestativa, puesto que lo eleva a la categoría de público y si el acto es solemne, lo eleva a la categoría de legalmente existente, pero como sea, el acto adquiere veracidad plena, por la imposición que el notario le da de la fe pública de que está investido por el Estado, salvo los vicios de falsedad o de simulación que pueden ser redargüidos por la parte que se considere afectada por este vicio de ilegalidad del instrumento público.

2.4. Discusión sobre el contenido de la función notarial

Las doctrinas existentes sobre el contenido de la función notarial pueden encerrar la función notarial dentro de la esfera del poder ejecutivo o de la administración el Estado; o bien llevar a cabo la inclusión de la actividad notarial dentro de la función jurisdiccional, a través de la clásica distinción entre la jurisdicción propiamente dicha o contenciosa y la jurisdicción voluntaria; asimismo, algunos consideran que se debe dar el encuadramiento de la actividad notarial dentro de la función reguladora o legitimadora, que es propia de



un especial poder legitimador del Estado o tiene, cuando menos, un ámbito más amplio que el de la jurisdicción voluntaria.

“La naturaleza jurídica de la función notarial se explica a través de la teoría de la jurisdicción voluntaria, la cual considera que el ejercicio de la función notarial, a cargo del notario, se desarrolla porque las partes asisten voluntariamente ante su despacho con el objeto de obtener un instrumento público, por el que se crean, modifican, regulan o extinguen derechos; la teoría de la función legitimadora que concibe la función notarial como la manifestación del derecho y la magistratura de la paz jurídica, lo cual quiere decir que se confía en la capacitación que tiene el profesional, que ejerce la función como conocedor del derecho”.¹¹

Se trata de establecer que mientras la teoría jurisdiccional expone que el notario actúa cuando no existe litigio ni voluntad de generar conflictos entre las partes, puesto que ellas acuden por su voluntad a acordar negocios jurídicos en un instrumento público, la teoría legitimadora, se orienta hacia las calidades académicas del notario, lo cual le garantiza seguridad a las personas que comparecen ante él a partir de saber que los instrumentos que redacten se enmarcan dentro de la ley vigente, por lo que no tendrán problemas legales posteriores.

También se encuentra la teoría de la fe pública que considera a la función notarial como la materialización de la teoría de la prueba preconstituida, porque el notario, en la esfera

¹¹ **Ibíd.**



de los hechos, aprecia y otorga autenticidad a través de un instrumento público, que tiene un carácter probatorio de la declaración de voluntad de las partes; además, también está la teoría de la forma que considera que la función notarial consiste en dar forma a los actos jurídicos, tanto porque la ley lo exige para su validez, como porque las partes así lo han decidido.

Por otra parte también hay una teoría que se denomina de la legitimación, en donde la función notarial según esta teoría, resulta como emanación del poder legitimador del Estado y así como lo hace la función judicial, consiste en el poder de investir de cierto carácter jurídico a las personas, cosas y actos, con fundamento en una serie de normas mediante las cuales el Estado asegura la verdad, la certeza, la seguridad y la autenticidad de los hechos y actos jurídicos y de las consecuencias que ellos producen, es decir, de los derechos y obligaciones.

La teoría que considera que la función notarial es una forma de expresión de la justicia reguladora frente a la justicia reparadora, parte de una observación elemental relativa a que existe una normalidad de derechos cuando los titulares no se encuentran enfrentados por pretensiones contrapuestas frente a una anormalidad de derechos cuando las personas se hallan en contienda, por lo que la función notarial consiste en regular el movimiento de esos derechos de normalidad, quedando para la función judicial la definición de la contienda y atribuyendo a cada uno lo que por ley le corresponde.

En el caso de la teoría de fe pública, considera que la esencia de la función notarial se halla en la facultad de dar fe pública sobre la existencia específica de ciertos actos de

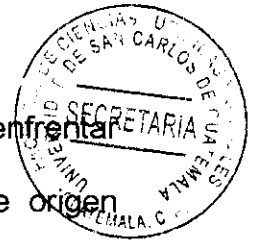


trascendencia en el campo del derecho, mediante la creación del respectivo documento, por eso el acto notarial revestido de fe pública impone a todos la creencia en su certeza, la cual se la atribuye el poder público.

En el caso del notario latino, son notas características de su profesión, colaborar en la construcción técnica de la estipulación de actos que recogerá el documento, aun en los casos en que haya procedido asesoramiento de un abogado, no se puede desconocer este aspecto de la actuación notarial, a la vista de las normas que le obligan a examinar los proyectos o minutas que presenten los interesados y a negar su autorización en los casos de incapacidad legal, falta de representación, incumplimiento de normas administrativas, oposición a la ley, la moral o las buenas costumbres u omisiones de los requisitos necesarios para la validez del acto.

Asimismo, el notario latino colabora en la construcción jurídica en relación a la voluntad de las partes o del compareciente, en cuanto es su intervención la que hace nacer eficazmente los negocios jurídicos formales, cuando lleva a cabo la autenticación; es decir, imposición de la fe pública en su más estricto sentido, al acto jurídico, con lo cual este adquiere veracidad plena entre las partes y frente a terceros, salvo los vicios de falsedad o simulación, principalmente porque el surgimiento del notario se orienta a probar, en su día, los actos o negocios jurídicos que se someten a su amparo en la esfera de las actuaciones privadas.

Paralelamente a esa finalidad probatoria de hechos y actos surge en la función una finalidad contingente y transitoria que no es característica de ella como es la de legitimar



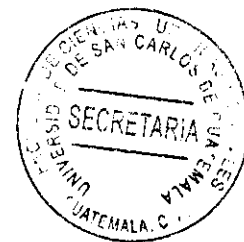
los derechos, lo que ha permitido la evolución de las instituciones jurídicas para enfrentar la complicación creciente de las relaciones humanas, especialmente las de origen típicamente notarial, que es la de dar forma solemne condición de existencia a determinados negocios jurídicos, para lo cual existe una función técnica profesional a cuyo cuidado se encomienda la creación solemne del instrumento público.

Es por eso de que la actividad del notario debe considerarse, no como el desempeño de un cargo público, sino como el ejercicio de una ciencia y arte que exigen condiciones especiales; en otras palabras, el notario no es un empleado público; es un profesional que por delegación del Estado ejerce su profesión en un campo determinado y preciso; es decir, existe una carrera notarial que está formada por el conjunto de normas legales y reglamentarias que determinan y condicionan la vía por la cual una persona llega a ser investida por el Estado de la calidad de notario, autorizada para ejercer la función y delimita su status jurídico.

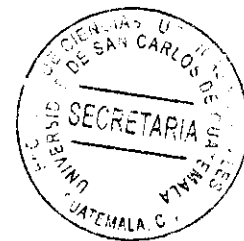
Como consecuencia de esta profesionalización del notario, en el ejercicio de su cargo este tiene toda una serie de precisas incompatibilidades que propenden a asegurarle su imparcialidad y libertad de acción, por lo que su investidura no puede hacerse por la sola voluntad de esta o aquella persona, sino mediante un proceso académico debidamente regulado en las leyes de la materia, mientras que su ejercicio profesional se puede realizar luego de un riguroso procedimiento ante el colegio de profesionales respectivo. Siendo el notario un profesional, después de ingresado a la carrera, adquiere el máximo de inamovilidad, ya que solo en los casos previstos en la ley y mediante los procedimientos pertinentes, podrá ser privado de su carácter de notario; asimismo, como

elemento complementario de la carrera, se requiere la existencia de un Código de Ética Profesional, contentivo de las reglas deontológicas de la profesión, reguladoras de las relaciones del notario, tanto con sus colegas como con la clientela.





CAPÍTULO III

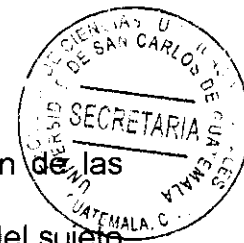


3. El testamento

El testamento es históricamente, el acto jurídico por causa de muerte por excelencia, por lo que tiene un amplio reconocimiento en el derecho positivo de cualquier latitud del mundo, debido principalmente a la preocupación del ser humano por perpetuar su patrimonio con sus descendientes, lo cual ha sido la razón por la que el derecho ha tutelado la facultad de toda persona física de determinar el destino de la riqueza que ha acumulado en vida, lo cual explica el motivo por el cual la figura del testamento, como cauce formal de las diferentes manifestaciones de voluntad, que van desde el destino del cadáver hasta la ordenación de una fundación a la que se dota de patrimonio.

