

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL ACTA NOTARIAL DE OTORGAMIENTO DE
TESTAMENTO CERRADO Y SU TRANSCRIPCIÓN AL PROTOCOLO.**

CARLOS OMAR MARTÍNEZ MONZÓN.

GUATEMALA, OCTUBRE DE 2007.

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

**ANÁLISIS JURÍDICO DEL ACTA NOTARIAL DE OTORGAMIENTO DE
TESTAMENTO CERRADO Y SU TRANSCRIPCIÓN AL PROTOCOLO.**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva
de la
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
de la
Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

CARLOS OMAR MARTÍNEZ MONZÓN.

Previo a conferírsele el grado académico de
LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de
ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, octubre de 2007.

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

DECANO: Lic. Bonerge Amilcar Mejía Orellana.
VOCAL I: Lic. César Landelino Franco López.
VOCAL II: Lic. Gustavo Bonilla.
VOCAL III: Lic. Erick Rolando Huitz Enríquez.
VOCAL IV: Br. Hector Mauricio Ortega Pantoja.
VOCAL V: Br. Marco Vinicio Villatoro López.
SECRETARIO: Lic. Avidán Ortiz Orellana.

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

PRESIDENTE: Lic. Héctor David España Pinetta.
VOCAL: Licda. Rosa María Ramírez Soto.
SECRETARIO: Lic. Hugo Haroldo Calderón Morales.

Segunda Fase:

PRESIDENTE: Licda. Patricia Cervantes de Gordillo.
VOCAL: Lic. Víctor Manuel Castro.
SECRETARIA: Licda. Marisol Morales Chew.

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 la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala).

ÍNDICE

	Pág.
Introducción	i

CAPÍTULO I

1. El instrumento público.....	1
1.1 Definición	1
1.2 Fines	4
1.3 Características	7
1.4 Clases	11
1.4.1 Principales.....	12
1.4.2 Accesorios.....	12
1.4.3 Protocolarios	12
1.4.4 Extraprotocolarios	12

CAPÍTULO II

2. El acta notarial	15
2.1 Definición	15
2.2 Clasificación	17
2.3 Las actas de protocolización	27
2.4 Diferencia entre escritura pública y acta notarial	28

CAPÍTULO III

3. La función notarial al hacer constar los hechos	33
--	----

	Pág.
3.1 La imparcialidad y asesoría	38
3.2 El control de legalidad	40
3.3 La forma documental	40
3.4 La técnica notarial	43
3.5 Efectos de las actas notariales	45

CAPÍTULO IV

4. La sucesión hereditaria	49
4.1 Definición	49
4.2 La sucesión intestada	50
4.3 La sucesión testamentaria	53
4.4 Regulación legal.....	56

CAPÍTULO V

5. Formas testamentarias	59
5.1 Testamento común abierto	59
5.2 Testamento cerrado	64
5.3 Testamentos especiales	69

CAPÍTULO VI

6. El acta notarial de otorgamiento de testamento cerrado.....	75
6.1 Formalidades	76

	Pág.
6.2 Redacción del acta de otorgamiento de testamento cerrado	80
6.3 Transcripción al protocolo	81
6.4 Apertura de la plica del testamento cerrado y protocolización posterior	83
 Modelo del acta notarial de otorgamiento de testamento cerrado	 87
 Modelo de transcripción del acta notarial de otorgamiento de testamento cerrado al protocolo	 89
 CONCLUSIONES	 93
RECOMENDACIONES	95
BIBLIOGRAFÍA	97

ACTO QUE DEDICO

A DIOS Y A LA VIRGEN MARÍA

Infinitas gracias por todas sus bendiciones y ser la guía de mi camino.

A MIS PADRES

Carlos Humberto y Gloria Elizabeth, con agradecimiento por el apoyo que me brindan día con día para lograr salir adelante.

A MI ESPOSA

Adaljiza, con todo mi amor, gracias por su paciencia y por animarme a continuar superándome.

A MI HIJA

Diana María, con mucho cariño y como un ejemplo para su futuro.

AGRADECIMIENTO ESPECIAL

Al Licenciado Héctor René Marroquín Aceituno, quien con su vocación a la enseñanza, sabios consejos y paciencia me ayudó a culminar esta carrera.

A MIS AMIGOS

Quienes día con día me brindan su amistad y apoyo tanto personal como profesionalmente.

A LA TRICENTENARIA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA

Glorioso templo del saber.

A LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

En cuyos salones encontré a los mejores catedráticos quienes compartieron el conocimiento académico, para lograr ser un buen profesional.

INTRODUCCIÓN

Para iniciar con el presente análisis, debemos transportarnos al momento en que una persona decide manifestar su última voluntad, cuando toma la determinación de transmitir la propiedad de sus bienes, derechos y obligaciones a otra persona, ya sea familiar o no para después de su muerte. Es aquí el momento en el cual se auxilia y solicita la asistencia de un notario, quien le asesora sobre las diferentes maneras reguladas dentro de la ley para disponer de los mismos, pudiendo ser de una manera pública, a través de una escritura de testamento común abierto, o bien de una forma secreta por medio del otorgamiento de un testamento cerrado, siendo éste el caso del presente planteamiento.

El Código de Notariado de la República de Guatemala no contiene definición alguna de las diversas instituciones de los instrumentos notariales, por lo que en la presente investigación se acude a los textos doctrinarios para obtener el concepto de cada uno de ellos, encontrando una clara diferenciación entre instrumentos públicos y privados, por lo cual al momento de producirse la presentación del pliego en que el otorgante plasmó de forma privada su última disposición de voluntad, se da por el notario una elevación de dicho documento a la categoría de instrumento público, lo cual le otorga al testador una mayor certeza jurídica, asegurando así el resultado positivo de sus disposiciones.

En el Código Civil guatemalteco se encuentra la única fuente de sustentación de la transcripción al protocolo del acta notarial de otorgamiento de testamento cerrado, ya

que el Código de Notariado no incluye, en el Artículo ocho, lo referente a transcripciones de ninguna índole, por lo que se crea de esta manera la necesidad de subsanar tal omisión, debiendo incluir en el artículo citado lo referente a la transcripción de esta acta notarial, creando un conflicto debido a que la naturaleza jurídica de las actas notariales es eminentemente extraprotocolaria, por lo que se concluye que esta figura es una excepción a tal característica.

Es esencial el análisis de cada uno de los diferentes conceptos de instrumentos públicos y privados que se encuentran contenidos dentro del marco doctrinal, así como de los puntos de vista jurídico-doctrinarios sustentados, la institución de la sucesión hereditaria, el proceso de otorgamiento de testamento cerrado, y la función notarial, en la cual el notario actúa como un funcionario con delegación de la fe pública por parte del Estado, estableciendo a través del uso de los métodos, analítico y sintético sus respectivas características, diferencias y similitudes, concluyendo en una sistematización de un criterio objetivo que proyecte el concepto más adecuado para enmarcar la transcripción del acta notarial de testamento cerrado al protocolo; figura que por su poca aplicación se encuentra actualmente en desuso a pesar de ser una forma de sucesión que remonta de épocas antiguas y que ha denotado seguridad para el testador y sus herederos. Las técnicas de investigación utilizadas son estrictamente documentales, con fichas bibliográficas y guías de observación y vaciado de datos.

El capítulo inicial contiene lo relacionado al instrumento público notarial y las diversas definiciones que se han desarrollado a través del tiempo, incluyendo sus fines

y características, así como las clases en que se divide al instrumento público en general.

El capítulo segundo se dedica exclusivamente al acta notarial, ya que es el instrumento mediante el cual se crea la prueba o constancia de los hechos y actos jurídicos otorgados por una persona, y se hace un especial énfasis en la diferenciación entre el acta notarial y la escritura pública, para luego desarrollar la técnica y la forma de hacer constar los hechos a través de la función del notario en el capítulo tercero.

En el cuarto capítulo se realiza un análisis a las figuras de derecho civil de la sucesión hereditaria en sus diferentes formas, y se expone su regulación en la legislación guatemalteca; asimismo, en cuanto a lo relacionado a las formas testamentarias y a las diferentes clases de testamentos, contenidas en el capítulo quinto de la presente investigación.

Al abordar las figuras relacionadas al tema medular del presente trabajo, en el capítulo sexto se desarrolla el acta notarial de otorgamiento de testamento cerrado, iniciando por sus formalidades, su redacción en la plica que contiene el pliego en donde se plasma la última voluntad del testador, su respectiva transcripción al protocolo del notario que autoriza el acto, para finalizar con la apertura de la plica del testamento cerrado, que se realiza posteriormente al fallecimiento del causante, incluyéndose al final los modelos respectivos de tales instrumentos públicos.

CAPÍTULO I

1. El instrumento público

1.1 Definición

La legislación guatemalteca, específicamente en el Decreto 314 del Congreso de la República, el Código de Notariado, en el Artículo 29 no entra a considerar definición alguna, sino que directamente establece el contenido del instrumento público como tal, y reconoce con exclusividad a la escritura pública como instrumento público, utilizando como sinónimos al instrumento y al documento público según se refiere en el Artículo 12 del mismo cuerpo legal.

Podemos definir el instrumento público como el documento elaborado por un notario o funcionario público para hacer constar un hecho o un acto, y su ubicación tanto en el tiempo como en un lugar determinado. Para poder profundizar más, se define como instrumento público: “El otorgado o autorizado, con las solemnidades requeridas por la ley, por notario, escribano, secretario judicial u otro funcionario público competente, para acreditar algún hecho, la manifestación de una o varias voluntades y la fecha en que se producen”.¹ “Es el documento público autorizado por notario, producido para probar hechos, solemnizar o dar forma a actos o negocios jurídicos y asegurar la eficacia de sus efectos”.²

¹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**, tomo II, pág. 403.

² Giménez-Arnau, Enrique. **Derecho notarial**, pág. 402.

También se considera que el concepto de instrumento público va unido al de escribano, en nuestro caso con el notario que lo autoriza, siendo ésta una condición esencial que se mantiene sin variación, ya que el documento notarial autorizado a instancia de parte, en el que consta un hecho jurídico o una relación de derecho, y en sentido jurídico propiamente dicho es todo lo que sirve para instruir una causa, lo que conduce a la averiguación de la verdad, y la diferencia entre documento e instrumento, generalmente reside en que el primero es lo genérico y el instrumento público es lo específico, que es el instrumento auténtico en que se consigna y perpetúa un hecho o un título, o bien los documentos autorizados por el notario en que constan las relaciones jurídicas de los partícipes, para que sirvan de leyes entre los mismos, o se refieren a los hechos relacionados con el derecho.

“Asimismo, hay quien niega que el documento notarial sea público, y lo define como el validamente autorizado por notario en el ejercicio de su profesión, explicándose la no mención del mismo por que algunos documentos como en los índices de los protocolos, la fe de existencia, la legislación y otros que son autorizados por notarios, no son instrumentos públicos, por lo que se le define como el documento notarial protocolizado y sus copias”.³ (sic.)

“Según la aceptación académica, instrumento proviene de *instrumentum*, que significa escritura, papel, o documento con que se justifica o prueba una cosa, derivando del verbo latino *instruere*, que significa instruir, de ahí que instrumento se aplique a todo

³ Emérito González, Carlos. **Teoría general del instrumento público**, págs. 52 y 53

escrito que instruye o informa sobre lo que ha pasado, entendiéndose en sentido propio y riguroso por instrumento el escrito en que se perpetúa la memoria de un hecho, el papel o documento son que se justifica o prueba alguna cosa, la descripción, memoria o nota de lo que uno ha dispuesto o ejecutado o de lo que ha sido convenido entre dos o más personas”.⁴

Por lo que se concluye que el instrumento público es “El mejor medio de expresión del pensamiento y del querer serio del Individuo; el mejor medio para lograr en el futuro la autenticidad; el mejor medio de asegurar la técnica y legalidad del acto; el medio de fijación exacta y permanente para cumplir los efectos del acto; el medio legal de hacer ejecutiva la obligación; y el medio de garantía de las partes y de los terceros”.⁵

Asimismo, es el término para designar el documento que produce el notario, a través de una actividad en cuyo acto persigue el propósito de producir el instrumento público.

“El instrumento público contiene un hecho jurídico, declaraciones de voluntad, manifestaciones de consentimiento, contratos y otros actos jurídicos, toda vez que se enlaza el hecho directamente con la consecuencia jurídica, por lo tanto el notario colabora con esa exteriorización de voluntad que se manifiesta en los instrumentos públicos, a través de darle un nacimiento eficaz a su construcción jurídica, así acentúa

⁴ Muñoz, Nery Roberto. **El instrumento público y el documento notarial**, págs. 2 y 3.

⁵ Giménez- Arnau. **Ob. Cit.** pág. 407.

su carácter de profesional del derecho, al calificar y redactar cumpliendo todos los requisitos esenciales para la entera validez y perfección del instrumento público ya sean protocolarios o extraprotocolarios”.⁶

Al referirnos a la estructura externa del instrumento público se hace referencia de la forma, de los requisitos o solemnidades que deben concurrir para el perfeccionamiento de este, toda vez que el documento es instrumento público si los otorgantes prestan su consentimiento ante el notario, previa lectura, otorgamiento, y demás requisitos, siendo exclusivamente este funcionario investido de fe pública, el faccionador y creador el instrumento público, quien debe de incluir y observar todos los requisitos esenciales y accidentales del mismo, con el objeto de que no se declare la nulidad del instrumento, observando siempre el mantenimiento del orden público como única limitación a la autonomía de la voluntad de las partes que intervienen.

1.2 Fines

Anteriormente no resultaba fácil encontrar en la bibliografía consultada, quienes fijan con precisión los fines del instrumento público, por lo que haremos las mismas reflexiones de muchas veces, cuando en la configuración de un instrumento, pensamos su forma, disponemos su redacción adecuada, calificamos el contenido, y nos preguntamos finalmente ¿Para qué servirá?, no podemos referirnos en términos absolutamente genéricos, por que hay gran variedad de instrumentos o escrituras públicas, ya que hemos tomado a éstas últimas como cabeza principal para el esbozar

⁶ Carral y de Teresa, Luís. **Derecho notarial y derecho registral**, págs. 147 a 151.

de esta teoría, y luego dependerá del tipo de ellas, del contrato o de la declaración de voluntad que contenga; sin embargo, pareciera ser que hubiera acuerdo en sostener que la gran finalidad es servir como prueba preconstituida.

Prueba preconstituida es la prueba que se encuentra ya preparada con anterioridad a un pleito futuro. Prueba escrita que tiene ese instrumento y que si alguna vez se necesita, se presentaría de inmediato para hacer valer el derecho. Toda vez que la prueba preconstituida no es la única función, ni la más corriente en la existencia del negocio jurídico, ya que la proporción de los que llegan a proceso es ínfima, comparada con los instrumentos públicos que se constituyen, por lo que no podemos decir que sea fundamental esa función.

Por aparte, otros de los fines del documento público son el de dar forma legal y el de dar eficiencia al negocio jurídico, ya que si nos referimos a que reviste de una forma legal o escrita a un contrato verbal que celebraron dos personas, después de discutir las condiciones y el precio, y se dieron quizás la mano (reminiscencia de la antigua *palmata*), llegando a la convicción que de esta forma el trato quedó hecho. Esto es el progreso del derecho contemporáneo, antes quedaba finiquitado así el convenio, y ahora se complementa con la presencia del notario, depositario de la fe pública, y la ejecución de diversos requisitos de forma.

He aquí el verdadero fin, que es formar, constituir, un negocio jurídico, y hacer existir, dar vida, configurar y estructurarlo jurídicamente. Es así como sin estar en juicio,

el instrumento público servirá de prueba pero no de carácter procesal, sino de una prueba como simple razón, argumento del instrumento con el que se pretende mostrar y hacer patente la verdad o falsedad de un hecho, como el de demostrar que se es propietario de un bien, de cualquier naturaleza, ante cualquier autoridad o persona que exija la comprobación del derecho que se ostenta.

La característica de “forma” creará el derecho cuando sea requisito para la existencia de un negocio jurídico, y lo ratificará si se hubiere hecho otro acto preliminar.

La teoría de la prueba preconstituida como fin primordial, viene siendo estudiada desde hace siglos, y quizá así haya nacido el instrumento, hoy la configuración o estructuración del instrumento es de tal importancia y complejidad, que el valor forma supera al valor prueba.