3.1. Distinción entre acto por causa de muerte, última voluntad y después de muertos

El acto por causa de muerte es aquel que tiene por función propia el regular las relaciones patrimoniales y no patrimoniales del sujeto para el tiempo posterior a su muerte, al cual ningún efecto legal es derivado entre particulares o a favor de estos, antes de tal evento, debido a que la muerte no aparece prevista, como un evento cualquiera, extraño a la estructura del acto *mortis causa*, sino que es un elemento inseparable, característico de su función, pues la misma funge como una condición legal que compone, junto al acto, una especie objetivamente compleja; es decir, es presupuesto legal o elemento constitutivo del acto.

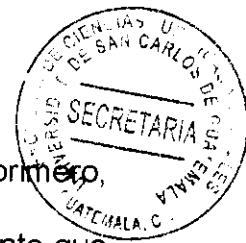


“El acto *mortis causa* es aquel que tiene por su propia función la regulación de las relaciones y situaciones que vengan a formarse en vía originaria con la muerte del sujeto y que a su muerte de alguna forma tiene su autónoma calificación, es aquel que tiene como contenido propio la disciplina de una situación *post mortem*, siempre que de la muerte del sujeto autor del acto se derive una calificación jurídica autónoma. La calificación *mortis causa* del acto hace alusión al elemento objetivo funcional del mismo, en tanto que se refiere a la suerte de relaciones patrimoniales de una persona natural después de su muerte”.¹²

En otras palabras, lo que distingue al acto por causa de muerte de cualquier otro acto no es tanto el hecho que el evento muerte de su autor sea elevado a la categoría esencial del acto, cuanto el hecho que tal evento está afirmado en el esquema, a punto de referencia de los efectos o de uno de los efectos del acto, si bien como punto de origen y de individualización de la misma situación regulada, que es la situación que vendrá a subsistir después de la muerte del sujeto.

Esto significa que no se considera causa de muerte el supuesto en que se pacta la cesación de un arrendamiento para el caso de muerte del arrendador, ya que el evento muerte funciona aquí como una simple condición resolutive del vínculo, tampoco la donación a término inicial de la muerte del donante, puesto que esta es actual, aunque el efecto traslativo está diferido al desenvolvimiento de un término, puesto que en ambos casos, se trata de una situación complementaria al hecho de la muerte de un individuo.

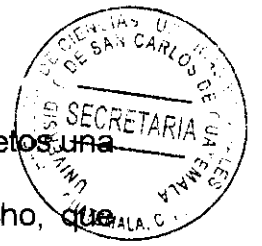
¹² Espinar Lafuente, Francisco. **La herencia legal y el testamento**. Pág. 56.



Debe distinguirse el acto de causa de muerte del acto entre vivos, en que en el primero, el rol de la muerte es objetivo, forma parte de la causa o función del acto, en tanto que en el segundo, la clasificación obedece al plano de los efectos del acto para los sujetos y al modo de ser de los efectos del acto en relación con los mismos sujetos; es decir que, el acto entre vivos implica una relación intersubjetiva, una situación que, de algún modo, vincula e interesa correlativamente a varias personas vivientes.

El acto entre vivos es del común comercio de las personas, siempre que esté legalmente permitido; o sea, el acto del que se origina una situación jurídica la cual incide contemporáneamente en la esfera jurídica de su autor o de uno o más terceros; por ello, ambas categorías no son contradictorias, sino perfectamente compatibles, por lo que se puede hablar de actos entre vivos a causa de muerte, tal como los contratos sucesorios en aquellos ordenamientos que los admiten, en los que desde el ángulo objetivo la muerte actúa como causa, si bien con efectos vinculatorios entre instituyente e instituido.

Este acto entre vivos produce, ciertos efectos inmediatos entre los contratantes desde el punto de vista del vínculo obligatorio o relación intersubjetiva, ya que, de ordinario, la disposición por causa de muerte contractual es irrevocable sin el consentimiento de las partes y, aunque el disponente pudiera influir indirectamente sobre la suerte de la atribución mediante actos de disposición entre vivos, el heredero o legatario contractuales pueden, al causarse la herencia, impugnar los negocios jurídicos que se generaron a partir de no observar los requerimientos legales para su otorgamiento o porque no se cumplieron con todos los requisitos legales establecidos, tanto a título oneroso como gratuito, concertados en fraude de sus derechos.



Esto significa que, en el acto entre vivos, el contrato sucesorio crea entre los sujetos una relación jurídica preliminar, del que nacen verdaderas expectativas de derecho, que merecen tutela legal, aun cuando los efectos definitivos del negocio dependan de la muerte del disponente, aunque antes pueden y deben seguirse los llamados efectos conservativos o preliminares para la justa tutela de aquellas expectativas.

Por aparte, como una especie dentro de los actos jurídicos por causa de muerte se ubica la figura de los actos de última voluntad, definidos como aquéllos en los no sólo la muerte es el elemento causal del acto, sino que son expresivos de la última y deliberada voluntad del sujeto; se trata de actos que representan para el sujeto la posibilidad de retornar sobre su determinación a través de la revocabilidad, por lo que estos no son no sinónimos de última voluntad expresada en el momento de la muerte, sino que significa más bien acto de voluntad que ha de ser eficaz después de la muerte y por eso es la última entre varias voluntades que el testador haya manifestado sucesivamente.

Por ello, el acto de última voluntad se contrapone a los actos entre vivos porque son precisamente los actos de última voluntad, que no los de causa de muerte, los que son eficaces para los terceros únicamente con la muerte de su autor, nunca antes, siendo el paradigma de dichos negocios el testamento.

Tema aparte son los actos atributivos después de la muerte o *post mortem*, que son aquellos negocios jurídicos en los que la disposición patrimonial obedece a un momento en que el sujeto está aún con vida quien difiere la ejecución o agotamiento de determinados actos vinculados con su patrimonio para cuando sobrevenga su muerte,



por lo que, en estos actos, el hecho de la muerte es el término de regulación negativo o sea, el momento en que se va a producir un efecto determinado.

Este acto es una manifestación de voluntad del progenitor para cuando se haya muerto, tal como que autoriza a su cónyuge supérstite, con los efectos que esa declaración de voluntad tenga en materia filiatoria y sucesoria; se trata de actos en que la muerte es punto de referencia para la adquisición, modificación o extinción de un derecho, nunca su elemento causal.

3.2. El testamento como principal especie de los actos jurídicos por causa de muerte

Se ha dicho, con toda razón, que el testamento es el principal tipo dentro de los actos de última voluntad, que a su vez es especie de los actos por causa de muerte, en el que se incluye declaraciones patrimoniales, declaraciones o derechos relativos a las personas como reconocimiento de hijos o nombramiento de tutor, entre otros, puesto que por medio de este una persona dispone de todo su patrimonio o de una parte de éste para después de su muerte, con las limitaciones que la ley de mérito establezca, lo cual permite ubicar que el precepto determinante del testamento está más encaminado a expresar el contenido del testamento que su definición.

“El testamento es la expresión de la última y deliberada voluntad de un ser humano, exteriorizada solemnemente, conforme con la ley, por persona capaz, para que surta efectos jurídicos frente a terceros sólo después de la muerte de su otorgante, sin



necesidad de que llegue a su conocimiento, por el cual se ordena la sucesión *mortis causa* de su autor, pudiendo ser reservorio de otras manifestaciones de voluntad de carácter no patrimonial".¹³

O sea que el testamento significa para el otorgante la posibilidad de establecer premios o castigos para sus familiares reconocidos o no, así como a amigos o terceras personas que, por motivos particulares, tal como el agradecimiento por haber sido un apoyo, el testador determina dejarle un legado, el cual aparte de todos sus bienes, los cuales puede dejar a la familia, debido a que goza de la libre disposición de la masa hereditaria por tener el dominio o la posesión sobre sus bienes.