“Se mencionan otros fines del instrumento público, como lo son la presunción de verdad, la eficacia constitutiva, el dar fuerza ejecutiva a las obligaciones, y la prueba. Además de la forma y de la prueba, el tercer fin principal es el de dar eficacia legal al negocio jurídico, sustentando los defensores de esta tesis, que el documento público es el autorizado por Notario, producido para probar hechos, solemnizar o dar forma a actos o negocios jurídicos y asegurar la eficacia de sus efectos jurídicos”.⁷

⁷ Emérito González, **Ob. Cit.**, págs. 64 a 67.

“Por lo expuesto, podemos concretar que tres son los fines principales que persigue el instrumento público:

- a) El perpetuar los hechos y las manifestaciones de voluntad.
- b) Servir de prueba en juicio y fuera de él.
- c) Asegurar la eficacia de los efectos de los negocios jurídicos.

Queda establecido que sobre los aspectos de forma y de prueba quedan enmarcados los fines del instrumento público, y no podría ser de otra manera, ya que lo que se trata al autorizar un instrumento es darle forma a la voluntad de las partes y que esa voluntad plasmada en el elemento papel, sirva de plena prueba”.⁸

1.3 Características

“Por características se deben de entender el conjunto de circunstancias o rasgos con que una cosa se da a conocer, distinguiéndose de las demás, e individualizándose significativamente. Fuera de los fines que fueron expuestos anteriormente, el instrumento público se caracteriza por ser:

1.3.1 Una garantía para el cumplimiento de los convenios: Porque el Estado no solamente debe actuar ante las relaciones de derecho de los individuos con posterioridad a las mismas, sino también debe de hacer imperar el derecho en todo momento y al constituirse en una obligación, debe de asegurar por los medios a su alcance su cumplimiento, porque así el derecho será normal y no patológico. Cuando se formaliza un acto jurídico, debe de contarse con una protección para las partes y para

⁸ Muñoz. **Ob. Cit**, págs. 3 y 4.

los terceros, lo cual se debe de contemplar en el llamado derecho de forma que se impone a los deberes y obligaciones de esa voluntad ahí exteriorizada y que el instrumento público recibe y adapta, diciendo a la colectividad: yo garantizo que este acto jurídico aquí celebrado es válido, y ha de cumplirse, de lo contrario, alguien deberá responder. Esa garantía es la más importante caracterización del instrumento público, ya que los instrumentos privados serán creídos solo por las partes, porque no está presente la fe pública notarial que les da fuerza y vigor.

1.3.2 Credibilidad: La cual debe de constar en el instrumento público como rasgo sobresaliente, que beneficia a los actos auténticos en dos direcciones:

a) En cuanto al origen del acto, porque se presenta bajo signos exteriores como los son: sellos, timbres y firma del notario que es el introductor que da fe, lo cual se traduce en la apariencia, que se considera que debe de responder a la realidad, o sea que presenta un uniforme con que va revestido ante la sociedad misma.

b) Las enunciaciones contenidas en el acto, las cuales deben de ser creíbles y veraces, traduciéndose dicha función en la autenticación.

1.3.3 Firmeza e irrevocabilidad: toda vez que un instrumento público es irreformable por autoridad posterior o superior, lo cual quiere decir que en cuanto a las relaciones jurídicas constituidas en dicho documento, se podría hablar de una actividad jurisdiccional distinta y posterior al otorgamiento, ya que desde su preparación hasta el final de su vida es inconvencible o imperturbable, ya que se puede destruir o anular, pero no modificarse.

1.3.4 Ejecutoriedad: Es la característica a través de la cual el acreedor o sujeto activo puede obtener la ejecución de su derecho mediante la fuerza, lo cual viene anexo al instrumento público, ya que es uno de los documentos cuya presentación en juicio trae aparejada la ejecución.

1.3.5 Fecha cierta: Sólo en un instrumento público podemos tener la certeza de que la fecha es rigurosamente exacta, de lo cual se derivan efectos que crearán, modificarán o extinguirán derechos y obligaciones, especialmente en el derecho sucesorio e hipotecario, comercial, bancario y de quiebras.

1.3.6 Seguridad: Como ejemplo de la misma, podemos encontrar la formación y conservación del protocolo del notario, con todas las escrituras matrices, será cuidadosamente guardado durante algunos años, lo cual hace imposible la pérdida de un instrumento público, y se sacarán las copias que fueran necesarias, y los intereses de los otorgantes quedarán protegidos, toda vez que además de la imposibilidad de la pérdida material, da la seguridad a los negocios jurídicos, y la confianza que involucra la presencia, redacción y configuración del acto por el notario autorizante, diciendo entonces que la seguridad se traduce a la sociedad y a los interesados, porque en ella imperó la voluntad de las partes que ante el notario se presentaron”.⁹

“Asimismo lo característico del instrumento público es su:

- Presunción de veracidad (autenticidad o fuerza probatoria).

⁹ Emérito Gonzáles. **Ob. Cit.** págs. 67 a 73.

- Su expresión formal externa (documental) de un negocio jurídico o de la realidad de un hecho.

- Presunción de validez de lo probado y expresado (o representado) en el documento”.

¹⁰ (sic.).

El valor

“El instrumento público en la forma externa consta de un valor formal, que se encuentra contenido en el cumplimiento de las formalidades esenciales y no esenciales que el Código de Notariado regula en los Artículos 29 y 30, refiriéndose a su forma externa. En Guatemala se enmarca como requisitos esenciales que deben de contener los instrumentos públicos: La fecha, la hora del otorgamiento en los casos de testamentos y donaciones por causa de muerte, sus elementos, así como la obligación del saneamiento, ya que en ningún caso el notario puede antedatar o posdatar ya que incurriría en el delito de falsedad. El instrumento público también tiene un valor probatorio en cuanto al negocio contenido internamente dentro del mismo, los cuales deben de complementarse toda vez que la forma y el negocio deben de ser adecuados, y no sería correcto que en un caso determinado la forma fuera buena y el fondo estuviere viciado, o por el contrario la forma no es buena por no haberse cumplido los requisitos o formalidades esenciales del instrumento, y el negocio o el fondo del asunto fuera lícito”.¹¹

¹⁰ Giménez-Arnau. **Ob.Cit.** pág. 399.

¹¹ Muñoz. **Ob. Cit.** págs. 6 y 7.

“Los requisitos o solemnidades que deben de concurrir para el perfeccionamiento del instrumento público no pueden faltar, pues el documento solo es instrumento público si los otorgantes prestan su consentimiento ante el notario, previa lectura, otorgamiento y demás requisitos, siendo esenciales por que si faltan se decreta la nulidad del instrumento, o bien accidentales que pueden o no presentarse dentro del instrumento público sin afectar la esencia del mismo”.¹²

1.4. Clases

“Por su grado de importancia podemos clasificar los instrumentos públicos ligados al concepto de fe pública, por que es el poder que compete al funcionario para dar vida a las relaciones jurídicas, y constituye una garantía de autenticidad, basada en la honorabilidad, título habilitante e imparcialidad que el notario posee como requisitos conferidos por el estado basado en la ley, lo cual nos da la primera gran clasificación, la cual ha de ser de instrumentos públicos y privados, siendo estos los que firmados solo por particulares, dejan constancia de un hecho o convención celebrada entre ellos, sin intervención de un funcionario.

Los instrumentos públicos entonces se pueden dividir en notariales, judiciales y administrativos”.¹³

¹² Carral y de Teresa, **Ob. Cit**, pág. 149.

¹³ Emérito Gonzáles. **Ob. Cit**. págs. 77 a 80.

“Así encontramos dentro de los instrumentos notariales dos clasificaciones, siendo la primera: *Principales y secundarios* (o accesorios), y la segunda: *dentro del protocolo* (o *protocolarios*) y *fuera del protocolo* (*extraprotocolarios*).

1.4.1 Principales

Los que deben encontrarse dentro del protocolo, ya que ésta es una condición para su validez, por ejemplo las escrituras matrices, que se encuentran insertas en el protocolo notarial y que componen casi la totalidad del mismo, a las que la firma y sello del escribano les da la categoría de instrumento público.

1.4.2 Secundarios

Se encuentran fuera del protocolo, como por ejemplo las actas notariales, que son una constancia o bien la relación fehaciente de hechos que presencia el escribano, las auténticas de firmas y de copias.

1.4.3 Protocolarios

Son los instrumentos que se redactan necesariamente en papel especial de protocolo como lo son las escrituras públicas, el acta de protocolización y las actas de legalización.

1.4.4 Extraprotocolarios

Los que no se redactan en protocolo, como las actas notariales, actas de legalización de firmas o auténticas y actas de legalización de copias de documentos.

Asimismo, cabe mencionar los asuntos de jurisdicción voluntaria en sede notarial, actas notariales y resoluciones notariales”.¹⁴

Dentro de los instrumentos públicos judiciales, encontramos las actas judiciales y sus copias.

Dentro de los instrumentos públicos administrativos encontramos en el derecho privado: Las actas del registro civil, los testamentos especiales, los instrumentos notariales de cónsules y ministros. Y, dentro del derecho público la ley y el contrato celebrado en ejecución de la misma, las certificaciones y actas administrativas, y las actuaciones o expedientes administrativos.

¹⁴ Muñoz. **Ob. Cit**, pág. 7.

CAPÍTULO II

2. El acta notarial

2.1 Definición

El acta notarial es la relación fehaciente de hechos que presencia el notario, es una constancia. “Ve los hechos y toma nota de ellos sin función calificadora alguna, sin transformar en derechos sus exteriorizaciones las va escribiendo, y quedan para que en su oportunidad, esa fe del funcionario que autoriza, aseguren que ocurrieron y constituya valedera prueba de obligaciones. Su misión es autenticar solamente los hechos que presencie”.¹⁵ (sic.)

“El contenido de todo instrumento público es siempre un hecho jurídico que puede dar lugar a dos supuestos:

a) El instrumento enlaza el hecho a la consecuencia jurídica inmediata o directa, por que la voluntad del sujeto se dirige a provocar dicha consecuencia.

b) O bien se limita a aislar el hecho, sin tener en cuenta de momento la consecuencia jurídica que del mismo se deriva. En el primer caso estamos ante la producción de una escritura y en el segundo de una acta”.¹⁶

¹⁵ Roca Chavarría, Víctor Raúl. **Las actas notariales en el derecho guatemalteco, necesidad de su protocolización**, pág.11.

¹⁶ **Ibid**, pág. 12.

Si bien es cierto, que algunas veces el acta notarial se limita a aislar el hecho, esto no significa que no se tiene en cuenta la consecuencia jurídica que por ende se deriva, ya que por ejemplo, en el acta de matrimonio, aquí no se aísla el hecho para el futuro, si no que sus efectos empiezan a surtirse desde el momento en que el notario autoriza la referida acta.

“Históricamente y considerada como instrumento judicial o administrativo, el acta era por naturaleza, un documento matriz que quedaba incorporado al expediente respectivo. Debe entenderse que al ser adoptada por el derecho notarial, no ha perdido aquel carácter, sino que lo ha reencontrado, confirmándolo, en el principio de matricidad que rige en materia de fe pública. En la práctica es frecuente que los notarios autoricen actas y entreguen los originales al requirente. Esto a juicio de muchos autores no es conveniente desde el punto de vista técnico, ya que el notario queda expuesto a no poder demostrar cualquier adulteración que el documento pudiera sufrir. Si el original de éstas se extravía o adultera, habría problema en cuanto a su existencia y como podría rehacersele, y es de aquí donde se deduce que es necesario que el original quede en poder del notario para que sirva de comprobante de él y de garantía y durabilidad para las personas”.¹⁷ (sic.)

“El acta notarial es el instrumento público en que no se contienen relaciones de derecho, en que no hay vínculo que engendre obligación, solamente contiene hechos cuyo recuerdo conviene conservar por la fe del autorizante, o relacionados con el

¹⁷ **Ibid.** pág. 13

derecho que pueden producir acciones no exigibles por la propia virtud del acta, sino deducibles de los hechos que en ella constan para pedir a los tribunales o autoridades de otro orden el cumplimiento del derecho. De modo que el acta notarial como una de las ramas del instrumento público hace fe por si misma en cuanto a los hechos en ella relacionados bajo la fe del notario en el círculo de sus atribuciones, siendo el acta notarial la relación fehaciente de hechos que presencia el escribano, por lo que es una constancia y no un contrato.”¹⁸ En Guatemala el Código de Notariado en su Artículo 60 establece que “El notario, en los actos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte, levantará actas notariales en las que hará constar los hechos que presencie y circunstancias que le consten.”

2.2 Clasificación

Entendemos como clasificación, la ordenación, distribución, agrupación o la disposición por clases. Estas clases son debidamente establecidas según principios, métodos o sistemas. La clasificación dosifica las diferencias entre especies con las semejanzas internas de las mismas.

Para los efectos del presente trabajo clasificaré las actas notariales en ocho categorías, que a saber son:

a) Actas notariales de presencia

La presencia significa la asistencia a un lugar, también el acto de encontrarse en él, ser testigo o espectador de un hecho. Refiriéndonos a las actas notariales de

¹⁸ Muñoz, **Ob. Cit.** págs. 25 y 26.

presencia diremos que: Son aquéllas que acreditan la realidad de un hecho que el notario ha constatado. La finalidad de esta acta notarial es que se deduzcan del hecho efectos jurídicos. En estas actas, el notario observa los hechos que ante el ocurren, manteniendo una actitud pasiva, receptiva; tratando de captar lo que ve y oye, a fin de poseerlo, describirlo fielmente, ve los hechos sin tomar parte en ellos, para dejar constancia de los mismos.

“El notario deberá extenderlas en el mismo lugar de su actuación, comenzando con la fecha, lugar y hora del hecho, nombre y apellidos y residencia del requirente. Luego se redacta el cuerpo del acta en que se relatará todo lo que presencie por medio de sus sentidos. Al concluir la misma, previa lectura y suscripción de los interesados, la autorizará firmándola el notario”.¹⁹ “Estas actas acreditan la realidad o verdad del hecho que motiva su autorización, ya que lo que se expresa en el acta le consta personalmente al notario, por haberlo presenciado o efectuado, por ejemplo la autorización del matrimonio, demostrar la existencia de una persona o el estado físico de un bien.”²⁰

b) Actas notariales de referencia

“Son las actas notariales en las que se hace constar la manifestación de hechos que han sido vistos y oídos por otra persona que las expone al notario, con el fin de que quede constancia de un testimonio de manera fehaciente.

¹⁹ Roca Chavarría. **Ob. Cit.** págs. 61 y 62.

²⁰ Muñoz, **Ob. Cit.** pág. 31

Estas tienen un carácter meramente testimonial, o sea que su propósito es únicamente recoger el testimonio del compareciente sobre los hechos ya sean ajenos o propios que ha presenciado o que le consten.

Este tipo de acta tiene por finalidad acuñar los informes favorecidos por personas que actúan en calidad de testigos, es de escaso valor, puesto que la veracidad en su contenido no es comprobada por el propio notario, en diligencia, y de aquí se deduce que el notario es un simple receptor de las declaraciones que formulan en forma voluntaria los intervinientes en el acto promovido por el interesado.”²¹

“En estas actas el Notario da fe de la comparecencia ante él de determinadas personas a hacer las manifestaciones que se recogen en el acta, pero sin dar fe de los hechos a que dichas manifestaciones se refieren, el texto será redactado por el notario de la manera más apropiada a las declaraciones de los que en ellas intervengan, usando las mismas palabras, en cuanto fuera posible, una vez advertido el declarante por el notario del valor jurídico de las mismas, ya que se utilizan para la recepción de informaciones testificales voluntarias en que el escribano no afirma la veracidad del contenido, sino el hecho de que los testigos pronunciaron las palabras consignadas, utilizándose en Guatemala para recibir las declaraciones testimoniales en la tramitación notarial de asuntos de jurisdicción voluntaria.”²² (sic.)

²¹ Roca Chavarría. **Ob. Cit.** págs. 64 y 65.

²² Muñoz. **Ob. Cit.** pág. 32.

c) Actas notariales de notoriedad

“La notoriedad se entiende como evidencia, conocimiento general y cierto. También se concibe como noticia pública que todos tienen de algo. La notoriedad puede ser un hecho que verse sobre un suceso ocurrido, y la de de derecho, fundada en la publicada resultante de lo jurídico.

El acta notarial de notoriedad, es el documento notarial por medio del cual el notario verifica la comprobación y la fijación de hechos notorios sobre los cuales podrían ser fijados y declarados derechos y obligaciones con carácter jurídico. Ejemplo: acta de identificación de nombre de un tercero ausente o muerto, porque podrían derivar derechos para los herederos.

El objeto de esta acta es la comprobación de hechos notorios, sobre los cuales se declararan derechos de trascendencia jurídica. El notario debe hacer constar todas las diligencias y notificaciones que sean necesarias, con el fin de enterarse de la veracidad de la notoriedad que se investiga. De esta manera el notario que está facultado para impartir la fe pública notarial, colabora con la actividad judicial, disminuyendo los procesos litigiosos. En las actas de notoriedad el notario no da fe de los hechos que percibe de sus sentidos o realizados por el, sino que el notario consigna pruebas de determinados hechos que son comúnmente conocidos y tenidos por ciertos, y mediante un juicio de valoración de esas pruebas declarará probados los hechos”.²³

²³ Roca Chavarría. **Ob. Cit.** págs. 66 a 68.

“El acta de notoriedad es una de las principales actas, cuyo objeto es la comprobación de hechos notorios sobre los cuales se fundarán y declararán hechos y cualidades de trascendencia jurídica, ya que el notario tiene a su cargo la comprobación de la notoriedad que se pretenda. En otros países tienen mucha aplicación pero en Guatemala se utiliza cuando una persona en vida utilizó nombres o apellidos diferentes al que legalmente le corresponden, también está regulado que un tercero puede pedir la notoriedad cuando el que debe hacerlo por si mismo no lo hace, conociéndose esto como identificación de tercero”.²⁴

En Guatemala el acta de notoriedad la encontramos regulada en el Artículo 442 del Código Procesal Civil y Mercantil que preceptúa: “Acta de notoriedad. En el caso de identificación de un tercero ante notario, una vez publicado el edicto a que se refiere el Artículo 440 y pasado el término para la oposición, sin que esta se haya hecho valer, el notario podrá hacer constar la notoriedad de la identificación en acta que contendrá:

1º. Requerimiento de la persona interesada, comprobando la calidad con que actúa.

2º. Declaración jurada del interesado, acerca de los extremos de su solicitud;

3º. Declaración de dos testigos, cuando menos, pudiendo ser parientes de la persona cuya identificación se trate.

4º. Relación de los documentos que se han tenido a la vista.

5º. Declaratoria de la notoriedad de la identificación, justificada suficientemente a juicio del notario. El notario compulsará la certificación del acta que enviará, para los efectos

²⁴ Muñoz, **Ob. Cit.** págs. 33 y 34.

de su inscripción en el Registro respectivo y remitirá el expediente al Archivo General de Protocolos.” (sic.)

d) Actas notariales de depósito

Depósito: proviene del Latín *depositum*, acción de poner en seguridad. Se considera especialmente el depósito dentro del derecho civil, dejando para las voces siguientes a estas las peculiaridades de otros depósitos, de relieve tan singular como el de personas, el irregular, el judicial, el mercantil, el necesario, etc.

“Se entiende por depósito el contrato real en que una de las partes hace entrega temporal de una cosa a la otra parte, que la recibe con la obligación de custodiarla, conservarla y devolverla cuando le sea reclamada por aquel que la entregó o por otro con derecho para ello. El que entrega la cosa se denomina depositante y el que la recibe se llama depositario; el objeto del contrato tiene el nombre de cosa depositada y también el de depósito sencillamente”.²⁵ (sic.)

“El acta de depósito constituye también un contrato entre el notario (depositario) y el requirente (depositante) ya que la especialidad radica en que aunque su función sea consignar un hecho, constituye una declaración negocial. Los depósitos hechos ante notario y en que el notario recibe las cosas objetos del depósito pueden ser de dos clases: con autorización de acta notarial o sin ella mediante un simple recibo, en ambos

²⁵ Roca Chavarría. **Ob. Cit.** págs. 70 y 71.

casos el notario es un verdadero contratante en el negocio jurídico de custodia, interviniendo sin perder su carácter de funcionario”.²⁶

En nuestro país, el depósito es un contrato, así se encuentra regulado en el Artículo 1974 del Código Civil que expresa: “Por el contrato de depósito una persona recibe de otra alguna cosa para su guarda y conservación, con la obligación de devolverla cuando la pida el depositante, o la persona a cuyo favor se hizo, o cuando lo ordene el Juez.” (sic.) Los depósitos en Guatemala están regulados en el Código Civil, en el Código de Comercio y el Código Procesal Civil y Mercantil.

e) Actas notariales de requerimiento

Por requerimiento debemos entender a la intimación que se dirige a una persona para que haga o deje de hacer alguna cosa, o para que manifieste su voluntad con relación a un asunto.

El requerimiento notarial es la intimación que una persona dirige a otra, para notificarle una decisión o un hecho y obtener una respuesta del requerido, reveladora de su actitud, también la conminación para que el requerido declare su actitud ante un caso, a fin de adoptar una medida decisiva el requirente, y siempre transmitida por medio del notario, que ha de interrogar al destinatario del requerimiento. Para los interesados, la elección del notario requeridor es libre; por el contrario, por la función pública que éste ejerce, no puede negarse al requerimiento para dar fe de cualquier acto

²⁶ Giménez-Arnau. **Ob. Cit.** pág. 769.

público o particular extrajudicial, salvo oponer justa causa; porque en otro caso, incurre en responsabilidad.

Por medio del acta notarial de requerimiento se hace constar la exteriorización de voluntad de hacer valer un derecho cierto; por ejemplo: Cuando se desea hacer caer en mora a una persona, primero se le requiere de pago de una cantidad de dinero. Estas actas notariales sirven para exigir a otra persona que haga o se abstenga de hacer algo.

Es muy importante hacer notar que estas actas al igual que las escrituras, contienen una declaración de voluntad, por eso se asegura: “Que el acta de requerimiento es un documento notarial intermedio entre el acta y la escritura. Las diferencias consisten en que la manifestación de voluntad de las escrituras es negocial, es decir, se dirige a la creación, modificación y extinción de derechos, pero en los requerimientos la declaración de voluntad es una exigencia y se dirige a la realización de ciertos supuestos de derecho”.²⁷ “En el medio guatemalteco las actas de requerimiento sirven para hacer constar la solicitud del cumplimiento de una obligación o bien que se haga o se deje de hacer algo, es una forma de requerir el cumplimiento de una obligación. Entre este tipo de actas encontramos el protesto de cheques, ya que tiene por objeto asegurar los derechos crediticios o patrimoniales del tenedor de título, haciendo posible que se dirija judicialmente contra los obligados”.²⁸ (sic.)

²⁷ Roca Chavarría. **Ob. Cit.** págs. 72 a 74.

²⁸ Muñoz. **Ob. Cit.** págs. 32 y 33.

f) Actas notariales de notificación

“Estas actas notariales sirven para hacer saber a una persona una resolución, es decir hacer saber algún hecho. En esta clase de instrumentos públicos el notario es el encargado de hacer saber a otra persona de un hecho, acto o negocio jurídico. A la persona a quien se le notifica no se le solicita que haga algo, sino únicamente que se entere de lo que se está haciendo saber. El notario en estos casos debe acreditar que se efectuó la rogación o requerimiento, practicando la diligencia; y su eficacia probatoria está regulada por las leyes procesales, aplicadas a los juicios que se siguen en los órganos jurisdiccionales. Notificar en sentido lato es comunicar algo a alguien.”²⁹ (sic.)

“Las actas de notificación son la prueba auténtica de haber puesto en conocimiento de otra persona, determinada noticia, ya que se utilizan para comunicar una situación que le favorece o le afecta, por ejemplo la notificación de una donación, la revocatoria de un mandato o de una donación”.³⁰

A partir de la emisión del Código Procesal Civil y Mercantil, los notarios tienen carácter de auxiliares de justicia, cuando se les encomienda una acción de notificación, esto debe ser a instancia de parte, según lo regula el Artículo 33 de dicho cuerpo legal el cual preceptúa: “El juez podrá, a instancia de parte, encomendar a un notario la realización de determinados actos, incluso notificaciones y discernimientos.”

²⁹ Roca Chavarría. **Ob. Cit.** págs. 75 y 76.

³⁰ Muñoz. **Ob. Cit.** pág. 33.

g) Actas notariales de sobrevivencia

“La palabra sobrevivencia significa conservar la vida luego de un plazo señalado, que puede determinar la percepción de un seguro o de una renta, en caso de existir contratos al respecto. Las actas notariales de sobrevivencia son por medio de las cuales se hace constar la vivencia o sobrevivencia de una persona en determinado momento, también se les ha llamado por algunos autores como de existencia de determinadas personas y también de fe de vida”.³¹ (sic.)

h) Actas notariales de inventario

“La palabra inventario viene del Latín, deriva del supino *inventum*, del verbo *invenire*, que significa hallar, aplicándose a este instrumento toda vez que existe una relación entre los bienes, cosas, o efectos de una persona y que se encuentran en un lugar, identificándose y valuándose por la indicación de su nombre, número, clase, o la descripción de su naturaleza; en materia sucesoria posee gran utilidad, toda vez que el acta notarial de inventario limita la responsabilidad del heredero con relación al activo del causante, y es imprescindible la elaboración de la misma para la liquidación del impuesto hereditario, por lo que podemos definir las actas notariales de inventario como el instrumento público en donde se hace constar una relación ordenada y descriptiva de todos los bienes, acciones y obligaciones de una persona física o entidad jurídica con el objeto de fijar su estado y valor en un momento determinado y de una manera autentica”.³² (sic.)

³¹ Roca Chavarría. **Ob. Cit.** pág. 79.

³² **Ibid.** pág. 81.

2.3 Las actas de protocolización

“La protocolización es la incorporación al registro notarial de documentos para que formen parte del protocolo y adquieran la calidad de documentos públicos. Estas actas se autorizan en el protocolo del notario, y tienen por objeto transcribir partes esenciales de expedientes judiciales, actos autorizados en el extranjero o inserción de documentos varios, para darle forma cierta. También pueden insertarse planos y otros documentos. No son consideradas actas notariales, por los elementos y características que las rigen por lo que no se incluyen dentro de la clasificación de las mismas, toda vez que por medio de esta acta de protocolación se incorporan al protocolo las actas notariales, pues sería inadecuado protocolizar un acta notarial a través de otra acta notarial, ya que el objeto de la misma difiere del objeto de las actas notariales”.³³

“Las actas de protocolización son aquellas en que el notario da fe de la entrega de un documento y de su incorporación al protocolo, ya que documentan una declaración del notario respecto a una actividad suya y una incorporación al protocolo de documentos públicos o privados, ya sea por disposición de la ley, mandamiento judicial o administrativo o a rogación de los particulares. La incorporación puede ser material o jurídica, es material debido a que el documento pasa a formar parte de uno o más folios del protocolo, y jurídica cuando esa incorporación se hace a través de un acta de protocolización.”³⁴ (sic.)

³³ **Ibid.** pág. 89.

³⁴ Muñoz. **Ob. Cit.** págs. 49 y 50.

El Código de Notariado no define las actas de protocolización, únicamente se limita a indicar que documentos pueden protocolizarse en su Artículo 63, asimismo señala los requisitos que debe contener el acta de protocolización en su Artículo 64.

2.4 Diferencia entre escritura pública y acta notarial

Para diferenciar el acta notarial de la escritura pública debemos hacerlo desde dos puntos de vista: Externo e interno.

Externo: En Guatemala las actas notariales se redactan en papel simple o bond, y el protocolo se utiliza para las escrituras públicas. Las actas notariales no llevan numeración y las escrituras públicas en el protocolo deben llevar un orden riguroso de número y fecha. Del acta notarial no se puede extender testimonio o copias, por tratarse de documentos únicos, mientras que la escritura pública se puede reproducir, expidiendo testimonio o copia, salvo la limitación de testamentos y donaciones por causa de muerte. Las actas notariales quedan en poder del interesado y no del notario, salvo excepciones que exija protocolización. En las escrituras públicas es necesario consignar los datos de identificación personal del requirente, y en las actas notariales en algunos casos no es necesario. En cuanto a la firma del requirente en algún tipo de actas es suficiente la firma del notario, para que la misma adquiera plena validez, mientras que en la escritura pública es requisito o formalidad esencial la firma o firmas de los otorgantes.

Interno: Desde este punto de vista en las actas notariales se hace constar hechos que presencia y circunstancias que le constan al notario, “por haberlos él efectuado o

presenciado, mientras que en la escritura pública se hacen constar negocios jurídicos y declaraciones de voluntad. Desde otro punto de vista, podemos afirmar, que entre el acta notarial y la escritura pública, existen tres diferencias a saber: Con respecto a su contenido, a su estructura y a sus efectos”.³⁵ (sic.)

“Contenido: La escritura pública hace constar actos jurídicos y el acta notarial, relaciona actos jurídicos, hechos jurídicos y materiales. Las actas hacen constar hechos materiales que pueden producir o no efectos jurídicos. La doctrina francesa define el acto jurídico como “una manifestación exterior de voluntad que se hace con el fin de crear, transmitir, modificar o extinguir una obligación o un derecho, y que produce el efecto deseado porque el derecho sanciona esa voluntad”. La escritura pública y el acta notarial pertenece al género de instrumento público notarial, los dos son instrumentos asentados en forma original dentro y fuera del protocolo, pero tienen diferencias específicas: En las escrituras se hacen constar actos jurídicos, y en las actas se relacionan hechos y actos jurídicos, como consecuencia en las primeras hay un otorgamiento de voluntad, y en las segundas una relación de acontecimientos que pueden engendrar o no consecuencias de derecho. En la escritura pública el notario dentro de sus deberes de funcionario público ha de desenvolver una actividad técnica de jurista, acomodando sus actuaciones y la voluntad de las partes a los preceptos de fondo exigidos por el ordenamiento jurídico. Por otra parte los instrumentos notariales escritura y acta expresan las diversas funciones de la actividad notarial. En la escritura los otorgantes manifiestan su voluntad de obligar. En cambio en las actas el notario

³⁵ **Ibid.** págs. 35 y 36.

nada mas da fe de aquello que escuchó, los comparecientes no manifiestan su voluntad de obligarse. En la escritura el notario puede dirigir y conformar legalmente la relación privada y da fe del consentimiento de las partes. En el acta se limita a dar fe de la existencia del hecho, a veces declara la consecuencia jurídica que del mismo se produce, pero no tiene posibilidad alguna de moldearlo, ya que en la escritura el notario moldea el acto. La verdadera diferencia reside en que las escrituras no solo se refieren a contratos, sino que los instrumentan mientras que las actas pueden referir a contratos pero no los instrumentan.

“Estructura: Esta distinción se deriva de la diferencia de contenido que a su vez hace necesaria una redacción y estructura distinta, aunque es necesario agregar que en algunos aspectos coinciden pero en otros no, según las características de una y otra.

“Efectos: Una escritura tiene como efecto hacer constar la expresión de la voluntad en un acto jurídico, darle la forma notarial exigida por la ley, en cambio tratándose de las actas su efecto es crear un medio de prueba de la existencia o realización de un hecho. Hay quienes consideran como forma de distinguir entre acta y escritura pública la inscripción en el registro, se inscriben las escrituras que crean, transmiten, modifiquen o extingan derechos u obligaciones, en cuanto a las actas se inscriben las informaciones *ad perpetuam*, la protocolización de estatutos de sociedades y asociaciones.

“La distinción entre la escritura y el acta, como dos grandes categorías genéricas del instrumento público, es en opinión general una distinción que arranca de la doctrina y así se explica que en la ley no se formula la definición del acta. Son actas y no escrituras los determinados actos en los que hay prestación del consentimiento, por ejemplo autorizaciones o renunciaciones (marital, paternal) o renunciaciones que tienen indiscutible parecido con las actas ya que afirman un hecho humano, aunque sean un hecho voluntario. El acta notarial es el instrumento público en que no se contienen relaciones de derecho, en que no hay vínculo que engendre obligación, contiene solamente hechos en cuyo recuerdo conviene conservar por la fe del autorizante, o hechos relacionados con el derecho que pueden producir acciones no exigibles por la propia virtud del acta, sino deducible de los hechos que en ella constan para pedir a los tribunales o a las autoridades de otro orden el cumplimiento del derecho. De modo que el acta notarial como una de las ramas del instrumento público hace fe por si misma en cuanto a los hechos en ella relacionados, bajo la fe del notario en el círculo de sus atribuciones. La escritura tiene por contenido las declaraciones de voluntad, los negocios jurídicos, y las actas contienen todos los demás hechos porque hay declaraciones de voluntad dirigidas a producir un efecto jurídico determinado a través del documento, pero no por medio de él.”³⁶ (sic.)