Estos elementos determinantes del testamento permiten que se pueda comprender la fundamentación jurídica del testamento desde su sentido formal, el cual está orientado hacia conceptuar el testamento no en su consideración de negocio jurídico, sino el concebirse como una simple forma documental apta para recoger en sí la más disímil gama de negocios a causa de muerte admitidos en el ordenamiento jurídico, por lo que se considera que lo que caracteriza al testamento más que un determinado contenido es la forma, por lo que el mismo es un simple caparazón en que pueden tener cobija las más variadas manifestaciones de última voluntad con designio normativo.

En el caso del sentido sustancial y amplio del testamento, es un tipo negocial a causa de muerte, de carácter general y contenido variable, patrimonial y no patrimonial; según esta

¹³ *Ibíd.* Pág. 57.



variante, el testamento se asimila con el acto de última voluntad y éste con aquél, donde tienen cabida las más disímiles disposiciones del testador, no ligadas con el patrimonio, mientras que si se aborda desde el sentido sustancial y estricto, el testamento es el negocio jurídico unilateral típico, para disponer del patrimonio para después de la muerte.

3.3. El testamento como título sucesorio

La preeminencia que el ordenamiento jurídico le otorga a la voluntad del causante, tiene varias manifestaciones positivizadas, tales como reconocer como primera fuente de las sucesiones, a partir de lo cual, la sucesión testamentaria se regula con preeminencia a la intestada, cumpliendo esta última funciones supletorias o complementarias de la primera, puesto que la voluntad del testador incide en la determinación de si se está en presencia de un heredero o de un simple legatario, debido a que corresponde únicamente al testador la amplia libertad de testar y la facultad de rehabilitar a los incapaces para suceder, así como distribuir todo el patrimonio en legados.

Asimismo, el testador tiene la posibilidad de imponer un modo a herederos o legatarios instituidos o de imponer obligaciones a los legatarios, nombramiento de albaceas, con las facultades expresamente conferidas por él, en el término también señalado al efecto, por eso, le está atribuido al causante el ejecutar por sí mismo la partición, ya por actos entre vivos o por causa de muerte, entre otras potestades que le otorga la ley.

El testamento como título sucesorio es aquél en cuya virtud se defiere la herencia del causante. Dentro de los títulos sucesorios negociales el testamento es el principal. Por



esta razón, es en ese orden probatorio o demostrativo es que se entiende al testamento como título sucesorio, pues en un sentido constitutivo, causal o generativo habrá que situar la manifestación de voluntad del causante, eso sí exteriorizada a través de la forma requerida por ley, por tener ésta un valor constitutivo solemne, puesto que para su validez legal se requiere que cumpla con todos los requisitos legales establecidos.

3.4. Caracteres del testamento

Los elementos que caracterizan al testamento son que el mismo es un acto jurídico por causa de muerte; en este sentido, el testamento es un acto jurídico como manifestación enteramente deliberada y libre de una persona física, único tipo de persona que para el derecho tiene aptitud para testar; asimismo, es un acto en que la muerte juega el rol de ser elemento causal o como razón misma de su existencia, por consiguiente al testamento le resultan de aplicación todas aquellas normas reguladoras de ese acto jurídico para que tenga plena validez legal, aunque siempre tienen derechos los presuntos herederos a redargüirlo de nulidad en el plazo de ley.

“El testamento es necesariamente un acto unilateral. Sólo requiere una única declaración de voluntad: la del testador. Atrás han quedado las tesis que se han fundado en una pretendida contractualidad del testamento, puesto que ni el testamento es una oferta, ni la aceptación del heredero es una respuesta, sino que el testador se limita a nombrar al designado. Testamento y aceptación son dos negocios jurídicos distintos y autónomos”.¹⁴

¹⁴ **Ibíd.**



Esta autonomía entre estos dos negocios se debe a que el testador tiene la libre disposición de sus bienes de acuerdo a sus deseos o intereses, por lo que los deja en carácter de herencia y legados, solo como la primera o exclusivamente en forma de la segunda, lo cual es su derecho; sin embargo, a quien le deje herencia o legado tiene libertad de aceptar la voluntad del testador o bien renunciar a su derecho a ser heredero o legatario, aspectos que hacen estas dos acciones legales distintas.

La razón de esta unilateralidad viene dada como vía para garantizar la absoluta independencia en la formación libre y espontánea de la voluntad, por ello la unilateralidad no es sólo condición suficiente, sino también necesaria, para que el acto despliegue sus efectos, estableciéndose imperativamente la estructura de la declaración de última voluntad testamentaria.

Vinculada directamente a la unilateralidad, la declaración de voluntad testamentaria no requiere del conocimiento de los herederos o legatarios instituidos para que surta plenos efectos jurídicos para éstos, tras el deceso del testador, pues se trata de una declaración de voluntad que por sí sola da vida al testamento, debido a que tal declaración de voluntad en sí misma es suficiente para crearlo, lo cual significa que la aceptación de los beneficiarios, sólo es necesaria para la adquisición de los bienes hereditarios, pero tal negocio es independiente del testamento.

El testamento es un acto en consideración de la persona, debido a la llamada personalidad del testamento que implica el carácter personalísimo que éste tiene, a partir de lo cual su otorgamiento es indelegable e insustituible, porque están proscritos los



poderes testamentarios, asimismo, tampoco se admiten los testamentos por comisario o mandatario; asimismo, quienes resulten incapaces para testar, simplemente no tienen el derecho de otorgar testamento, en consecuencia, su sucesión se rige inexorablemente por la sucesión intestada, porque la ley no admite excepción de tipo alguno, puesto que de hacerlo perjudicaría la finalidad de esta figura jurídica, asimismo abriría las posibilidades de una manipulación de las personas incapaces a favor de extraños.

Es importante tener en cuenta que no sólo se trata de que el testamento debe ser un acto unilateral, aun cuando esta calidad responde al número de declaraciones de voluntad que estructuralmente conforman al acto.

En otras palabras, el carácter individual o unipersonal del testamento es el sustento por el que la mayoría de los ordenamientos jurídicos prohíben bajo nulidad radical o absoluta la mancomunidad testamentaria; esto es, el que más de una persona otorgue testamento conjuntamente; no obstante, en tales casos seguirá siendo el testamento unilateral, cuando dos o más personas testan en un mismo instrumento en beneficio de un tercero.

“La razón de la prohibición de testar conjuntamente se orienta en evitar disposiciones captatorias y para asegurar la libre revocabilidad del testamento, violar esta prohibición de testar conjuntamente, al igual que el del carácter individual, genera la nulidad absoluta y total del testamento, pues es esencialmente revocable el acto jurídico testamentario por parte del testador”.¹⁵

¹⁵ Somarriva Undurraga, Manuel. **Derecho sucesorio**. Pág. 94.

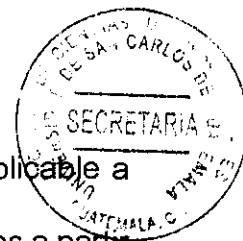


La prohibición de este acto de testar conjuntamente se orienta a evitar que los aspectos privados o sentimentales de los otorgantes prevalezcan para obligar a cualquiera de ellos a actuar en contra de su voluntad, puesto que puede darse el caso de querer dejar sus bienes a otras personas, pero al hacerlo conjuntamente, se obligaría a heredárselos a su cónyuge, sin que realmente sea eso lo que desea hacer.

La revocación del testamento es un acto que elimina el valor del testamento como precepto de derecho privado; frente a la revocabilidad esencial de los testamentos se han considerado opuestas las cláusulas derogatorias de testamentos posteriores, dirigidas a obstaculizar anticipadamente el efecto derogatorio ejercido por los testamentos ulteriores sobre alguno anterior mediante la inserción en éste de cláusula de este tipo, siendo la finalidad de estas cláusulas era la de prevenir determinadas circunstancias personales del testador.

Entre estas causas personales se encuentran la necesidad de ocultar sus verdaderas determinaciones; influjos posteriores de las personas que le rodearon o de su debilidad en la última enfermedad o cualquier otro accidente que pudiera influir en que se viere compelido a efectuar alguna disposición testamentaria que no correspondiere a su serena, reflexiva y libérrima voluntad.