³⁶ Giménez- Arnau. **Ob. Cit.** págs. 407 a 410.

CAPÍTULO III

3. La función notarial al hacer constar los hechos

“La función notarial es cautelar, pública, marcadamente técnica, ya que el agente ejerce con imparcialidad. Un enfoque más minucioso de este concepto nos dice que es aquella actividad jurídico-cautelar sometida al escribano, que consiste en dirigir a los particulares en sus derechos subjetivos, y dotarlos de certeza jurídica. El contenido de esta actividad se encuentra consistente en tres actividades como lo son:

1º. Que es un consultor de sus clientes, porque aconseja y asesora a las partes de manera desinteresada, ya que es un redactor imparcial de sus voluntades.

2º. Preside sus actos jurídicos como policía jurídica, ya que su obligación fundamental es velar por la autonomía de la voluntad, asegurando a las partes una situación de igualdad y a cada otorgante la libre emisión de su propia voluntad jurídica, debiendo ajustar su labor técnica al principio de legalidad.

3º. Los reviste en forma instrumental, ya que la función notarial se concreta en forma documental, la cual puede ser privada o bien funcionarista, en donde se encuentran las notariales y las no notariales”.³⁷ (sic.)

La función notarial está legalmente en directa conexión con el instrumento público y con los efectos del mismo. Los notarios son a la vez profesionales del derecho y funcionarios, como profesionales del derecho tienen la misión de asesorar a quienes reclaman de su ministerio, y así aconsejarles los medios jurídicos más adecuados para

³⁷ Larraud, Rufino. **Curso de derecho notarial**. págs. 144 a 163.

el logro de los fines lícitos que se proponen alcanzar, como funcionarios ejercen la fe pública que tienen, y ampara un doble contenido:

a) La exactitud de que el notario ve, oye, y percibe por sus sentidos lo cual se da en la esfera de los hechos.

b) En la esfera del derecho se da autenticidad y fuerza probatoria a las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público.

La función del notario es la de afirmar de manera preventiva los hechos que dan nacimiento, son consecuencias o causan la extinción de los contratos y demás actos extrajudiciales, lo cual se pone en función del instrumento público, que es la forma legal que contienen las afirmaciones del notario. Legalmente es un hacedor del instrumento público con arreglo a la ley, por lo que se distinguen cuatro puntos del que hacer del notario, como lo son:

- El redactar el instrumento público.
- Autorizar el documento público.
- Conservar el instrumento público.
- Expedir copias del instrumento público.

Estas cuatro actividades componen el que hacer del notario, pudiéndose materializar de esta forma el dar fe, contribuir a la formación y afirmación de la voluntad de los otorgantes, lo cual requiere una formación jurídica que no se improvisa, así como una madurez de juicio, una experiencia, y confianza en sí mismo.

La función notarial se fundamenta en la doctrina clásica de la fe pública, en donde el notario tiene la función de revestir de certeza ciertos actos, y al instrumento hacer prueba de su existencia, y de todo o parte de su contenido, pudiendo tener una estructura compuesta de elementos psíquicos, lógicos y reales.

La fe pública no es más que una especificación adjetiva del sustantivo fe, y puede considerarse de un modo individual, referida al hombre aislado o puede entenderse en un aspecto o punto de vista social o colectivo, referida a la totalidad o a la mayoría de súbditos. El concepto referido al hombre individual, tiene su primera manifestación en el testimonio de nuestra conciencia y nuestro conocimiento. Cuando se trata de la fe pública o colectiva puede llegarse a una convicción o creencia común, lo cual da lugar a una acepción vulgar de la misma, la cual no coincide con el sentido jurídico que la expresión tiene, toda vez que jurídicamente supone la existencia de una verdad oficial, por lo que se dice que es presunción legal de veracidad, respecto a ciertos funcionarios a quienes la ley reconoce como verdaderos, facultándolos para revestir de autenticidad los hechos que pasan entre los ciudadanos.

Forman el concepto puramente intelectual de la fe pública el testimonio, solemnidad y presunción legal de veracidad, o bien puede llamarse así al efecto de estas causas, producidas en la mente de los que creen en la virtud de ellas. Por lo que el concepto jurídico no es la convicción del espíritu en lo que no se ve, sino la necesidad de carácter legal que obliga a estimar como auténticos los hechos o actos sometidos a su amparo. En los dos sentidos, vulgar y jurídico, se encuentran dos posiciones

opuestas, ya que jurídicamente equivale a atestiguar solemnemente, y en sentido vulgar es prestar crédito a lo que otra persona o autoridad manifiesta, por lo que podemos decir que fe pública es el sentimiento que con carácter de verdad y certeza prestamos a quienes el poder público revestía de autoridad.

“Por ser la realización del derecho uno de los fines fundamentales del Estado, es a este a quien compete la reglamentación de las diversas funciones que pueden distinguirse en el amplio concepto de la fe pública, en la cual puede distinguirse en principio y en atención a la clase de hechos a que se refiere:

a) Fe pública administrativa: Su objeto es dar notoriedad y valor de hechos auténticos a los actos realizados por el Estado, o por las personas de derecho público dotadas de soberanía, de autonomía o de jurisdicción, la cual se ejerce a través de documentos expedidos por las propias autoridades que ejercen la gestión administrativa. La intervención notarial en la contratación administrativa es plena y total, ya que el notario, aún siendo funcionario actúa con independencia y constituye garantía de los derechos de los administrados.

“b) Fe pública judicial: Dada la trascendencia de las actuaciones ante los tribunales, civiles, administrativos o contencioso administrativos, es lógico que todas estas actuaciones estén revestidas de un sello de autenticidad, que se imprime en ellas por virtud de la fe pública judicial, porque las facultades o limitaciones establecidas en la norma objetiva pueden dar lugar a contienda o pugna entre el estado y los particulares, o bien entre dos particulares.

“c) Fe pública extrajudicial o fe pública notarial: Hay un incontable número de actos humanos cuya finalidad es la constitución, modificación o extinción de relaciones jurídicas, y por ende de derechos patrimoniales de carácter privado. La constatación de semejantes acontecimientos constituye la órbita propia de la fe pública notarial.

“d) Fe pública registral: La escritura establece una verdad para todos, la existencia del acto y la fecha o momento de celebrarse y comenzar sus efectos, pero para extenderlos a terceros debe publicarse notificándosela solemnemente, para que llegue a conocimiento y ninguno la ignore; esta forma documental debe ser pública y auténtica, con efecto de probar el acto plenamente entre las partes y para todos, por lo que la inscripción realiza las funciones civiles de la forma que da existencia al acto, y el documento auténtico se hace público por medio de otro que lo copia para desplegar la autenticidad de su fuerza, en contra de cualquier interesado desde la fecha de su inscripción.

“La vigencia de certidumbre y notoriedad que deben tener los actos públicos relacionados con la actividad legislativa, administrativa o judicial, se impone cuando se trata de actos relativos a particulares, ya que el Estado tiene el deber de proteger los derechos privados y garantizarlos contra todo intento de violación, es indudable que solamente puede proteger aquéllos cuya existencia le conste sin posible duda, por lo que la fe pública notarial llena una función preventiva, de profilaxis jurídica, y tanto sus orígenes históricos como su evolución y su actual desarrollo responden a la preparación

de las pruebas preconstituidas, que nacen anteriores al curso de un juicio y que serán suficientes para resolver el pleito o impedir que este se plantee”.³⁸ (sic.)

“La fe pública es la noción impositiva que coactivamente obliga a todos a estimar con autenticidad o verdad oficial lo que ella ampara, e incide en el documento notarial, ya que es depositada en la aseveración del escribano, y confiere a ciertos documentos el carácter de auténticos y eficaces”.³⁹ (sic.)

El acto jurídico autorizado con fe pública se tiene por auténtico, toda vez que consiste en la certeza y eficacia que da el poder público a los actos y contratos privados por medio de la autenticación de los notarios, que vienen a ser testigos públicos de los actos privados entre las personas.

3.1 La imparcialidad y asesoría

La imparcialidad es muy importante en casos como en Guatemala, que se ejerce como notario y abogado simultáneamente, para algunos y con razón, resulta contradictorio que se puedan ejercer conjuntamente dichas profesiones. Ambas abarcan el campo jurídico, pero debe tomarse en cuenta la vocación que la persona tiene para ser abogado o notario, y que las dos profesiones son distintas. Desde luego el ejercicio del notariado es mucho más delicado, tampoco podemos pasar por alto lo relativo a la imparcialidad del notario con las partes y la parcialidad del abogado con su cliente. Es

³⁸ Giménez-Arnau, **Ob. Cit.** págs. 36 a 45.

³⁹ Argentino I, Nery. **Tratado teórico práctico de derecho notarial.** pág. 375.

así que debemos de deslindar en todo momento nuestra actuación, siendo parciales en unos casos al actuar como abogados, e imparciales al actuar como notarios. El otro aspecto importante es la asesoría que debemos dar a las partes, la función directiva o asesora la debe prestar el notario por ser un jurista, puede asesorar o dirigir a sus clientes sobre el negocio que pretenden celebrar, aconsejando sobre el particular. “Asesorar o aconsejar, después de escuchar e interpretar”: Una vez que los problemas han sido establecidos por las partes y asimilados por el notario, este dentro de su repertorio jurídico se encuentra en actitud de dar un consejo eficaz. Es muy frecuente que un planteamiento jurídico tenga diferentes soluciones, las cuales se pueden encontrar en los negocios jurídicos típicos o buscando una solución atípica particular, podríamos decir un traje a la medida. La capacidad, preparación jurídica, conocimiento y experiencia del notario, son fundamentales para dar una solución y aconsejar lo más adecuado ante los hechos presentados por sus clientes.

En la asesoría dentro de los casos de actas notariales se ve limitada, ya que el notario únicamente se debe constreñir a hacer constar hechos que presencia y circunstancias que le consten o que personalmente ejecute, sin hacer calificación de ninguna clase. El acta es la relación fehaciente de hechos que presencia el escribano, es una constancia, no un contrato. A medida que los ve y se producen, toma nota de ellos y sin función calificadora alguna, sin transformar en derechos sus exteriorizaciones, los va escribiendo y quedan para que en su oportunidad, esa presencia de un funcionario autorizante asegure que ocurrieron y constituya valedera prueba de

obligaciones, su misión es autenticar solamente por lo que no se observan los requisitos de las escrituras públicas.

3.2 El control de legalidad

El notario debe ajustarse a la ley y por lo tanto, no debe prestar sus servicios cuando el hecho que se desee documentar sea contrario a la ley o a la moral. Es frecuente que el notario sea requerido para hacer constar asuntos que no son objeto de un acta notarial, casos en los cuales se debe abstener. También se da el caso de personas que requieren los servicios notariales para hacer constar en acta asuntos que no tienen mayor relevancia o utilidad. “El control de legalidad lo hace el notario, al abstenerse de autorizar actas notariales que vayan en contra de la ley o la moral, asuntos que no son objeto de actas o que no tendrán ningún efecto o relevancia posterior aunque consten en acta notarial”.⁴⁰

3.3 La forma documental

“Aquí nos referimos a una cosa material, perceptible a nuestros sentidos, ya que el documento es un bien mueble corpóreo, por que tiene volumen e impresiona a nuestros sentidos, y puede transportarse de uno a otro lado, y al ser escrito es también llamado instrumento, el cual es una pieza de papel con superficie y signos de escritura, y que siendo otorgado por un particular es autorizado por un notario habilitado actuando en el ejercicio de su función profesional, que le imprime su sello, convirtiéndolo en emanación suya, es necesario que el notario haya intervenido en todas las etapas del

⁴⁰ Muñoz. **Ob. Cit.** págs. 41 a 44.

negocio documentado, o se haya redactado o suscrito en su presencia, siendo un elemento formal el que haya intervenido en su creación aunque el documento no contiene su formal asunción de paternidad, ya que su autor es el propio autor de la declaración, puesto que el notario cumple con un fin genérico, como lo es dar certeza jurídica a la voluntad de las partes y excepcionalmente al mandato de la ley, ya que esta será una forma que permitirá reconocer la existencia de los derechos, facilitando su circulación y eventualmente facilitará la prueba de ellos”.⁴¹

“Los notarios tienen la facultad y la virtud de darle forma documental a las actuaciones que autorizan ya que es esencial. La escritura pública es un género documental más evolucionado y especialmente destinado a contener las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen la prestación de consentimiento y los contratos de toda clase. Las actas notariales sirven para hacer constar hechos que el notario presencie y circunstancias que le consten. Por lo anterior se debe ser cuidadoso de no abusar de la forma documental, en especial en casos como el que regula el Código Civil guatemalteco en el Artículo 1576: “Los contratos que tengan que inscribirse o anotarse en los registros cualquiera que sea su valor, deberá constar en escritura pública...” igualmente lo regulado en el Artículo 1577 del mismo cuerpo legal: “Deberán constar en escritura pública los contratos calificados expresamente como solemnes, sin cuyo requisito esencial no tendrán validez.” Los citados anteriormente son casos concretos en los que es necesario escritura pública, se hace para completar los casos en que es obligatoria el acta: El matrimonio, detención domiciliaria, protestos,

⁴¹ Larraud, **Ob. Cit.** págs. 197 a 204.

notoriedad, inventarios, supervivencia, sorteo. Es un grave error autorizar un acta cuando se debió redactar una escritura y viceversa. La legislación guatemalteca es amplia y clara al regular casos en que se debe faccionar acta notarial como forma documental”.⁴²

“En todos los casos en que la forma es substancial o constitutiva, impuesta por la ley como requisito *sine qua non* de la existencia, la ausencia de forma adecuada produce la inexistencia del acto, que se resume en que la forma da el ser a la cosa, porque no es algo que se injerte en el negocio, sino expresión necesaria del negocio mismo.

“Cuando las leyes establecen una forma especial del negocio jurídico para que el mismo se considere judicialmente existente, estamos frente a un negocio formal, con forma esencial, siendo un negocio real o bien consensual, los cuales no necesitan ningún requisito de forma documental, por que son válidos una vez concurran los requisitos del consentimiento, objeto, causa y en su caso entrega de la cosa”.⁴³

“De allí que sea forzoso para el notario interviniente adecuar el hecho o acto al orden jurídico en que el derecho positivo lo ha colocado, aplicando las ideas elementales del derecho notarial, se puede observar que la forma es un signo inherente a todo hecho o acto jurídico por lo que es una consecuencia del principio activo que se

⁴² Muñoz. **Ob.Cit.** pág. 41 a 44.

⁴³ Giménez-Arnau. **Ob. Cit.** págs. 487 a 490.

traduce en acto, realidad evidente, por lo que se conceptúa como elemento rígido y preciso de la instrumentación jurídico notarial”.⁴⁴

3.4 La técnica notarial

La técnica se entiende como el conjunto de procedimientos y recursos de que se sirve una ciencia o un arte según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, y dentro del campo del derecho notarial el encargado de utilizar esos procedimientos y recursos para faccionar el acta es el notario, ya que al hablar de técnico se puede decir que el ejercicio de cualquier profesión liberal lo es, ya que consiste en dar forma a los negocios jurídicos o establecer la presunción de verdad de ciertos hechos, mediante la evidencia hecha en el instrumento público, ya que algunos creen que el notario es una máquina fotográfica, ya que recoge los hechos. Asimismo, se debe hacer mención de la pericia o habilidad del notario para utilizarlos, existiendo determinados aspectos como lo son:

a) La rogación: Es el principio por medio del cual el notario no actúa de oficio, sino a requerimiento de la parte interesada, cuya petición lo conmina a considerar si el designio de las partes se ajusta o no a los preceptos lícitos, y si esta reñido a la moral, buenas costumbres, o si es adverso al orden público. La rogación no es exclusiva del derecho notarial, ya que se da igualmente en el derecho procesal y en el derecho administrativo, y tiene un punto de contacto con la intermediación, la cual es conocida como cercanía o continuidad que es una regla fija que la función notarial demanda como contacto entre el notario y las partes, y debe hallarse bajo la dependencia inmediata del funcionario

⁴⁴ Argentino I. **Ob. Cit.** pág. 377.

actuante, ya que en la función notarial es un imperativo de derecho, que se evidencia plenamente. El notario debe actuar en el lugar y en el tiempo oportuno, pero no puede hacerlo por sí mismo o de oficio, debe haber un requerimiento previo, por que no puede ponerse en movimiento la actividad notarial de otra manera.

b) La competencia: En Guatemala, el notario es libre de actuar en cualquier lugar de la república, y en algunos casos fuera de ella, ya que no existe limitación territorial.

c) La claridad: El notario debe de utilizar las palabras adecuadas y evitar que a lo escrito se le dé una interpretación diferente por ser ambiguo o contradictorio, debe expresar claramente lo que ve y oye en la redacción del acta.

d) La observancia de la ley: El notario debe estar seguro de que se cumplen los fines para lo que fue requerido al momento de faccionar el acta, no debiendo abusar de su función, si el fin perseguido va en contra de la ley o la moral, debe abstenerse de actuar.

e) Los impedimentos: Las leyes señalan los impedimentos para la actuación del notario, en esos casos no puede actuar. Salvo contadas excepciones no puede autorizar actos a favor suyo o de sus parientes.

f) La conservación y reproducción: Las actas por ser documentos únicos y no redactarse dentro del protocolo, quedan en poder de los requirentes o solicitantes, es por ello la imposibilidad de extender un testimonio o copia de la misma. En el caso de las actas

que la ley ordena se protocolicen o así mismo se solicite se incorporen al protocolo y pasen a formar parte de él, se realiza mediante un acta de protocolización.

g) El registro: No es frecuente que las actas notariales sean inscritas en los registros públicos en Guatemala. Desde luego se dan casos como las actas notariales de nombramiento de representantes legales de sociedades mercantiles, que deben inscribirse en el Registro Mercantil, así como las actas de nombramiento de representantes legales de cooperativas en INACOP.

En el faccionamiento de las actas notariales debemos llevar a cabo tres fases:

a) Fase de evidencia: La que se da en el momento de que el hecho se realiza, por lo tanto es evidente para el notario.

b) Fase de solemnidad: Se da en el momento que tiene que trasladarse al papel cumpliendo requisitos legales.

c) Fase de objetivación: Esta se da cuando el hecho presente se convierte en hecho narrado y permanece así, objetivado en el tiempo.

3.5 Efectos de las actas notariales

Existen efectos que son producto de la autorización de un acta notarial, dentro de los cuales encontramos:

- Efectos ejecutivos.

- Efectos de valoración.
- Efectos materiales.
- Efectos procesales.

Se pueden mencionar como ejemplos claros de estos efectos: El acta en donde consta un saldo deudor, que según el Código Procesal Civil y Mercantil es título ejecutivo, así como el acta en donde se declara la notoriedad, en la cual existe un juicio de valoración de pruebas.

“En un proceso judicial, el acta de notificación de la primera resolución produce efectos materiales como la interrupción de la prescripción, constituye en mora al obligado, y obliga al pago de intereses.

“Entre los efectos procesales, da prevención al juez que emplaza, sujeta a las partes a seguir en el proceso y las obliga a constituirse en el lugar”.⁴⁵

En conclusión sobre la base de ideas ya expuestas se evidencia el carácter técnico de expresión y de individualización del derecho.

“Entonces la técnica jurídica se refiere al conjunto de medios de toda naturaleza con cuya ayuda se elaboran, exteriorizan y transforman, se aplican o se hacen caducar las normas jurídicas cuyo objeto principal es la realización formal y la practicabilidad del

⁴⁵ Muñoz. **Ob. Cit.** págs. 44 a 47.

orden jurídico que se manifiesta a través de reglas de conducta, y que aplica de manera reflexiva los medios idóneos con el propósito de contribuir a la realización práctica del derecho, cuyos medios y fines son los elementos fundamentales de la técnica, y que aparecen ligados por la voluntad y la acción del agente que tiende al logro del fin propuesto".⁴⁶ (sic.)

⁴⁶ Larraud. **Ob. Cit.** págs. 176 a 179.

CAPÍTULO IV

4. La sucesión hereditaria

4.1 Definición

La sucesión hereditaria es el hecho de colocarse una persona en lugar de otra ya fallecida, sustituyendo a la misma. Asimismo, se considera necesario delimitar ciertos requisitos o elementos para dar el verdadero sentido de la expresión siendo los siguientes:

La sustitución de persona se debe de producir sin que cambien fundamentalmente los demás elementos de la relación jurídica. Se estima que afectan a la técnica de la sucesión los llamados derechos transmisibles, quedando excluidos del área sucesoria los que no son susceptibles de transferencia por ser de carácter no patrimonial, o bien porque siendo patrimoniales presuponen un sujeto insustituible, por ejemplo el usufructo, el uso, la habitación, los deberes alimenticios, etc.

“La posición del sucesor debe producirse a través de una relación de causalidad. El derecho del nuevo sujeto debe provenir directamente del causante, por lo que la entrada del sucesor en la relación jurídica está unida estrechamente a la salida del anterior, no siendo dos hechos independientes, sino una razón y la continuación del otro.”⁴⁷

⁴⁷ Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Tomo V. págs. 589 y 590.

“Desde el derecho antiguo, se admitió que las relaciones jurídicas no personalísimas pueden transmitirse a otra u otras personas, se creó así la relación de causahabiente (persona fallecida) y sucesor (heredero o legatario), a fin de mantener vigentes las relaciones jurídico patrimoniales del primero, y poder ejercitarse con posterioridad a su muerte, sus derechos, y cumplirse oportunamente sus obligaciones. Esta sucesión a veces se denomina mortis causa, derecho sucesorio, derecho de sucesión por causa de muerte, o derecho hereditario”.⁴⁸

4.2 La sucesión intestada

Se produce cuando falta la manifestación de voluntad testamentaria o esta es inapropiada o insuficiente para ordenar o distribuir el patrimonio del causante. Puede definirse la sucesión intestada como aquella establecida por la ley para regular la ordenación y distribución de los bienes dejados por una persona, cuando muere sin testamento o con testamento ineficaz o insuficiente para llevarse a cabo dicha distribución. Se considera la sucesión intestada como una sucesión universal y el sucesor intestado es considerado con la misma intensidad jurídica que el heredero testamentario, y el acto de adquisición produce el mismo alcance jurídico que el testamento, salvo, la voluntad del causante y otras singularidades típicas de la sucesión testamentaria. En este caso las personas vienen solas a la herencia, sin ordenaciones y la ley mira al causante y a sus herederos en su relación inmediata con él y en su más pura y abstracta consideración, por que la sucesión intestada es una ordenación

⁴⁸ Brañas, Alfonso. **Manual de derecho civil**. pág. 355.

supletoria de la testamentaria. “Existen doctrinas que justifican la sucesión intestada dentro de las cuales podemos citar las siguientes:

a) Primera doctrina: La concepción del condominio romano en la sucesión y el criterio de la propiedad familiar conjunta del antiguo derecho germánico, la que estimó que el fundamento de la sucesión intestada debía encontrarse en el pensamiento de la copropiedad, de tal forma que si en vida del causante todos los elementos de la familia habían contribuido a la formación del patrimonio, resultaba lógico que cuando el causante muriera debía pasar a aquéllos.

“b) Segunda doctrina: Esta empieza a formarse a finales del siglo XVII que encuentra su apogeo en los filósofos del ilusionismo, los que buscan un fundamento para la sucesión intestada basándose en la voluntad del causante toda vez que si el testamento es la voluntad expresa del causante, la sucesión intestada es su voluntad tácita o presunta. La realidad demuestra que el parentesco no es la línea de predilección y el orden legal establecido por los legisladores puede no ser el figurado en la mente y razón del causante.

“c) Tercera doctrina: Esta es formada sobre la teoría biológica del derecho de sucesión considerando a cada individuo como parte de su progenitor, del que recibe células que tienen el poder de constituir una colonia de la cual forma parte, por lo que, cuando éste desaparece deja parte del mismo por lo que se le deben reservar sus bienes a aquellos que deja, por que su ser está en ellos mismos, pero esta doctrina no explica la sucesión

del cónyuge dado que la mezcla de sangre viene a ser ilusoria para la identidad biológica que se predica.

“d) Cuarta doctrina: Ésta se encuentra derivada de la influencia del catolicismo y basada en los deberes del hombre fundamentando la sucesión intestada en una función social de propiedad que va enlazada con los deberes familiares, los cuales persiguen la convivencia social, estableciendo una regulación para la distribución de los bienes satisfaciendo los deberes de tipo familiar y de orden social que son base para la convivencia dejando en las manos de que quien no se encuentra de acuerdo pueda modificarlo a su criterio en su propio testamento con la sola observancia que las leyes establecen, presumiéndose que el causante al no testar acepta implícitamente en toda su integridad el orden establecido por la ley en aras del respeto de las consideraciones familiares y sociales, tomándose la sucesión intestada como testamento presunto del causante o como ordenación presunta de su voluntad”.⁴⁹

“El Código Civil de Guatemala, sigue el criterio al que le dan preferencia los códigos latinos como lo es la sucesión testamentaria, y dejan en segundo lugar la sucesión intestada, o sea aquella que a falta de la voluntad de la persona expresada en testamento, ocurre cuando son llamados a heredar los parientes que dispone la ley en el orden establecido por ella. Debe tenerse presente que la falta de disposición testamentaria no significa solamente la inexistencia de testamento. Puede haber sucesión intestada por falta del testamento, o porque en el testamento no se dispuso de

⁴⁹ Puig Peña, **Ob. Cit.** Tomo VI. págs. 628 a 632.

todos los bienes, se omitió la institución de heredero o ya sea que el testamento es nulo o ineficaz, parcial o totalmente. La antigua doctrina considera que el fundamento de la sucesión intestada radica en la presunción contenida en la ley, de expresión de la última voluntad de la persona que no otorgó testamento o que habiéndolo otorgado resulta nulo o ineficaz. La doctrina moderna se inclina a considerar que el fundamento de la sucesión intestada radica en el reconocimiento de vínculos familiares, tomando en cuenta subjetivamente la relación entre el causante y sus parientes mas cercanos”.⁵⁰

4.3 Sucesión testamentaria

Dentro de las fuentes de la relación jurídica sucesoria la sucesión testamentaria es la primera y mas importante de las fuentes, también es llamada sucesión legítima y está concebida por el estado como una ordenación de carácter subsidiario en el caso de que la persona no actualice la potestad que el legislador le concede para establecer su última voluntad en aquellas cosas y relaciones para después de su muerte. La potestad de hacer testamento ha sido atacada por doctrinas negativas que provienen de pensadores y filósofos revolucionarios, que negaron terminantemente la posibilidad de que la proyección patrimonial de los individuos se continuara mas allá de su existencia, basándose en el punto de vista del individualismo, ya que la muerte extingue todos los derechos y por consiguiente no puede hablarse de una continuación en el tiempo y en el espacio de un ser que ha terminado ya su vida. Posteriormente los socialistas se apoyan en dos consideraciones, la primera basada en que la potestad de testar es contraria a la justicia intrínseca, y la segunda que con ella padece el interés social, toda vez que crea

⁵⁰ Brañas. **Ob. Cit.** págs. 375 y 376.

entre los hombres una desigualdad y como proviene de determinadas actitudes naturales de las personas no es dable aceptarla cuando procede de hechos ajenos a la voluntad y capacidad del favorecido. La facultad de testar es contraria al interés de la sociedad por que se requiere y se exige que las fuerzas económicas caigan solo en manos de los más aptos y nunca sobre los que no lo son. Se ha atacado la facultad de hacer testamento apoyándose en el orden moral, por ejemplo que la facultad de testar aumenta la negligencia de las personas en el producir, sabiendo que cuentan con un patrimonio que heredar, produciendo la vagancia y la ociosidad.

“Debemos distinguir el derecho de testar entre un punto de vista sustancial y un punto de vista formal. Desde un punto de vista sustancial existe una disputa en torno a si la facultad de hacer testamento emana del derecho natural o de la creación de un derecho positivo, debiéndonos inclinar por creer que proviene del derecho natural, ya que el hombre tiene derecho a la libertad personal y derecho a la propiedad, complementándose con la facultad de ordenar sus bienes en vida y para después de su muerte, ya que si creemos que es una creación del derecho positivo el estado puede abolir esta facultad, estableciendo restricciones e incluso ordenar que los bienes del causante puedan realizarse por procedimientos distintos a los testamentarios, produciendo un régimen de adjudicación y distribución de sus bienes según su criterio para después de la muerte del causante.

“Desde un punto de vista formal se le da un enfoque técnico a la facultad testamentaria dentro del área del derecho, creando una doctrina en la cual impera la

voluntad humana, toda vez que la voluntad del hombre es la reina del dinamismo y se enraíza en el derecho de propiedad, debiendo tener eficacia jurídica después de la muerte, cuando esa voluntad ya no existe y cuando su titular no es el dueño de los bienes de que se dispone, siendo desde el punto de vista teológico la voluntad del alma inmortal, y tomándose la figura testamentaria como un contrato en el que existe la voluntad del testador y la voluntad del heredero, al aceptar la herencia después de la muerte del causante, se forma un compromiso contractual entre el testador y sus herederos.

“Actualmente se le da firmeza a la actividad testamentaria por medio de la doctrina de la voluntad, toda vez que la voluntad del causante es eficaz antes de morir, y empieza a tener plena efectividad cuando deja de existir, voluntad encaminada a dar vida actual e inmediata a un acto jurídico que se llama testamento, pero que por su naturaleza atribuida dentro del ordenamiento jurídico no puede desarrollar sus plenos efectos sino hasta después de la muerte del testador. Es el estado quien en definitiva crea la relación jurídica sucesoria, ya que la potestad de testar tiene un solo contenido, que es que se actualice la voluntad del estado por la voluntad del causante en un sentido de ruego, para que se acepte su carta testamentaria “. ⁵¹ (sic.)

“El Código Civil define el testamento como 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, y se han señalado como caracteres esenciales del

⁵¹ Puig Peña. **Ob. Cit.** págs. 134 a 141.

testamento que es un acto *mortis causa*, esto es, que surte efectos después de la muerte del testador, es un acto unilateral, porque solo se puede testar individualmente, es un acto personalísimo, ya que no se puede facultar a otro para que haga testamento en su nombre, es un acto revocable, toda vez que el testador puede hacer nuevo testamento, es un acto dispositivo de bienes, ya que esta es su esencia, y tiene lugar por disposición de última voluntad expresada en forma escrita”.⁵²

4.4 Regulación legal

Nuestro Decreto Ley 106, Código Civil, enmarca la sucesión hereditaria dentro del libro tercero, determinando en su Artículo 917 que la sucesión por causa de muerte se realice por la voluntad de la persona manifestada en testamento y a falta de este, por disposición de la ley. Asimismo, clasifica la primera como testamentaria, y la segunda como intestada. En su Artículo 918 al referirse a la transmisión de la herencia regula que los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte, regulando incapacidades para suceder, incapacidades para heredar, por indignidad o por testamento. Al referirse a la sucesión testamentaria en su Artículo 934 establece la libertad de testar, en la cual toda persona capaz civilmente puede disponer de sus bienes por medio de testamento, conceptualizando el testamento como un acto puramente personal y de carácter revocable, en todo o en parte con las solemnidades necesarias en su Artículo 935, enmarcando límites a la libertad de testar en su Artículo 936 como ejemplo el derecho que tienen algunas personas a ser alimentadas, prohibiendo en forma expresa el contrato de sucesión recíproca entre cónyuges o

⁵² Brañas. **Ob. Cit.** pág. 361.

cualquier otra persona y dispone que es nulo el testamento que se otorgue en virtud de contrato en su Artículo 937, y las reglas de la interpretación testamentaria en su Artículo 940 en las que regula que toda disposición testamentaria debe de entenderse en sentido literal de sus palabras, a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, y no debe hacerse tomando solo palabras o frases aisladas, sino la totalidad de voluntad. Según lo dispone el Artículo 945 están incapacitados para testar: El que se halle bajo interdicción, el sordomudo y el que hubiese perdido el uso de la palabra cuando no puedan darse a entender por escrito, el que sin estar bajo estado de interdicción no gozare de sus facultades intelectuales y volitivas por cualquier causa en el momento de testar.