Para evitar cualquier influjo en su determinación, recurre el testador a la previsión de que el testamento que otorga no se entenderá revocado si el posterior no contuviese la específica cláusula derogatoria prevista al efecto, ya sea reproducida entera o en cuanto a ciertas palabras o expresiones de la verdadera voluntad derogatoria.



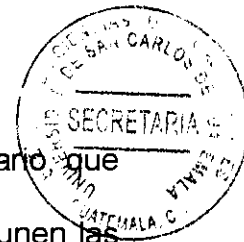
De igual manera, el testamento es un acto solemne, siendo tal solemnidad aplicable a todo tipo de testamento común u ordinario e, incluso, a los testamentos especiales a partir de que la constancia de la voluntad del testador debe revestir las formas jurídicas estimadas necesarias para su validez y eficacia, cuyo quebrantamiento da lugar a la nulidad, principalmente porque el incumplimiento de las formalidades exigidas por la ley.

Este incumplimiento de las formalidades legales trae aparejada la nulidad del testamento, cuya imperatividad viene dada por el interés del legislador de proteger la manifestación de voluntad ante comportamientos que denoten ligereza por parte de éste o actos que supongan presiones externas, las cuales tergiversen completamente la voluntad de quien testa, a partir de obligarlo por aspectos familiares, culturales o políticos a orientar su decisión de una manera diferente a la que desea dejar sus bienes.

3.5. Contenido del acto jurídico testamentario

El testamento es un acto dispositivo patrimonial; sin embargo, ello no significa que pueda contener no sólo disposiciones de esta índole, sino también otras de carácter personal o familiar, de ahí que buena parte de los códigos civiles más modernos hagan referencia a la posibilidad de que el testamento contenga disposiciones de naturaleza no patrimonial, a las cuales se les ha denominado típicas y atípicas, siendo estas últimas las que se encuentran o no previstas expresamente en la ley.

Forma parte del contenido de las disposiciones típicas del testamento todo lo que concierne propiamente al ordenamiento de la sucesión por causa de muerte por parte del

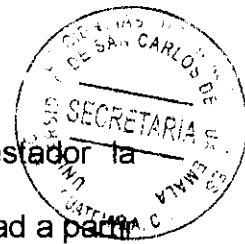


testador; o sea, lo relativo a la institución de heredero o la designación de legatario, que a su vez constituyen las disposiciones principales del testamento, a lo cual se unen las que clasifican como accesorias, por estar ligadas o vinculadas a aquéllas, entre las que se incluyen las disposiciones accesorias, tal como una condición para que exista el derecho a tomar posesión del mismo, siempre que esa condición esté apegada a la ley, al legado, a la institución de heredero y al nombramiento de sustitutos.

Entre las disposiciones accesorias también se encuentran las cláusulas por las que el testador prohíbe el acrecimiento entre herederos o legatarios, nombra albaceas, expone facultades conferidas, establece el término del albaceazgo, determina disposiciones por las que el testador prohíbe expresamente la división de la herencia; expone sobre la partición de la herencia; nombra partidor de la herencia; o prohíbe toda intervención judicial en la herencia, siempre y cuando la ley lo permita.

“Componen el llamado contenido atípico del testamento aquel conjunto de disposiciones suficientemente numerosas, frecuentes y representativas de los diversos actos jurídicos que pueden formar parte de un testamento por disposición legal o por decisión propia del testador. Se sitúan dentro de las disposiciones reconocidas en el ordenamiento jurídico, la rehabilitación del incapaz para suceder comprendido en cualquiera de las causales reconocidas legalmente; la revocación de un testamento precedente; la revocación del beneficiario designado en una cuenta de ahorro o sobre designación y pago a beneficiarios en cuentas de ahorro individuales y otros depósitos”.¹⁶

¹⁶ Ramírez Fuertes, Roberto. **Sucesiones**. Pág. 19.



Lo citado permite comprender que la legislación vigente le permite al testador la posibilidad de modificar lo vertido en el testamento como acto de última voluntad a partir del surgimiento de circunstancias nuevas que le hagan decidir actuar de otra manera, tales como el nacimiento de un nuevo hijo o el fallecimiento de uno de los herederos o legatarios, por lo cual puede redefinir el destino de sus bienes.

Asimismo, en el contenido atípico se incluye el reconocimiento de un hijo; la orden para que se constituya una fundación; el reconocimiento de deudas; exclusión de posibles herederos *ab intestato*; expresión del consentimiento para que pueda ser utilizado por su cónyuge supérstite el material genético del testador tras su fallecimiento; expresión del consentimiento para disponer de partes del cuerpo humano; nombramiento de un tutor para el hijo menor o persona mayor de edad incapacitada; disposiciones sobre el destino del cadáver, así como lugar del entierro, sobre los servicios fúnebres y el entierro.

“Dentro del contenido del testamento hago un aparte a una figura que ha ido ganando mucho terreno en los últimos quince años. Me refiero al mal llamado testamento vital. El término testamento vital nació en 1967, gracias a un abogado de Chicago, haciendo referencia a un documento en el que cualquier persona pudiera indicar su deseo de que no se le aplicara un tratamiento en caso de enfermedad terminal. Esta figura está estrechamente vinculada con las organizaciones y asociaciones pro eutanásicas. La expresión tomada del inglés denota una contradicción en términos porque resulta imposible que un testamento recaiga sobre la decisión de poner fin a la propia vida”.¹⁷

¹⁷ **Ibíd.**

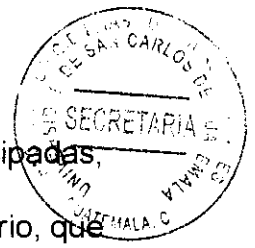


Teniendo en cuenta lo citado, se puede definir este testamento vital como aquella declaración de voluntad con directrices anticipadas que hace una persona con lucidez mental para que ésta sea respetada cuando quede privado de capacidad por causa sobrevenida; es decir, son decisiones que toma la persona antes que otros lo hagan por él, ante situaciones vitales personales y sociales que implican un respeto a las creencias, sentimientos y filosofía personal.

En otras palabras, es aquel acto en el que una persona manifiesta su voluntad sobre tratamientos médicos que desea recibir o no recibir, en caso de padecer una enfermedad irreversible o terminal que le impida expresarse por sí misma, lo que se sostiene como derecho en este tipo de documentos es la muerte digna, en lo que concierne e involucra a la asistencia y tratamiento médico a practicarse sobre un paciente que se encuentra bajo una condición física o mental incurable o irreversible y sin expectativas de curación.

Se debe entender que, en general, las instrucciones de estos testamentos se aplican sobre una condición terminal, bajo un estado permanente de inconsciencia que no posibilite que la persona recupere la capacidad para tomar decisiones y expresar sus deseos en el futuro; o sea, es allí donde un testamento vital insta a que el tratamiento a practicarse se limite a las medidas necesarias para mantener confortable, lúcido, aliviando del dolor, incluyendo los que puedan ocurrir como consecuencia de la suspensión o interrupción del tratamiento.

“Actualmente, amén de las críticas a la que esta figura es objeto no sólo en el orden religioso o ético, sino también jurídico, cualquiera sea su denominación, cuando lo que



importa es su esencia, se le suele llamar directrices anticipadas o voluntades anticipadas, ya que el poner fin a la vida es bastante ajeno a la naturaleza del acto testamentario, que por naturaleza es *mortis causa*, o sea, es la muerte su elemento causal-funcional, además de ser un acto de última voluntad, esto es, un acto que no produce efecto alguno, hasta tanto no acontezca el deceso de su autor, no para poner fin a su vida”.¹⁸

Los que defienden esta última voluntad o testamento vital, se fundamentan en que el citado acto ha de suscribirse libremente, puesto que el mismo tiene como objetivos respetar el principio de autonomía personal, dar un respaldo seguro para el paciente de que se respetarán sus deseos para el final de su vida: finalidad jurídica para la que es necesaria una ley que le otorgue fuerza legal y defender al profesional de la medicina de efectos penales posterior por su ayuda al suicidio, puesto que el debate planteado es indivisible del concepto de eutanasia activa que incumbe a la acción de quitar la vida de manera artificial a un paciente para no esperar que muera por razones naturales.