En el Artículo 977 se establece que es nulo el testamento que se otorga sin la observancia de las solemnidades esenciales que la ley establece, las cuales están previstas en el Artículo 44 del Código de Notariado, asimismo, regula la nulidad absoluta del acto, esto es que no produce ningún efecto jurídico. Y la nulidad relativa del acto, que tiene lugar cuando la Ley permite que este pueda tener plenos efectos jurídicos por ratificación posterior del mismo se regula en el Artículo 979.

En el capítulo sexto del libro tercero de dicho cuerpo legal se regula de la aceptación y de la renuncia de la herencia, y al referirse en su título III, capítulo I, a la sucesión intestada, enumera cuatro casos en los que tiene lugar, y en su Artículo 1078 enmarca el orden de sucesión intestada, estableciendo en primer lugar a los hijos, incluyendo a los adoptivos y al cónyuge sobreviviente que no tenga derecho a

gananciales, regulando que a falta de descendencia, sucederán los ascendientes más próximos y el cónyuge, y no existiendo los llamados a suceder, sucederán los parientes colaterales hasta el cuarto grado, lo cual es regulado en sus Artículos 1079 y 1080.

CAPÍTULO V

5. Formas testamentarias

5.1 Testamento común abierto

“El testamento abierto constituye el hecho de hacerles conocer sus disposiciones tanto al notario autorizante como a los testigos, en lo cual reside la especial solemnidad, porque conforme a la ley el acto testamentario debe presenciarse en todas sus partes el testador, el mismo notario y los mismos testigos, lo que significa que ha de ser un acto único, sin soluciones de continuidad. El contenido del testamento es público en cuanto sus disposiciones han sido expresadas ante el notario y testigos, y quedan consignadas en instrumento público que forma parte de un archivo público (protocolo notarial) que puede ser consultado por cualquier persona y pedir copia auténtica cualquier interesado. El testamento abierto se otorga como cualquier otra escritura pública, con las características que le dan especial solemnidad, como lo son: Debe ser otorgado en un acto único y continuo; Ha de ser presenciado por el notario y los testigos; Puede haberse escrito previamente, pero de todos modos ha de ser leído en alta voz por el notario, estando el testador a la vista; Respecto a la sanidad mental del testador, el notario ha de dar fe y se basará en su apreciación de las circunstancias externas; Las personas cuya presencia es necesaria para solemnizar y legalizar el testamento, deben oír las disposiciones testamentarias. La ley prevé inhabilidades para ser testigo testamentario, algunas versan sobre el interés que pueda existir en las disposiciones testamentarias y otras sobre el estado del testigo. En todo caso la ley pretende al reglamentar esta materia, dar mayor seguridad al testador y a los interesados sobre la

exactitud del acto testamentario, toda vez que el que hizo las declaraciones de voluntad ya no podrá aclarar nada al momento de hacerse efectivo. Para evitar el peligro de suplantación o confusión de personas, la ley exige que el testador exprese los datos que han de servir para identificarlo plenamente como por ejemplo: a) Nombre y apellido del testador. b) Lugar de nacimiento. c) Nacionalidad, d) Domicilio o vecindad. e) Edad, f) Nombre y apellido de la persona con que hubiere contraído matrimonio g) Nombre de los hijos que hubiere procreado. h) Circunstancia de hallarse en su entero y cabal juicio, de lo cual debe dar fe el notario. i) La voluntad expresa de otorgar testamento.

“Después de lo anterior aparecerán las disposiciones testamentarias en donde se expresa la voluntad del testador limitadas solamente por las normas legales aplicables.”

⁵³ (sic.)

“El testamento común abierto es aquel en el cual el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las persona que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en el se dispone. Se deduce que el testamento abierto es fundamentalmente notarial porque exige la intervención de notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento, considerándose como hábil: La competencia territorial y la competencia *ratione materiae*, toda vez que el notario puede autorizar su propio testamento pero no el de otra persona que contenga disposiciones a su favor, ni de sus parientes ligados por consanguinidad o afinidad, y en cuanto a la competencia territorial, el notario puede

⁵³ Barragán. **Manual de derecho notarial**. págs. 126 y 127.

actuar previo requerimiento especial del testador que se encuentre del territorio en el cual reside el notario.

“Con relación a los testigos se especifica un número para otorgar el testamento abierto, los cuales deben de ser idóneos, que vean y entiendan al testador, sepan leer y escribir, los mismos deben estar presentes con el testador durante todo el acto del otorgamiento del testamento. Al hablar que deben de ser idóneos se refiere a la inexistencia de causas de incapacidad, y al referirse que vean y entiendan al testador se debe entender en su sentido natural, ya que comprende todos los obstáculos que se opongan a la visión o al oído. Al referirse que sepan leer y escribir tienen por fundamento alejar el peligro de fraudes y simulaciones, ya que los testigos del testamento abierto no tienen un papel pasivo, sino que su intervención está llena de contenido obligacional, ya que deben de manifestar su nombre y demás circunstancias que aseguran su idoneidad, así como la obligación de expresar si conocen o no al testador, deben formar juicio sobre la capacidad testamentaria del otorgante, escuchar la lectura del testamento y por último firmarlo.

“El testamento abierto debe ser custodiado dentro del protocolo notarial, lo que es una característica del testamento abierto. La escritura pública que constituye el testamento abierto queda bajo la custodia del notario, y pasa a formar parte de su protocolo como cualquier otro instrumento público, sin perjuicio de ser incluida en el protocolo el cual es reservado de manera correspondiente, toda vez que se podrá

obtener copia por los interesados, salvo mientras viva el testador, el cual será el único que por sí, o por apoderado podrá obtener copia del testamento.

“Para el otorgamiento del testamento abierto se utiliza una serie de formalidades como que la manifestación de voluntad del testador debe realizarse en presencia del notario y de los testigos de lo cual deviene la publicidad forzosa, que supone un proceso basado en tres fases: Fase preparatoria: dentro de la cual el testador expone al notario su voluntad en forma oral o por escrito. Fase material: En la cual el notario reduce a escrito lo manifestado por el testador siguiendo de manera escrupulosa sus instrucciones, y cuidando la forma y contenido legal para la redacción. La fase del otorgamiento: dentro de la cual se procede a la lectura y firma del testamento. Desde un punto de vista separado la primera fase es de carácter esencial y es el arranque del proceso formativo del testamento abierto. La segunda fase no es necesariamente una reducción material como se sostiene ya que el notario no tiene por que escribir con su propia mano el testamento, pues puede valerse de un tercero, e incluso del mismo testador, y el notario sólo cuida personalmente, no materialmente de la reducción a escrito aunque no es preciso que tenga que reproducir las mismas palabras del testador, ya que únicamente debe dar forma legal a su voluntad. En la tercer fase estamos ante la más importante, ya que el contenido de la misma se describe en el redactado (la voluntad del testador), se leerá en voz alta para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad, y si lo estuviere será firmado en el acto por el testador y los testigos, dando fe de ello el notario. La lectura del testamento, la ratificación del testador, y finalmente la firma y autorización del documento testamentario son los

apartados en los cuales se puede dividir el contenido de esta fase de lectura, ratificación y firma.

“En cuanto a la lectura del testamento, se deben tomar en cuenta tres consideraciones:

a) Debe ser completa, ya que a través de esta el testador conoce si el instrumento refleja exactamente su voluntad y los testigos pueden enterarse de la misma.

b) Ha de ser leído en alta voz, para que sea oído y entendido por los presentes, sin que pueda considerarse que por el simple hecho de firmarlo el testador prestó su conformidad.

c) La lectura ha de ser hecha por el propio notario autorizante, no existiendo inconveniente en que este pueda autorizar de acuerdo con el testador a un tercero para que lea el testamento y así se podrá notar cualquier defecto de redacción, conocer y recordar las disposiciones del testamento y compararlas con lo manifestado por el causante.

“Al referirse a la ratificación o aprobación que le atañe al testador, debe decirse que esta expresión de voluntad es fundamental, toda vez que es nulo el testamento en que no conste dicha conformidad, ya que la misma debe de ser completa y pura para que no deje lugar a dudas. Finalmente en cuanto a la suscripción o firma del testamento se manifiesta que las personas que deben firmarlo puedan hacerlo, así mismo que lo realicen quienes intervienen juntamente con el notario; sin embargo, si no pueden o no saben firmar, pero el testador sabe firmar, se exigirá que se ponga en el documento la

impresión digital de los pulgares de los testigos, haciendo constar el notario en el mismo documento las circunstancias del caso.

“El testamento abierto debe llevar la prueba de regularidad de haberse cumplido todas las formalidades expresadas dentro de la ley, lo que genera la dación de fe, que tiene indiscutiblemente la ordenación testamentaria, y evita que por olvido de alguna mención especial pueda anularse el testamento, con la responsabilidad del notario. La dación general de fe de haberse cumplido con las formalidades legales afecta exclusivamente al notario, y viene a constituir el cierre del instrumento notarial, quien declara la perfección jurídica del documento y lo autoriza estampando su signo, firma y rúbrica, dotando de autenticidad el acto”.⁵⁴

En Guatemala los testamentos comunes se dividen en abiertos y cerrados. El testamento común abierto deberá otorgarse en escritura pública como requisito esencial para su validez, según lo regulado en el Artículo 955 del Código Civil.

5.2 Testamento cerrado

“Lo que en esencia constituye el testamento cerrado es el acto por el cual el testador presenta y entrega al notario delante de los testigos, un escrito cerrado y al mismo tiempo declara de viva voz, de manera que los presentes lo oigan y entiendan, que en tal escrito está contenida la expresión de su última voluntad, la cual deberá cumplirse después de su muerte. Por su naturaleza el testamento cerrado está sometido

⁵⁴ Puig Peña. **Ob. Cit.** Tomo VI. pág. 216 a 233.

a formalidades mas rigurosas que el testamento común abierto, por ejemplo: El número de testigos ha utilizarse. Puede ser otorgado únicamente por quien sepa leer y escribir. La cubierta que contiene el escrito debe cerrarse debidamente y estamparse sellos para mayor seguridad de que no será abierta ni cambiado su contenido. Sobre la cubierta deberá expresarse: Que el testador en su opinión se halla en entero y cabal juicio, nombre, apellido y domicilio del testador, así como de cada uno de los testigos, y el lugar, día, mes y año del otorgamiento. Esta diligencia escrita sobre la cubierta debe ser firmada por el testador, los testigos y el notario, inmediatamente el testador debe otorgar una escritura pública que tiene por objeto, vincular el testamento cerrado al protocolo del notario, y servir de medio de control de los datos del otorgamiento y de la autenticidad de las firmas, así como del aspecto y estado de la cubierta que contiene el testamento, debiendo firmar la escritura el testador, los testigos y el notario, con lo cual se perfecciona el otorgamiento del testamento cerrado”.⁵⁵

“El testamento cerrado tiene relevantes ventajas sobre el testamento abierto que le hicieron alcanzar una época de esplendor, toda vez que mantiene secretas las disposiciones de última voluntad, evitando su prematura propagación, así mismo contiene la garantía que proporciona la intervención notarial, teniendo como inconvenientes el excesivo número de formalidades que la ley exige en su otorgamiento, que frecuentemente son causas de nulidad, y procede a conceptualizarlo como aquel en donde el testador, sin revelar su última voluntad, manifiesta en presencia del notario y

⁵⁵ Barragán. **Ob. Cit.** págs. 127 y 128.

los testigos que han de autenticar el acto, que aquella se halla contenida en el pliego sellado y cerrado que al efecto presenta, realizando las consideraciones siguientes:

a) El testamento cerrado está integrado por dos fases distintas y complementarias:

Una privada, que se refiere a la redacción del documento de última voluntad por el testador u otra persona a su ruego, esta fase es también llamada de preparación, ya que aquí el testamento se escribe o se redacta por el testador, bajo su dirección y orden, verificándose:

- La forma principal o de autografía total, en la cual encontramos la autenticidad del documento y la fidelidad de la voluntad testamentaria toda vez que si el testamento lo escribe el testador por si mismo puede tener gran trascendencia en la convalidación, aún cuando fuere nulo el testamento cerrado por no observarse las solemnidades establecidas en la ley valdrá como testamento ológrafo.

- La forma subsidiaria voluntaria, en la cual el testador encomienda la formación del testamento a un tercero, pudiendo ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego.

- La forma subsidiaria necesaria, en la cual se trata del testamento cerrado escrito por un tercero cuando el testador no sabe o no pueda firmar, generalmente será por causa de enfermedad o imposibilidad física, lo cual deberá hacerse constar concretamente en el testamento.

“Y la fase pública, que está constituida por el otorgamiento propiamente dicho, en la que intervienen el notario y los testigos, siendo un momento solemne que se divide en tres partes:

- Momento de la recepción: En el cual el testador presenta el documento ante el notario y los testigos, manifestándoles que aquel escrito contiene su testamento, caracterizándose por la clausura del mismo en un sobre cerrado y sellado, de forma que no pueda sustraerse aquel sin romper este, cuidando el notario que esté bien hecha, toda vez que se presume revocado el testamento que aparezca con la cubierta rota o los sellos quebrantados; El notario ha de ser hábil para actuar en el lugar del otorgamiento y el testador debe expresar si se halla escrito de su puño y letra, firmado y rubricado, o por el contrario está escrito por mano ajena y firmado por él al final, o si por no saber o no poder firmar lo ha firmado a su ruego una tercera persona.

- Momento del otorgamiento: Recibido por el notario el sobre en el que se contiene el testamento, procede a levantar el acta notarial, sobre su cubierta. Extendida y leída esta acta, la firmarán el testador y los testigos que sepan firmar y la autorizará el notario. Si el testador no sabe o no puede firmar, deberá hacerlo en su nombre uno de los testigos, expresando en el acta esta circunstancia.

- Momento de la protocolización: En esta fase se inicia la presentación del testamento por aquel o aquellos que la tengan, terminando con la protocolización propiamente dicha.

“b) El testamento cerrado supone el secreto material de las disposiciones testamentarias, y se prohíbe la publicidad formal de su contenido, toda vez que debe estar encerrado, guardado, dentro de un sobre debidamente pegado y sellado de forma que nadie puede enterarse de sus disposiciones, por lo que se prohíbe la publicidad formal de la voluntad.

“c) Tiene carácter notarial, toda vez que interviene un funcionario de este orden, que da carácter y condición al instrumento.

“Existen tres formalidades comunes al testamento cerrado, siendo estas:

- La clase de papel: El testamento cerrado podrá extenderse en papel común y no por ende en una clase de papel determinado, ya que lo que interesa es que conste claramente la voluntad del testador.

- La fecha: Existe el requisito esencial de la expresión del lugar, día, mes y año en que se escribe, sin tomar en cuenta que el acta de otorgamiento es la que en realidad da la fecha, se entiende que el acta extendida en la cubierta vale como testamento abierto en cuanto a la declaración del testador.

- Enmiendas, tachados y entrelineados: Se refiere a la necesidad de salvar las palabras enmendadas, tachadas o escritas entre renglones.

- Redacción del testamento: La ley no exige disposición en particular, el testador podrá redactar su testamento en la forma que estime conveniente, ya que no afecta a la validez del testamento cerrado.

“En la historia se pueden registrar dos antecedentes del testamento cerrado, una en el derecho romano, en la cual se admitió una forma de testar que permitía al testador mantener secretas sus disposiciones, presentando el testamento escrito por el o por otros debidamente cerrado, ante siete testigos declarando que aquel era su testamento mediante una fórmula sacramental. Como segundo antecedente del testamento cerrado

está durante la época del llamado derecho intermedio, en donde empezó a tomar reacción, en donde el testador desea mantener hasta el último momento el secreto de sus disposiciones, se refería al nombre del heredero o legatario a otro escrito depositado por él en determinado lugar, o consignado a determinada persona, por lo que se fue introduciendo la necesidad de la asistencia del notario, que daba fe de que el documento cerrado y sellado contenía el testamento del causante, conciliándose la exigencia del total secreto que nace del mismo testamento con la necesaria autenticidad de las disposiciones de última voluntad".⁵⁶

"El testamento común cerrado puede extenderse en papel corriente, y se le llama así porque la intervención del notario se concreta a presenciar ante dos testigos y el testador que el documento que contiene el testamento se ponga dentro de una cubierta cerrada, de suerte que no pueda extraerse aquel ni romperse esta, y ha de hacerse constar en acta los requisitos previstos en el Artículo 959 del Código Civil".⁵⁷

5.3 Testamentos especiales

"Son llamados también testamentos excepcionales, ya que se encuentran junto a las formas ordinarias o comunes de testar, e implican modalidades especiales en orden a las que generalmente se exigen para la manifestación ordinaria de la última voluntad, dentro de los cuales se regula el testamento del sordo, del ciego y sordomudo que no

⁵⁶ Puig Peña. **Ob. Cit.** Tomo VI, págs. 234 a 239.