En todo caso, se comparte la opinión de los autores citados que consideran esa decisión directrices o voluntades anticipadas, pues esa decisión es ajena a la naturaleza del acto testamentario, que por naturaleza es dejar por escrito los últimos deseos para después de morir y no un mecanismo para ayudar a la persona que termine con su vida para no tener que sufrir por una enfermedad; es decir, el testamento es sobre los bienes y voluntades luego de haber fallecido la persona, por lo que el testamento vital no es testamento, jurídicamente hablando, sino peticiones para morir dignamente.

¹⁸ *Ibíd.*



3.6. Interpretación del acto jurídico testamentario

Cuando se habla de la interpretación del acto jurídico testamentario, se está ante la idea de descubrir la verdadera y real voluntad del disponente u otorgante a los fines de que la voluntad contenida en el testamento produzca los efectos queridos y permitidos legamente, a partir de una operación mental con la que se persigue encontrar el auténtico sentido y alcance de la voluntad testamentaria.

La interpretación del testamento permite entender que el mismo es una de las manifestaciones del principio de autonomía de la voluntad, respaldado en el ordenamiento jurídico y garantizado a favor de los particulares y que es al fallecimiento del autor de la manifestación de voluntad, el momento en que el acto irradia efectos para los terceros, lo cual priva al intérprete de poder acudir al testador en caso de duda o ambigüedad, por lo que quien interpreta esa última voluntad no tendrá otra vía posible que concurrir al instrumento en que se vertió la misma, con la finalidad de no suplantar la voluntad real por otra hipotética generada por el intérprete.

"Se puede distinguir un concepto amplio de la interpretación del testamento, comprensivo del contenido de la última voluntad para que personas diferentes del declarante puedan llevarla a la práctica; un concepto más estricto, equivalente a la investigación y determinación de la voluntad testamentaria cuando se ha manifestado de manera oscura o defectuosa y un concepto técnico jurídico, como actividad judicial dirigida a fijar la voluntad normativa del causante; es decir, la interpretación en sede judicial del testamento consistiría en la actividad judicial, rogada por los particulares, encaminada a



determinar la verdadera voluntad del testador y a resolver el conflicto de intereses surgido en relación con ella".¹⁹

Como se aprecia, con la interpretación testamentaria debe indagarse la voluntad inmanente de la norma, en tanto que en la interpretación del testamento se examina la voluntad del testador, pues lo más normal es que la ley esté redactada de manera técnica y precisa, mientras que el testador puede expresarse de las más disímiles maneras, claras en unas oportunidades, enrevesadas o confusas en otras, incluso puede darse que al otorgar el testamento se encuentre en un estado de depresión, por lo que el intérprete deberá buscar en las circunstancias personales del otorgante.

A diferencia de la interpretación legal que por regla general es auténtica pues está hecha por el propio legislador, la del testamento corresponde a los jueces y a las personas a las que corresponda la ejecución del testamento, tales como los albaceas; asimismo, la reflexión sobre la voluntad del testador se distingue de la interpretación contractual, lo cual viene dado por el carácter unilateral y no recepticio de los testamentos, al prescindirse en su interpretación de los principios de confianza y responsabilidad; tampoco hay que buscar la común intención de las partes, ni el equilibrio de intereses, sino indagarse la verdadera y exacta intención del testador.

En otras palabras, la interpretación testamentaria debe orientarse únicamente en la búsqueda de la intención del testador, a partir de que la peculiaridad de la hermenéutica

¹⁹ **Ibíd.**



testamentaria está dada por la misma naturaleza y estructura del acto de última voluntad, puesto que el testamento aparece como una voluntad perfectamente clara para su autor, pero su verdadero fundamento es técnico jurídico el cual obliga al intérprete a encararlo desde lo que supone quería el testador.

Por eso el acto de última voluntad exige una interpretación muy particular porque se trata de un acto no destinado a operar en el tráfico jurídico ordinario, sino a ordenar una determinada regulación de intereses para el tiempo en que el sujeto habrá dejado de vivir, por lo que frente a la declaración de voluntad del testador se impone establecer lo que él realmente quiso, dándole puntual ejecución, en tanto la letra no traicione el espíritu de la disposición y refleje la verdadera voluntad del testador.



CAPÍTULO IV



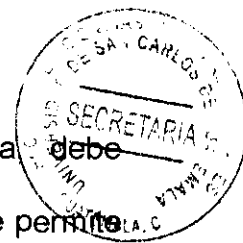
4. Validez jurídica de que el testador manifieste de palabra su última voluntad

La voluntad del testador es una expresión plurivalente. No se discute que sea ley de la sucesión si se respetan forma, capacidad, legítimas y cualesquiera prohibiciones. Naturalmente la voluntad ha de ser libre y exenta de causas o motivaciones erróneas determinantes. Las motivaciones determinantes son más atendibles en el testamento que en los contratos, porque en él no hay que proteger ninguna confianza de otros sujetos y la voluntad no ha de retroceder ante ella, como, por el contrario, sucede en los contratos.

Las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador, no puede delegarlas, ni otorgar poder a otro para testar ni dejar ninguna de sus disposiciones al arbitrio de un tercero. En cuanto a la validez del testamento hecho con las formalidades de la ley, se mantiene durante la vida del testador, cualquiera que sea el tiempo que pase desde su formación, se presume que el testador persevera en la misma voluntad mientras no esté revocado.

A voluntad del testador el testamento es revocable hasta su muerte y carece de efecto, la renuncia o restricción a ese derecho. La voluntad de testador, presente en las facultades del albacea, que serán las que designe el testador conforme a las leyes y si no las hubiere designado, aquél tendrá todos los poderes que según las circunstancias sean necesarios para la ejecución de la voluntad del testador. Ahora bien, el testador debe obrar con intención, discernimiento y libertad, es decir, reunir los elementos de la

voluntariedad, sin los cuales los hechos no producen obligación alguna ~~debe~~ conceptuarse como la capacidad intelectual corriente del hombre normal que le permite comprender lo que hace y advertir las consecuencias previsibles de sus acciones.



4.1. Formas de expresar la última voluntad

Entrando en el tema concreto, que ocupa esta investigación, el Código Civil da a potenciales testadores varias alternativas para expresar su última voluntad. Pero si el testador opta por una forma, debe cumplirse con la observancia de la ley. Al testamento por acto público, conocido también, como testamento notarial o testamento abierto, el testador lo otorga mediante escritura pública y ante escribano que autoriza, quien da fe y firma la escritura conjuntamente con el otorgante y los testigos del acto. Esta clase de testamento goza de la presunción de autenticidad del instrumento público.

La intervención de un experto como el escribano hace suponer que se reducen al mínimo las probabilidades de que se incurra en equívocos que puedan traer aparejada la nulidad del acto, no sólo en lo que hace al resguardo de las formas, sino también a la procedencia de las disposiciones contenidas en él y su eficacia, entre otros; la solemnidad del acto descarta la duda sobre si se trata de un mero proyecto. Más allá, de la seguridad que encierra tal instrumentación, este artículo lo centraré en la voluntad del causante, cualquiera sea la clase de testamento en el que haya volcado su última voluntad.

No debe buscarse una suerte de perfección ideal, sino que debe apreciarse si el testador se hallaba en condiciones de expresar el querer y entender propio de su personalidad,



mientras que no se traspongan los límites de su normalidad. Es necesario que el trastorno sufrido por el testador tenga tanta importancia psicológica como para que sea capaz de abolir completamente su conciencia y su libertad para actuar. No cualquier anormalidad o alteración de las facultades del espíritu es suficiente para viciar la voluntad de quien la padece, mientras no llegue a anular o comprometer gravemente el uso de razón.

Cuando se trata de un causante carente de legitimarios que impliquen restricción a su libertad de testar, no tiene por qué hacer constar en el testamento el móvil o causa final concreta que lo lleva a disponer en la forma en que se le ocurre y nadie está autorizado a indagar por qué obró así y no de otra manera. El derecho moderno no autoriza a investigar qué motivos decidieron al testador a mejorar a un heredero forzoso o a cuáles privaron para no instituir un pariente de grado sucesible pero no de carácter forzoso.