⁵⁷ Brañas. **Ob. Cit.** pág. 364.

sabe o no puede hablar, testamento en peligro de muerte y el testamento en caso de epidemia.

“Al referirse al testamento del sordo se hace énfasis en que el mismo puede otorgar testamento ológrafo o cerrado sin la concurrencia necesaria de ninguna solemnidad especial más que las necesarias para otorgar el testamento abierto, realizando la lectura por sí mismo de su testamento.

“Se prohíbe el otorgamiento del testamento cerrado a todos aquellos que carecen de vista, así como los que no sepan o no puedan leer, si el ciego no sabe escribir y precisa de otro para que redacte sus disposiciones al no poder leerlas no puede controlar personalmente si estas responden efectivamente a su querer sucesorio, y aún al saber escribir tampoco puede tener la seguridad de que el documento que recibe el notario es el mismo que él ha escrito. Al que no puede hablar se le restringe la facultad de testar con testamento cerrado.

“Puede realizar testamento abierto en presencia de testigos la persona que se encuentre en peligro de muerte, pudiendo escribir su voluntad o bien que sea retenida solo en la memoria de los testigos, teniendo un carácter de testamento privado, toda vez que no precisa la intervención de funcionario, y como elemento identificativo se tiene que solamente lo puede otorgar el moribundo, o el que está o va estar en una situación de peligro gravísimo para su vida, teniendo como requisitos esenciales, que si no existe el peligro inminente de muerte no puede decirse que está ante una situación de

testamento excepcional, aunque sobrevenga la muerte, también tiene como requisito que no sea racionalmente posible la intervención del notario, toda vez que si el testador está en condiciones de llevarlo a cabo debe otorgar testamento ológrafo. Tomándose la palabra no racionalmente posible como que no haya notario en el sitio donde se encuentra el moribundo, o porque, habiéndolo, no haya tiempo suficiente para que este pueda intervenir. Se tiene como otro requisito de los testamentos excepcionales el número de testigos que deben auxiliar al testador, y que forman juicio favorable acerca de su capacidad, toda vez que a pesar de la urgencia se deben observar solemnidades indispensables, como: que los testigos se encuentren presentes en el momento de otorgarse el testamento, siendo esta presencia fundamental, de tal forma que sería nulo el testamento cuando aquella no ha tenido lugar; asimismo, los testigos deben gozar de la idoneidad que la ley exige, es decir, que no pueden ser recusados por causas de incapacidad establecidas en la ley. Los testigos deben conocer al testador, ya que es un momento especial y en peligro de muerte, ya que autorizan el testamento sin asistencia del notario y formarán juicio favorable acerca de la capacidad para testar del causante en el momento de manifestar su última voluntad; asimismo, que el testador tenía el serio propósito de testar, a pesar que la urgencia nacida que agrava el acto no autoriza en buena lógica exigir esa elaboración, por lo que debe de existir espontaneidad y libertad en la formación del pensamiento y en la exposición de la idea.

“El testamento en caso de epidemia puede definirse como la manifestación de última voluntad de una persona que se encuentra en un lugar afectado por una epidemia, y lo realiza u otorga en presencia de testigos sin necesidad de notario, de lo

anterior se deduce que es un testamento abierto, ya que el testador da a conocer a los testigos la manifestación de su última voluntad, pero también es de carácter privado, ya que en su fase de otorgamiento no precisa de la intervención de ninguna autoridad, y posee un carácter excepcional, ya que solo lo puede otorgar el que se encuentra en algún lugar afectado por la epidemia, y que no sea posible testar en forma común u ordinaria.

“Los testamentos excepcionales enfrentan dos elementos para su validez como lo son:

- Su protocolización, que los eleva a escritura pública.
- La caducidad de las manifestaciones de última voluntad si no ocurren los elementos excepcionales que les caracterizan por lo que siempre es necesaria la declaración oficial para la autorización definitiva de un testamento de ese tipo”.⁵⁸ (sic.)

En la legislación guatemalteca, específicamente en el Código Civil, se constituyen figuras especiales del testamento:

- El testamento militar: el cual debe ser un testamento abierto y otorgado en campaña, en tal caso el oficial bajo cuyo mando se encuentre puede autorizarlo, en presencia de dos testigos que sepan leer y escribir.
- El testamento marítimo: Este puede ser abierto o cerrado y lo otorgan quienes vayan a bordo durante un viaje marítimo, haciéndose dos distinciones: a) Si es buque de guerra

⁵⁸ Puig Peña. **Ob. Cit.** Tomo VI, págs. 246 a 257.

debe ser otorgado ante el contador, en presencia de dos testigos que sepan leer y escribir, poniendo su visto bueno el comandante del buque. b) Si es buque mercante autorizará el testamento el capitán, asistiéndose de dos testigos que tengan las calidades anteriores.

- Testamento en lugar incomunicado: se puede otorgar ante el juez local auxiliándose de dos testigos que sepan leer y escribir, quienes se deben encontrar en el lugar motivo de epidemia.

- Testamento del preso: puede otorgarse en caso de necesidad ante el jefe de la prisión y pueden ser testigos los detenidos o presos, siempre que sepan leer y escribir.

- Testamento otorgado en el extranjero: esta no se reconoce como una forma de testamento propiamente dicha, sino se le da un reconocimiento de validez a los testamentos otorgados por guatemaltecos en el extranjero, y deben sujetarse a las normas establecidas por las leyes en donde se hallen.

Estas figuras especiales de testamento las encontramos reguladas en los Artículos del 965 al 976 del Código Civil.

CAPÍTULO VI

6. El acta notarial de otorgamiento de testamento cerrado

Uno de los varios tipos de testamento es el llamado cerrado, el cual el testador lo escribe o lo hace escribir, y lo cierra sin que pueda leerse su contenido. El pliego que lo contiene debe entregarlo a un notario, expresándole que es su testamento.

El notario procederá a autorizar un acta en la cubierta del testamento y dará fe de su presentación y entrega, firmando el testador y los testigos juntamente con aquel. Si el testador no pudiera hacerlo por alguna causa que le haya sobrevenido, firmará por él otra persona o alguno de los testigos. En la breve acta deberá expresarse el nombre, apellido y residencia del testador, de los testigos, y del que hubiere firmado por el testador, e igualmente el lugar, día, mes y año de su otorgamiento. La entrega y suscripción del testamento debe ser un acto sin interrupción. Cualquier falta de cumplimiento de las solemnidades, respecto a la forma de los testamentos, anulará el acto, pero si el testamento estuviere íntegramente escrito y firmado por el testador, valdrá como testamento ológrafo.

El testamento cerrado ha caído en desuso en la actualidad, en virtud de las mayores seguridades que ofrece el testamento notarial o por acto público, puesto que era utilizado para dar una especie de secretividad a las disposiciones del testador, “y para los que deseen mayor secreto todavía, el ológrafo es habitual, aunque peligroso,

salvo para personas de cultura, por los diversos requisitos formales que para su validez exige la ley”.⁵⁹

6.1 Formalidades

Para el tratadista Federico Puig Peña, el acta notarial de otorgamiento de testamento cerrado no es un acta de recepción como ocurre en algunas legislaciones como la italiana, ya que el testamento cerrado puede ser conservado por el propio testador, dejado en poder del notario o entregado a la persona que el testador desee, por lo que es necesario hacer notar la intervención de formalidades como:

a) En cuanto al otorgamiento propiamente dicho: El acta de otorgamiento se redacta y extiende sobre la propia cubierta que encierra al pliego que presenta el testador, con especial expresión del número y marca de los sellos con que esté cerrado, de las manifestaciones del testador y de los demás requisitos que deben ser observados.

b) En cuanto a la dación de fe por el notario: La seguridad general de haberse observado las solemnidades legales, el conocimiento del testador o de haberse identificado su persona en la forma prevenida, y la fe de hallarse el testador, a juicio del notario, con la capacidad legal necesaria para otorgar el testamento.

c) En cuanto a la unidad del acto: Se entiende que por analogía a diferencia del testamento abierto debe realizarse el acto con unidad y sin interrupción, por que

⁵⁹ Emérito Gonzáles. **Ob. Cit.** págs. 90 a 92.

claramente el acto empieza cuando el testador presenta al notario y testigos el pliego que contiene su testamento.

d) En cuanto a la copia: Extendida el acta en la misma cubierta del testamento, y por la necesidad y conveniencia de que quede constancia del otorgamiento, el notario transcribe en su protocolo reservado, con el número y en el lugar en el que le corresponde, el acta de otorgamiento, devolviendo luego la plica al testador o entregándose a la persona que el designe.

e) En cuanto a la conservación: En el testamento cerrado una vez extendida el acta del otorgamiento, puede el testamento ser conservado en tres formas distintas a elección del testador: Una principal, en la que el notario entrega el testamento al testador. La segunda, que encomienda su guarda a persona de confianza; y la tercera que lo deposita en poder del notario autorizante para que lo guarde en su archivo, caso en que el notario dará recibo al testador y hará constar en su protocolo reservado al margen o a continuación de la copia del acta del otorgamiento, que queda el testamento en su poder. Si lo retirare después el testador, firmará un recibo a continuación de dicha nota, resultando esta forma de conservación la que más garantía ofrece.

f) De la fecha: En el testamento cerrado se entiende que la verdadera fecha es la del acta, y que, por tanto, si una persona no es capaz a la fecha de redactar el testamento, pero si lo es al otorgarse el acta, deberá ser considerado como válido el documento testamentario, pues es un testamento notarial y la verdadera declaración de la voluntad

tan solo se produce cuando el testador manifiesta de modo solemne que su voluntad se halla contenida en el pliego que presenta al notario y los testigos.

g) Escrito por un tercero: Deberá hacerse constar en el testamento y en el acta que se redacta posteriormente dentro del protocolo quien es esa persona que ha escrito el documento a ruego del causante, para que no exista duda alguna de que esta circunstancia es auténtica.

h) De la lectura: El acta notarial de otorgamiento de testamento cerrado, una vez extendida será leída, siendo únicamente lo que se lea. Nada dice la ley sobre la forma en que ha de hacerse esta lectura, ni por quien, pero se entiende que debe observarse por analogía lo establecido para la lectura del testamento abierto. Asimismo, se desprende de la doctrina italiana que no es necesario que el testador, en el acta de otorgamiento manifieste que ha leído el testamento escrito a su ruego por un tercero, o sea que el testador aunque haya firmado el testamento no llegue a leerlo.

i) De la cubierta: La ley no determina ninguna forma que deba tener el sobre o cubierta, ni tampoco la clase de papel o color del mismo, pudiéndose, por lo tanto, mantener sobre esto un punto de vista amplio. Sin embargo, no olvidando que es precisamente sobre esta cubierta, donde el notario ha de extender el acta de otorgamiento. “En países como Portugal, esta acta de otorgamiento se levanta sobre el mismo pliego en que se contiene el testamento, con lo cual la garantía de autenticidad es mucho mayor.

En la legislación guatemalteca observamos las siguientes formalidades para la redacción del acta notarial de otorgamiento de testamento cerrado:

- Debe redactarse sobre la cubierta que contiene el testamento cerrado, en la cual el notario dará fe de haberse observado las formalidades legales.

- Una vez extendida dicha acta debe ser leída y la firmarán el testador, los testigos, los intérpretes si los hubieren y la autorizará el notario con su sello y firma.

- Si el testador no puede firmar, pondrá su impresión digital y un testigo más designado por él mismo firmará a su ruego.

- Si el testamento cerrado es otorgado por una persona que no puede hablar pero si escribir el acta de otorgamiento debe ser escrita y firmada de puño y letra del testador.

- El notario transcribirá dentro del protocolo, con el número y en el lugar que le corresponde el acta de otorgamiento, dicho instrumento será firmado por todos los que en el acto intervinieren.

Las formalidades anteriormente descritas se encuentran reguladas en los Artículos 959, 961 y 962 del Decreto Ley 106, Código Civil, siendo estas formalidades similares a las requeridas por otras legislaciones de Latinoamérica, así también como de España.

6.2 Redacción del acta de otorgamiento de testamento cerrado

Recibido por el notario el sobre en el que se contiene el testamento procede a autorizar el acta notarial sobre su cubierta, expresando el número y la marca de los sellos con que está cerrado, y dando fe de haberse observado las solemnidades mencionadas, del conocimiento del testador o de haberse identificado su persona en la forma prevenida y de hallarse a su juicio el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento. Extendida y leída esta acta la firmarán el testador y los testigos que sepan firmar y la autorizará el notario con su signo y firma. Si el testador no sabe o no puede firmar, deberá hacerlo en su nombre uno de los testigos instrumentales u otra persona designada por aquel. También se expresará en el acta esta circunstancia, además del lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento. Por analogía los autores entienden que en cuanto a la unidad del acto debe observarse mayor claridad y sencillez que en el testamento abierto, ya que no puede plantearse aquí la cuestión del momento desde el que debe realizarse el acto con unidad y sin interrupción, por que claramente el acto empieza cuando el testador presenta al notario y testigos el pliego que contiene su testamento.

Extendida el acta en la misma cubierta del testamento, y por la necesidad y conveniencia de que quede constancia del otorgamiento, el Código Civil en el Artículo 962 preceptúa que autorizado el testamento cerrado, el notario lo entregará al testador o a la persona que el designe después de transcribir en su protocolo reservado el acta de otorgamiento del mismo, con el número y en el lugar que le corresponde.

“Una vez extendida el acta de otorgamiento, puede el testamento ser conservado en tres formas distintas a elección del testador: Una principal en la que el notario entrega el testamento al testador; la segunda, que encomienda su guarda a persona de confianza, y la tercera que lo deposita en poder del notario autorizante, en este caso, el notario dará recibo al testador, y hará constar en el protocolo reservado al margen o a continuación del acta de otorgamiento, que queda el testamento en su poder. Si lo retirare después el testador, firmará un recibo a continuación de dicha nota”.⁶⁰

6.3 Transcripción al protocolo

Para el licenciado Nery Muñoz “este momento integra la fase final del testamento cerrado, toda vez que el mismo no se incorpora al protocolo del notario autorizante, y por la necesidad y conveniencia de que quede constancia de dicho otorgamiento ya que el notario entregará el testamento cerrado al testador, se transcribe en el protocolo el acta de otorgamiento, por lo que nos encontramos frente al estudio de uno de los temas más controversiales en Guatemala, debido a que es un acta que va en el protocolo, lo que en doctrina algunos autores lo denominan escritura-acta. Históricamente la protocolización es una reminiscencia del derecho español, cuando el notario encuadernaba como parte del protocolo los expedientes instruidos ante la autoridad judicial.”

Según el Código de Notariado, en Guatemala, las actas notariales se redactan fuera del protocolo y las escrituras públicas dentro del protocolo, pero ahora nos

⁶⁰ Puig Peña. **Ob. Cit**, Tomo VI, págs. 242 y 243.

encontramos con un acta que se transcribe al protocolo, y en la cual comparecen las mismas personas que intervinieron en la autorización del acta notarial de otorgamiento del testamento cerrado, formalismo que trata de perpetuar la continuidad del acto y otorga la certeza jurídica de este.

A través de esta transcripción al protocolo, el notario da fe de la entrega de un documento público autorizado por él, que queda en poder del requirente del acto, y a la vez realiza su incorporación íntegra a su propio registro notarial, conservando así, de manera textual el acta notarial de otorgamiento dentro de otro instrumento público, como lo es la escritura pública, de carácter protocolario, reforzando la perpetuidad del acto, ya que existe la constancia del otorgamiento en el registro del notario, así como el Archivo General de Protocolos de la corte Suprema de Justicia, a donde remitiría el funcionario el correspondiente testimonio especial.

“Por lo que se entiende que se documenta una declaración del notario respecto de una actividad (activa) suya como lo es el otorgamiento del testamento cerrado y la incorporación al protocolo a través de la transcripción del acta que se autorizó sobre la cubierta del mismo”.⁶¹

Es así que se considera la naturaleza única de la transcripción al protocolo del acta notarial de otorgamiento de testamento cerrado, ya que no existe otra figura igual en la legislación guatemalteca, y el Código Civil en su artículo 962 es su único

⁶¹ Muñoz, **Ob. Cit**, págs. 49 y 50.

fundamento, denotándose la necesidad de la actualización del Código de Notariado, que se encuentra en vigencia desde el año de 1947, y que no contempla lo relativo a transcripción de documentos en el protocolo, solo de su incorporación material a través de la protocolización.