El derecho a disponer libremente de los bienes por actos de última voluntad es de aquellos que la doctrina considera discrecionales en el sentido de que su titular puede usar de ellos *ad libitum*; bastando la legalidad, pues no son susceptible de control, debido a que la voluntad es el alma del testamento, allí donde aparezca alguna manifestación de ella, libre y claramente expresada, los terceros no pueden hacer otra cosa que respetarla, porque las palabras y disposiciones del testador se han de adecuar a su real voluntad dentro del contexto total del acto, ante lo cual no debe leerse cada cláusula por separado, sino como parte del todo que es el testamento.

El derecho a testar es discrecional, no precisamente encausado, pero el móvil o causa final concreta del disponente es lo que queda sustraído de la apreciación judicial, basta



la causa final abstracta consistente en la intención liberal; con este alcance es que nadie puede pedir al testador que dé cuenta del uso que hace de su libertad, las razones subjetiva que impulsaron al causante a estructurar el llamamiento voluntario en la forma en la cual lo hizo, las omisiones efectuadas que quedarán en el arcano de su tumba, pues la ley no se ocupa de pesar, en todos sus grados, la bondad de los actos, sino que traza una gran línea, el orden público y las buenas costumbres.

El testador libre de actuar ha tenido conciencia de lo que hacía, su libre arbitrio es tenido por bueno, aun cuando fuese más arbitrario que razonable; la interpretación de las disposiciones testamentarias es función judicial, no dirigida tanto a desentrañar el significado normal y corriente de las palabras empleadas sino indagar la verdadera intención del causante, pero con una prioritaria regla de prudencia y debida interpretación encaminada a que las cláusulas testamentarias han de entenderse en un sentido gramatical, en tanto no se demuestre acabadamente que la voluntad del causante era distinta a la que aparece escrita.

Se impone partir que las palabras fueron utilizadas en su correcta y verdadera acepción, sobre todo si el testador era de un nivel cultural, social y económico, demostrativo de sus posibilidades para el debido contralor de cómo quedaban redactadas las manifestaciones de voluntad y por lo tanto no ser sujeto de tergiversación de sus intenciones, menos de manipulación por terceros para que cambiara las mismas.

En materia interpretativa de testamentos, lo único que interesa es la voluntad del causante, lo decisivo es lo querido por el testador, aun cuando no haya acertado en su



declaración testamentaria, debido a que la solemnidad del acto de testar tiene fundamento en distinguir meros proyectos con declaraciones de voluntad últimas y definitivas y salvaguardar en lo posible su espontaneidad, sinceridad y ponderación y si bien, en los testamentos por acto público se debe cumplir con las formalidades previstas, también es cierto, que resulta de suma importancia desentrañar e interpretar la voluntad del testador, de tal manera es deber del juzgador hacer que la intención del causante no se estrelle contra los preceptos formales, evitando así, resultados absurdos, destruyendo la voluntad del testador.

Cuando el testador carece de legitimarios, le asiste el derecho de disponer libremente de sus bienes por acto de última voluntad, es un derecho discrecional y es el móvil o causa final concreta del disponente es lo que queda sustraído de la apreciación judicial; tan es así, que nadie puede pedir al testador que dé cuenta del uso que hace de su libertad, la que puede ejercer sin ninguna restricción y sin necesidad de explicar el motivo o causa final concreta de su decisión.

Debe considerarse irrazonable el testamento que contiene cláusulas absurdas o incoherentes, cuya sola lectura lleva al ánimo del intérprete la convicción que es obra de quien carece de discernimiento; también, el examen de la razonabilidad se pone en movimiento cuando un testamento lesiona el derecho de alguien que es impuesto imperativamente al testador por una norma de orden público, pues no cabe duda de que la razonabilidad de la última disposición del causante, acorde a sus afecciones, es un hito valioso para arribar a la convicción, en todo momento de que la última voluntad del causante fue expresada a favor de quien razonablemente entendía que debía testar.



4.2. Tipos de voluntad testamentaria

En ocasiones se habla de la voluntad del testador sin precisar bien si se está hablando de una voluntad real, averiguada por medio de interpretación; esto es, de la voluntad de un testador concreto o de una voluntad obtenida por medio de una regla de integración; es decir, de una regla que considera voluntad del testador lo que, a juicio de la ley, en un supuesto dado es normalmente voluntad de los testadores; en este caso se habla de una voluntad irreal, que no ha sido probada en relación con un testador concreto.

“Una voluntad tácita también es una voluntad real de un sujeto determinado si se contiene implícitamente en una declaración suya, entendido el término declaración en un sentido amplio. La expresión voluntad presunta se utiliza a veces en el sentido de una voluntad supuesta por la ley como normal al establecer una regulación determinada y entonces es una voluntad irreal referida a un testador concreto y otras veces como voluntad real de un sujeto determinado obtenida por medio de presunciones y no de manera directa”.²⁰

Esta voluntad presunta citada por el autor no tiene validez legal en Guatemala, puesto que únicamente lo que el testador expresa de manera verbal al notario frente a los testigos y se encuentre debidamente incluido en la escritura pública que contiene el testamento o en el escrito realizado por el testador que hace un testamento cerrado, es lo que tiene plena validez legal, sino se encuentra faccionada la voluntad del testador en la escritura pública de testamento no existe en la vida jurídica.

²⁰ **Ibíd.** Pág. 23.



El diverso valor de la voluntad del testador puede comprobarse con algunos ejemplos en los que se debe distinguir la voluntad real de la voluntad hipotética o irreal, si se tiene clara esta distinción aparece con toda nitidez, por ejemplo, la relación entre derecho de acrecer y sustitución vulgar o la razón por la que el derecho de acrecer no se da en la mejora, a pesar de que en ella quepan gravámenes y sustituciones a favor de otro descendiente.

La voluntad efectiva del testador es una voluntad expresada de algún modo en el testamento, sin que el recurso a la llamada prueba extrínseca altere esa idea, porque la voluntad efectiva del testador ha de resultar de alguna manera del testamento; por eso no es voluntad efectiva del testador la que solamente se encuentre expresada fuera del testamento, pues una voluntad implícita en otra voluntad declarada expresamente en el testamento puede cubrir el requisito de la forma, pero el legislador puede no reconocerla en todo su alcance, dado que la voluntad irreal obtenida por integración de una laguna no cumple el requisito de la forma, porque basta que cumpla la declaración integrada.

La preterición llamada intencional es un supuesto importante de voluntad no expresada en el testamento que, sin embargo, se toma en cuenta más allá de lo que en principio significa: omisión supuestamente voluntaria de un legitimario en el testamento; es decir, la preterición intencional tiene lugar cuando se supone que el testador no ha mencionado al preterido porque no ha querido.

Se trata de entender que se supone porque el testador no ha expresado nada y no hay una declaración de voluntad testamentaria de omitir al heredero forzoso, es por eso que



cuando en la jurisprudencia o en la doctrina se califica como intencional una preterición no se hace, como es obvio, por comprobar la existencia de una declaración de voluntad del testador, sino más bien por la falta de esa declaración testamentaria.

Sin embargo, el silencio del testador, según la doctrina dominante, adquiere significado de declaración de voluntad en un negocio jurídico formal, lo que parece, como mínimo, excepcional, porque no parece claro que se considere válidamente implícita en las declaraciones de voluntad contenidas en el testamento la de no dejar nada al preterido.

“La voluntad de dejar todo a X, significaría la voluntad implícita de no dejar nada a Y, si su existencia se tiene presente en el momento de disponer a favor de X, la sanción de la preterición procede del deber impuesto al testador de pronunciarse sobre la sucesión de ciertas personas que la ley entiende han de ser sus herederos forzosos. Era una sanción del silencio y no de la falta de atribución de bienes en una época en la que no existía la legítima. Estas reflexiones obligan a plantear la cuestión de si realmente hay razones suficientes para que el preterido intencionalmente quede reducido a la legítima estricta”.²¹

Interpretando lo expuesto por el autor, se trata de entender que el testador ha dispuesto en el testamento algo sobre el legitimario supuestamente preterido, en realidad no habrá preterición; asimismo, si se puede averiguar el sentido de una declaración de voluntad, es porque existe esa declaración, pero mal se puede aplicar en caso de ausencia de declaración de voluntad; hay pues importantes problemas acerca de la voluntad del

²¹ **Ibíd.**



testador en la preterición y es que precisamente la preterición es la omisión en el testamento de una declaración de voluntad respecto de los herederos forzosos. Por otra parte, es necesario recordar que la preterición es un concepto esencialmente formal.

La voluntad real del testador no puede ser otra que la expresada en el momento del otorgamiento, pero la voluntad irreal, supuesta por la ley para integrar el testamento ante acontecimientos imprevistos, no tiene anclaje en un tiempo concreto precisamente por ser una voluntad irreal, a partir que el legislador se ha ocupado de la preterición no intencional, uno de cuyos supuestos clásicos es el de los hijos nacidos después del testamento o incluso después de la muerte del testador, donde supone la ley que los testadores que no previeron el nacimiento de hijos que les sobrevivieran.

En este supuesto, no debe importar una voluntad del testador no manifestada en testamento, porque las disposiciones testamentarias ineficaces no se convalidan por no ser revocadas, pues solo se necesita revocar disposiciones válidas, ya que las inválidas no se convalidan por no ser revocadas; se ha cuestionado si la intencionalidad ha de ser apreciada al momento del otorgamiento del testamento o con referencia a otro momento ulterior y si puede deducirse de la pasividad del testador que no revoca el testamento.

4.3. Regulación legal de la última voluntad en Guatemala

En Guatemala, la sucesión por causa de muerte se realiza por la voluntad de la persona, manifestada en testamento, pero si falta éste se resolverá a través de la sucesión intestada de acuerdo a lo dispuesto por la ley, pero en ambos casos, comprende todos



los bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte, debido a que los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, pudiendo la sucesión ser a título universal, que es cuando se sucede al causante en todos sus bienes y obligaciones transmisibles, a excepción de los legados, aunque también puede ser a título particular, el cual se da cuando se sucede en uno o más bienes determinados; llamándose la primera herencia y la segunda legado.

Toda persona capaz civilmente puede disponer de sus bienes por medio de testamento a favor de cualquiera que no tenga incapacidad o prohibición legal para heredar; asimismo, el testador puede encomendar a un tercero la distribución de herencias o legados que dejare para personas u objetos determinados, puesto que en Guatemala, de acuerdo con el Artículo 935 del Código Civil, Decreto número 106 del Jefe del Gobierno de la República de Guatemala regula que el testamento es un acto puramente personal y de carácter revocable, por el cual una persona dispone del todo o de parte de sus bienes, para después de su muerte.

Es importante establecer que, de acuerdo al Artículo 936 del Código Civil citado, la libertad de testar sólo tiene por límite el derecho que algunas personas tienen a ser alimentadas, especialmente los casos contemplados en la ley, aunque también el Artículo 945 de ese mismo Código regula que está incapacitado para testar el que se halle bajo interdicción, el sordomudo o el que hubiere perdido el uso de la palabra, cuando no puedan darse a entender por escrito y el que sin estar bajo interdicción no gozare de sus facultades intelectuales y volitivas, por cualquier causa, en el momento de testar, porque de hacerlo será nulo ese testamento.



Los testamentos cuando son comunes pueden ser abiertos o cerrados, siendo obligación que el primero de estos deba otorgarse en escritura pública, como requisito esencial para su validez, para lo cual el notario redactará el testamento y procederá a su lectura en presencia de los testigos, en un solo acto y sin interrupción.

Si es un ciego quien otorga testamento debe intervenir un testigo más de los que se requieren para el testamento abierto; asimismo, ese testamento será leído en alta voz dos veces, la primera por el notario autorizante y la segunda por uno de los testigos elegido por el testador; si quien otorga un testamento abierto es un sordo, el Artículo 958 del Código Civil citado, establece que deberá leer él mismo en voz inteligible, el instrumento, a presencia del notario y testigos, lo que se hará constar.

El Artículo 959 del Código Civil ya citado, establece que para el testamento cerrado se observarán las solemnidades pertinentes prescritas para el testamento abierto; además, el papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada para que no pueda extraerse sin romper esta y ante el notario, 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 si por no poder firmar, lo ha hecho a su ruego otra persona, cuyo nombre expresará; posteriormente el notario extenderá el acta de su otorgamiento sobre la cubierta del testamento y dará fe de haberse observado las formalidades legales.

Estas formalidades para el testamento cerrado se establecieron legalmente con la finalidad de evitar cualquier situación que permita a terceras personas sustraer el



testamento escrito por el testador y cambiar el contenido del mismo, lo cual no se sabría al abrirse el contenido de la plica luego del fallecimiento del testador.

El Artículo 960 del mencionado Código Civil, regula que no pueden hacer testamento cerrado el ciego ni quien no sepa leer y escribir; mientras que, el Artículo 961 de ese mismo cuerpo legal, estipula que los que no pueden hablar, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, pero tanto el testamento como el acta de la plica deberán ser escritos y firmados de puño y letra del testador, lo cual busca con ello garantizar que realmente sea la voluntad del que no puede hablar.

Este Artículo se orienta de igual manera a garantizar que se resguarde la última voluntad del testador, puesto que ni el ciego ni quien no lee ni escribe tendrían la posibilidad de comprobar la veracidad de lo escrito supuestamente por ellos, sea realmente lo que está guardándose dentro de la plica, por lo que la prohibición se orienta a que se respete la voluntad del testador para cuando fallezca y no sea tergiversada de ninguna manera ni por ningún motivo, lo cual se considera una regulación adecuada en función de garantizar la seguridad jurídica del contenido del testamento.

En todos los casos, autorizado el testamento cerrado, el notario lo entregará al testador, después de transcribir en el protocolo, con el número y en el lugar que le corresponde, el acta de otorgamiento; dicho instrumento será firmado también por todos los que en el acto intervinieren, pudiendo el testador conservar en su poder el testamento cerrado, encomendar su guarda a persona de su confianza o depositarlo en poder del notario, haciendo constar en el acta cualquiera de estas tres circunstancias.



Es nulo el testamento que se otorga sin la observancia de las solemnidades esenciales que la ley establece, aunque el mismo tenga las formalidades complementarias establecidas para este negocio jurídico solemnísimos; asimismo, el testamento cerrado será nulo, además, cuando apareciere rota la plica que lo contiene; de igual manera, si el testamento posterior fuere declarado nulo o falso subsistirá el anterior; sin embargo, el testador puede dejar vigente todo o parte del testamento anterior, pero el testamento no puede ser revocado en todo ni en parte sino con las solemnidades necesarias para testar.

Aunque los guatemaltecos pueden testar fuera del territorio nacional, sujetándose a las normas establecidas por las leyes del país en que se hallen; asimismo, si los guatemaltecos se encuentran en el extranjero tienen el derecho de otorgar testamento, abierto o cerrado, ante el agente diplomático o consular de esta República, residente en el lugar del otorgamiento, si fuere notario; sin embargo, el Artículo 975 del Código Civil de marras, establece que no será válido en Guatemala el testamento mancomunado que los guatemaltecos otorguen en país extranjero, aunque lo autoricen las leyes de la nación donde se hubiere otorgado.

4.4. Validez jurídica de que el testador manifieste de palabra su última voluntad

De acuerdo con el Artículo 956 del Código Civil que ha sido objeto de constante cita, el testador puede entregar al notario la minuta de sus disposiciones testamentarias o manifestar de palabra su última voluntad, siendo este último caso motivo de establecer si la misma tiene validez jurídica, teniendo en cuenta que en muchos casos los dos testigos que requiere el Artículo 42 del Código de Notariado, Decreto número 314 del Congreso



de la República, los pone el notario puesto que el testador no sabía que debía llevarlos o no consiguió a nadie que pudiera asumir esa función, principalmente porque el carácter privado del testamento limita las posibilidades de confiar en las personas.

Para explicar ese cuestionamiento sobre la validez jurídica de que el testador manifieste de palabra su última voluntad, está determinado porque en la doctrina se hace referencia a la existencia de distintos tipos de última voluntad, los que deben tenerse en cuenta para establecer si realmente es adecuada esa manifestación o bien debe establecerse mecanismos complementarios a la declaración ante notario y dos testigos, para garantizar que realmente lo expuesto fue realmente lo que quiso dejar plasmado en el testamento que redactó el notario.

En la actualidad, en Guatemala se presenta el dilema de interpretar la última voluntad del testador luego de que ha fallecido, puesto que el testamento ha estado en poder de quien decidió el testador que se lo quedara, por lo que la preocupación sobre la manera en que distribuyó su herencia no sucede antes, siendo este un problema que ha llevado hasta los tribunales la validez de la voluntad testamentaria al oponerse los presuntos herederos al contenido del testamento, al considerar que el causante no tenía la intención de dejar sus bienes como aparece en el testamento, principalmente cuando no lo ha repartido en partes iguales o ha dejado a un presunto heredero fuera del testamento.

“La interpretación es una misión reconstructiva del pensamiento sucesorio, pues los términos de una manifestación de voluntad deben ser interpretados teniendo en cuenta la voluntad presumible del que la emitió, la significación generalmente aceptada de las



palabras y las demás circunstancias concurrentes. Sólo puede ser interpretado lo que se halla en el mismo tenor del testamento, porque la interpretación de la voluntad testamentaria es el tenor del propio testamento, al cual hay que acudir para atenerse cuando falta razón válida para dudar su significado”.²²

Se trata de entender que dicha interpretación debe estar dentro de lo que el testador expresó ante el notario y los testigos y quedó registrado en el contenido del testamento faccionado en instrumento público, salvo que haya sido un testamento cerrado en donde el notario no tuvo acceso a revisar si la redacción hecha por el testador era entendible y no daba lugar a ninguna duda.

Para determinar la validez de la última voluntad en las disposiciones testamentarias se puede acudir a lo que se denomina medios intrínsecos en donde se precisa distinguir entre el objeto de interpretación y cómo se interpreta, siendo el objeto de interpretación, las disposiciones testamentarias, para lo cual suelen emplearse varios elementos, como por ejemplo, las palabras que ha utilizado el testador, otras cláusulas contenidas en el propio testamento e incluso en testamentos precedentes y todos los demás elementos que permitan llegar a la convicción de la voluntad del otorgante.

Debe tenerse en cuenta que este tenor del testamento no es únicamente la cláusula a interpretar sino el entero documento, de ahí la utilización del canon de la totalidad o interpretación sistemática como suele catalogarse; o sea el empleo de métodos

²² Suarez Franco, Roberto. **Derecho de sucesiones**. Pág. 28.



interpretativos que vayan más allá del puramente gramatical, del cual da cuenta el lógico sistemático, de manera que la combinación de métodos resulta posible y, en ocasiones, factibles, si se quiere encontrar la verdadera voluntad del testador.

Es de tener en cuenta que puede suceder que no sean suficientes los elementos intrínsecos que contiene el testamento, por lo que debe recurrirse a los llamados medios de prueba extrínsecos para conocer la última voluntad del testador, los cuales deben estar debidamente regulados en la ley para evitar que con la excusa de interpretar la voluntad del testador se tergiverse completamente la misma.

Sin embargo, se justifica el empleo de las pruebas extrínsecas cuando con los elementos suministrados por el propio testamento no pueda desarrollarse su sentido, especialmente cuando no hay otro medio testamentario de probar el significado atribuido por el testador a su declaración, para lo cual hay que inducir la voluntad del testamento mismo y de la conexión lógica de sus cláusulas sin que sea lícito acudir a otras circunstancias extratestamentarias por el peligro que ello pudiera representar de suplantar la voluntad del testador.

En el presente, el uso de los medios extrínsecos se hace cada vez más frecuente, aun cuando se debe tomar precaución en su empleo, teniendo en cuenta que el intérprete no es libre de acudir a ellos cuando desee, sino cuando exista oscuridad en la expresión testamentaria o pugna de la expresión con la voluntad real o bien que para determinar dicha voluntad no sean suficientes las expresiones literales contenidas en el propio testamento, ni los medios racionales ofrecidos por la interpretación racional, aunque



también pueden utilizarse estos medios si del contenido del testamento puede deducirse la necesidad la utilización de estos aspectos extrínsecos.

Para evitar que la declaración de última voluntad manifestada de palabra lleve a generar dudas o desconfianzas sobre las verdaderas intenciones del testador, especialmente a partir que luego de su fallecimiento, lo que realmente expuso se lo llevará a la tumba, teniendo en cuenta que si se cuestiona sus intenciones, implica que no se confía en el notario, menos en los dos testigos que estuvieron presentes cuando el causante de la sucesión hizo sus declaraciones de palabra, es importante establecer mecanismos que permitan garantizar en vida del testador que realmente lo vertido en la escritura pública es lo que desea para después de su muerte.

Esta confirmación de la verdadera intención o voluntad del testador sobre la disposición de todos o parte de sus bienes para después de su muerte, resulta fundamental, especialmente cuando los activos conllevan la existencia de riqueza material representada en inmuebles urbanos y rurales, así como bienes muebles que tienen un alto precio en el mercado, tales como obras de arte, joyas, barras de oro o plata o bienes intangibles como derechos de autor, patentes u otros que su tenencia significa riqueza y estatus social y económico.





CONCLUSIÓN DISCURSIVA

La problemática que motivo la realización del trabajo de tesis fue establecer que aun cuando se requiere la presencia de dos testigos cuando se lleve a cabo la declaración, de última voluntad del testador, los notarios son quienes los aportan, pues el causante no está informado de la obligación legal que ordena la presencia de los mismos o bien no encuentra a nadie de confianza para que asuma esa función.

Los fundamentos jurídicos que permiten establecer que la declaración de manifestación de palabra de la última de voluntad del testador es la ausencia de condiciones subjetivas, orientadas a garantizarle al testador que la declaración de su última voluntad sea realmente plasmada por el notario, quien puede no interpretar adecuadamente lo que el testador desea, especialmente si no ha faccionado escrituras de última voluntad, por lo que por impericia puede no faccionar adecuadamente los deseos del testador.

Ante esta situación de duda sobre la validez de la validez de la última voluntad expuesta de palabra, se recomienda a la Comisión de Legislación y Asuntos Constitucionales al Congreso de la República que proponga una reforma por adición al Artículo 956 del Código Civil, para que el Registro de Testamentos cite al testador luego que el notario les de el aviso respectivo sobre el faccionamiento del testamento, para que ratifique el contenido de su última voluntad y así no quede duda razonable de la manera en que dispuso del todo o parte de sus bienes para después de su muerte.





BIBLIOGRAFÍA

ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro. **Estudios de derecho notarial**. España: Ed. Montecorvo, 2003.

CABANELLAS DE TORRES, Guillermo. **Diccionario jurídico elemental**. Argentina: Ed. Heliasta, 2006.

CAMPOS, Henry. **Diccionario jurídico**. Costa Rica: Ed. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad de Costa Rica, 2019.

CASTILLO OGANDO, Roberto. **Manual de derecho notarial**. República Dominicana: Ed. Ediciones Jurídicas Trajano Pontentini, 2007.

ESPINAR LAFUENTE, Francisco. **La herencia legal y el testamento**. España: Ed. Bosch Casa Editorial, 2006.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de Ciencias Jurídicas, políticas y sociales**. Argentina: Ed. Heliasta, 2018.

RAMÍREZ FUERTES, Roberto. **Sucesiones**. Colombia: Ed. Temis, 2008.

SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. **Derecho sucesorio**. Chile: Ed. Nascimento, 2004.

SUAREZ FRANCO, Roberto. **Derecho de sucesiones**. Colombia: Ed. Temis, 2012.

TARRAGÓN ALBELLA, Estuardo. **Derecho notarial**. España: Tirant lo Blanch, 2009.

Legislación:

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

Código Civil. Decreto número 106 del Jefe de Gobierno de la República de Guatemala, 1973.

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