6.4 Apertura de la plica del testamento cerrado y su protocolización posterior

Esta etapa comienza con la presentación del testamento por aquel o aquellos que la tengan en su poder, terminando con la protocolización propiamente dicha. En cuanto a la presentación del testamento, debemos distinguir entre quién debe hacerla y quién puede pedirla: Debe hacerla todo aquel que tenga en su poder el testamento, como son el notario en cuyo archivo se depositó, o la persona de confianza a quien lo entregó el testador o en cuya posesión material se encuentre. El plazo para la entrega se comprende luego de que se sepa del fallecimiento del testador, incurriendo en responsabilidad si no la entrega en el plazo establecido en la ley. Dicho plazo inicia con el conocimiento de la muerte del causante, y el incumplimiento de la entrega distingue sanciones por razones de culpabilidad como por ejemplo que no se entregue por simple descuido o negligencia siendo responsable de los daños y perjuicios que origine o que no se entregue en virtud de una conducta dolosa del depositario o tenedor existiendo responsabilidad por daños y perjuicios, perdiendo todo derecho a la herencia como heredero *ab intestato* o como heredero o legatario testamentario, toda vez que el que dolosamente deja de presentar el testamento que obra en su poder, impidiendo así el cumplimiento de las disposiciones testamentarias, revela que obra movido por el interés personal, por serle más conveniente el fallecimiento *ab intestato*. La presentación del

testamento cerrado por aquellos que lo tienen en su poder debe hacerse ante el Juzgado de Primera Instancia por razón del lugar en que el testamento se hubiere otorgado, siendo el lugar del otorgamiento naturalmente el lugar consignado en el acta, no el que figura en el documento que el testador presenta. En cuanto a las personas que pueden pedir la presentación del testamento cerrado se entiende que pueden ser los que tuvieron el conocimiento del otorgamiento del testamento, y que obra en poder de tercero, pudiendo ser el reclamante persona extraña a la familia del causante, y jurará que no procede con malicia.

“Una vez presentado el testamento cerrado, el juzgado competente, bien por propia iniciativa, bien a virtud del ejercicio, por un tercero interesado del derecho a pedir la presentación, comienza las diligencias de protocolización propiamente dichas. Estas se inician con el examen del pliego por el secretario y diligencia acerca del estado del mismo, después viene la citación que manda hacer el juez al notario y a los testigos instrumentales. Una vez presentados el notario y los testigos, se procederá al examen del pliego en cuestión, declarando si lo hallan o no en el mismo estado que tenía cuando pusieron su firma. Finalmente se procede a la apertura del pliego y lectura del testamento, dictando el Juzgado un auto, mandando que se protocolice con todas las diligencias preliminares de la apertura, en los registros del notario que hubiere autorizado su otorgamiento. Hecha la entrega del expediente al notario, siendo firme el auto, la protocolización se verifica mediante acta por la que se incorporan al protocolo los instrumentos públicos. De conformidad con la legislación notarial, la protocolización de los expedientes judiciales se efectúa por medio de un acta extendida y suscrita por el

notario, a requerimiento de cualquier persona que entregue el expediente con el auto judicial con el que se ordena la protocolización, correspondiendo al notario que autorizó el acta de otorgamiento”.⁶²

En la legislación guatemalteca, esta fase final del otorgamiento del testamento cerrado, inicia tal y como lo enmarca el Artículo 964 del Código Civil, al establecer que el notario o la persona que tenga en su poder el testamento cerrado deberá presentarlo al juez competente luego que sepa del fallecimiento del testador, y a más tardar dentro de diez días, bajo pena de responder de los daños y perjuicios. Posteriormente nos remitimos al Código Procesal Civil y Mercantil, específicamente al Artículo 467 en el cual se inicia con el examen de la cubierta y de los sellos, cuyo acto de entrega del testamento cerrado y antes de cualquier trámite, el juez a presencia del solicitante y del secretario, levantará acta que exprese como se encuentra la cubierta y sus sellos, y demás circunstancias relativas al estado de la plica. Para el acto de apertura del testamento serán citados los interesados, el notario y los testigos que firmaron la cubierta, debiendo el notario presentar testimonio del acta extendida en su protocolo. Se citará también a la Procuraduría General de la Nación si no fueren conocidas todas las personas interesadas, la diligencia de apertura se realizará con los que concurran y si no pueden comparecer todos los testigos y el Notario por muerte o ausencia del lugar donde se sigan las diligencias, bastará la manifestación de los que puedan estar presentes. Bajo protesta tomada por el juez al notario autorizante y a los testigos instrumentales, manifestarán si las firmas que aparecen en el documento que se les

⁶² Puig Peña, **Ob. Cit**, Tomo VI, págs. 243 a 245

exhibe son suyas, si tienen por auténticas las de aquellos que hallan fallecido o estén ausentes y si la vieron colocar todas en un mismo acto, y si se encuentra en el mismo estado en que se hallaba cuando firmaron la cubierta y si es la que otorgó el testador, para esto se les permitirá que examinen el pliego. Si a dicho acto de apertura no concurriera el notario autorizante de la cubierta ni los testigos instrumentales, el juez suspenderá la diligencia, acto continuo dispondrá se publiquen edictos por una sola vez, en dos periódicos, uno de los cuales debe ser el Diario Oficial, haciendo saber el día y hora en la que se procederá a la apertura del testamento, practicándose la diligencia con los interesados que se hallen presentes, dictando el juez las medidas necesarias para cerciorarse de la autenticidad de las firmas, tanto del notario como de los testigos, procediendo a abrir el testamento y a darle lectura, rubricando y sellando el Juez cada una de las hojas del testamento, y el secretario levantará acta, dejando constancia de todo lo realizado. En cuanto a la protocolización del testamento cerrado después de haberse realizado las diligencias descritas anteriormente, el juez dictará resolución mandando protocolizar el testamento y lo entregará al notario que designe la mayoría o en su defecto al que decida el propio juez. El notario podrá expedir luego los testimonios que le fueren solicitados por los interesados. Si se hubieren formulado objeciones a la cubierta del testamento, el proceso sucesorio no podrá tramitarse en forma extrajudicial, concluyendo dicha etapa en el Artículo 473 del cuerpo legal citado anteriormente.

Modelo del acta notarial de otorgamiento de testamento cerrado:

En la ciudad de La Antigua Guatemala, departamento de Sacatepéquez, el veintitrés de febrero del año dos mil siete, siendo las nueve horas en punto, CARLOS OMAR MARTÍNEZ MONZÓN, Notario, constituido en mi bufete profesional ubicado en la cuarta calle poniente número diecisiete de esta ciudad, a requerimiento de ROBERTO ALFREDO GARCÍA ENRÍQUEZ, de treinta y dos años de edad, casado, Perito Contador, de nacionalidad guatemalteca, con domicilio en el departamento de Guatemala, quien se identifica con la cédula de vecindad número de orden C guión tres y de registro treinta y nueve mil ciento sesenta y tres, extendida por el Alcalde municipal de Chimaltenango, departamento de Chimaltenango, con el objeto de autorizar el Acta Notarial de Otorgamiento de su testamento Cerrado, y encontrándose como testigos para dicho acto los señores GEOVANNI ENRIQUE RODRÍGUEZ DÍAZ, de treinta y un años de edad, transportista, y GUSTAVO ADOLFO VIVAR CASTILLO, de treinta y seis años de edad, mecánico, ambas personas son casados, guatemaltecos, con domicilio en el departamento de Sacatepéquez, quienes se identifican con las cédulas de vecindad números de orden B guión dos y de registros cuarenta y dos mil ciento veinticinco y cuarenta y dos mil novecientos cuarenta respectivamente, extendidas por el Alcalde municipal de La Antigua Guatemala, Sacatepéquez, personas civilmente capaces, idóneos, y aptos por derecho para ser testigos en el presente instrumento, procediéndose de la manera siguiente: PRIMERO: El señor ROBERTO ALFREDO GARCÍA ENRÍQUEZ comparece y manifiesta por sí mismo de manera clara y entendible, que el pliego que presenta el día de hoy ante el infrascrito notario y los testigos presentes, el cual se encuentra escrito y firmado por su propio puño y letra,

contenido en dos hojas de papel bond de tamaño carta membretado con su nombre, contiene su testamento y sus disposiciones de última voluntad. SEGUNDO: Se procede por parte del señor ROBERTO ALFREDO GARCÍA ENRÍQUEZ, a introducir el pliego que contiene su última voluntad dentro de un sobre de papel manila de tamaño carta, el cual se sella con goma en la parte de la pestaña y se estampan tres sellos en los cuales se lee el nombre ROBERTO ALFREDO GARCÍA ENRÍQUEZ. CUARTO: Continúa manifestando el señor ROBERTO ALFREDO GARCÍA ENRÍQUEZ, que al finalizar el presente acto, entregará el presente sobre que contiene su testamento al Notario autorizante, para que se encargue de la guarda y custodia del mismo hasta que le sea requerido, ya sea por medio del otorgante o a través de sus familiares al momento de su muerte, quienes ya se encuentran enterados del otorgamiento de este testamento y en poder de quien quedará custodiado. Concluye la presente acta notarial, cuando son las nueve horas con treinta minutos, en el mismo lugar y fecha de su inicio, la cual se encuentra contenida en el sobre de papel manila tamaño carta que contiene el testamento del otorgante. Doy fe de haber observado las formalidades legales preceptuadas en el artículo novecientos cincuenta y nueve del Código Civil, Decreto Ley ciento seis, cuarenta y dos, cincuenta y uno y cincuenta y dos del Código de Notariado, Decreto número trescientos catorce. Leo íntegramente lo escrito al otorgante y a los testigos, quienes enterados de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales, lo aceptan, ratifican y firman el presente instrumento juntamente con el notario autorizante.

Firma.

Firma.

Firma.

DOY FE: Firma y sello del notario

(Los datos consignados en el presente modelo son ficticios.)

Modelo de transcripción del acta notarial de otorgamiento de testamento cerrado al protocolo del notario:

CUATROCIENTOS VEINTE: En la ciudad de La Antigua Guatemala, departamento de Sacatepéquez, siendo las nueve horas con cuarenta minutos del día veintitrés de febrero del año dos mil siete, Por mí y Ante mí: CARLOS OMAR MARTÍNEZ MONZÓN, notario, por disposición y en cumplimiento de lo establecido en el artículo novecientos cincuenta y nueve del Código Civil, Decreto Ley ciento seis, procedo a transcribir el acta notarial de otorgamiento de testamento cerrado del señor ROBERTO ALFREDO GARCÍA ENRÍQUEZ, autorizada por el infrascrito notario, la cual se encuentra contenida en la parte frontal de un sobre de papel manila tamaño carta, acta que textualmente consigna: “En la ciudad de La Antigua Guatemala, departamento de Sacatepéquez, el veintitrés de febrero del año dos mil siete, siendo las nueve horas en punto, CARLOS OMAR MARTÍNEZ MONZÓN, Notario, constituido en mi bufete profesional ubicado en la cuarta calle poniente número diecisiete de esta ciudad, a requerimiento de ROBERTO ALFREDO GARCÍA ENRÍQUEZ, de treinta y dos años de edad, casado, Perito Contador, de nacionalidad guatemalteca, con domicilio en el departamento de Guatemala, quien se identifica con la cédula de vecindad número de orden C guión tres y de registro treinta y nueve mil ciento sesenta y tres, extendida por el Alcalde municipal de Chimaltenango, departamento de Chimaltenango, con el objeto de autorizar el Acta Notarial de Otorgamiento de su testamento Cerrado, y encontrándose como testigos para dicho acto los señores GEOVANNI ENRIQUE RODRÍGUEZ DÍAZ, de treinta y un años de edad, transportista, y GUSTAVO ADOLFO VIVAR CASTILLO, de treinta y seis años de edad, mecánico, ambas personas son casados, guatemaltecos, con domicilio

en el departamento de Sacatepéquez, quienes se identifican con las cédulas de vecindad números de orden B guión dos y de registros cuarenta y dos mil ciento veinticinco y cuarenta y dos mil novecientos cuarenta respectivamente, extendidas por el Alcalde municipal de La Antigua Guatemala, Sacatepéquez, personas civilmente capaces, idóneos, y aptos por derecho para ser testigos en el presente instrumento, procediéndose de la manera siguiente: PRIMERO: El señor ROBERTO ALFREDO GARCÍA ENRÍQUEZ comparece y manifiesta por sí mismo de manera clara y entendible, que el pliego que presenta el día de hoy ante el infrascrito notario y los testigos presentes, el cual se encuentra escrito y firmado por su propio puño y letra, contenido en dos hojas de papel bond de tamaño carta membretado con su nombre, contiene su testamento y sus disposiciones de última voluntad. SEGUNDO: Se procede por parte del señor ROBERTO ALFREDO GARCÍA ENRÍQUEZ, a introducir el pliego que contiene su última voluntad dentro de un sobre de papel manila de tamaño carta, el cual se sella con goma en la parte de la pestaña y se estampan tres sellos en los cuales se lee el nombre ROBERTO ALFREDO GARCÍA ENRÍQUEZ. CUARTO: Continúa manifestando el señor ROBERTO ALFREDO GARCÍA ENRÍQUEZ, que al finalizar el presente acto, entregará el presente sobre que contiene su testamento al Notario autorizante, para que se encargue de la guarda y custodia del mismo hasta que le sea requerido, ya sea por medio del otorgante o a través de sus familiares al momento de su muerte, quienes ya se encuentran enterados del otorgamiento de este testamento y en poder de quien quedará custodiado. Concluye la presente acta notarial, cuando son las nueve horas con treinta minutos, en el mismo lugar y fecha de su inicio, la cual se encuentra contenida en el sobre de papel manila tamaño carta que contiene el

testamento del otorgante. Doy fe de haber observado las formalidades legales preceptuadas en el artículo novecientos cincuenta y nueve del Código Civil, Decreto Ley ciento seis, cuarenta y dos, cincuenta y uno y cincuenta y dos del Código de Notariado, Decreto número trescientos catorce. Leo íntegramente lo escrito al otorgante y a los testigos, quienes enterados de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales, lo aceptan, ratifican y firman el presente instrumento juntamente con el notario autorizante. (f) ilegible. (f) ilegible. (f) ilegible. (f) ilegible. Sello que dice Carlos Omar Martínez Monzón. Abogado y Notario. Leo lo escrito y enterado de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales, el infrascrito notario lo acepta, ratifica y firma, conjuntamente con los señores ROBERTO ALFREDO GARCÍA ENRÍQUEZ, GUSTAVO ADOLFO VIVAR CASTILLO y GEOVANNI ENRIQUE RODRÍGUEZ DÍAZ, quienes se encuentran presentes al momento del otorgamiento del presente instrumento público.

Firma.

Firma.

Firma.

POR MÍ Y ANTE MÍ: Firma y sello del notario

(Los datos consignados en el presente modelo son ficticios.)

CONCLUSIONES

1) La finalidad de la autorización de un instrumento público es darle forma a la voluntad de las partes, y que sirva de plena prueba a más de quedar plasmada en un papel, ya sea en una escritura pública o bien en un acta notarial; teniendo el notario la obligación de enmarcar correctamente dicha voluntad dentro del instrumento público adecuado a la necesidad y seguridad de los otorgantes.

2) Las actas notariales no se encuentran clasificadas en el Código de Notariado, solamente son clasificadas doctrinariamente de diferentes maneras dependiendo del punto de vista de cada autor; y su importancia radica en que contienen hechos cuyo recuerdo conviene conservar y que hacen fe por sí mismas, siendo la relación fehaciente de los hechos que presencia el notario.

3) La función del notario guatemalteco empieza siendo un asesor o consejero, que le indica a una persona como encuadrar su voluntad, interpretando lo que le manifieste con base en su capacidad y experiencia, modelando de forma documental el instrumento que más se acople a la misma, manteniendo una observancia tanto sobre las normas legales como las normas morales y éticas de la profesión, robusteciendo dicho acto de legalidad y seguridad jurídica con la fe pública a él encomendada por el Estado.

4) La legislación civil guatemalteca regula claramente todas y cada una de las formas relacionadas a la sustitución del causante, ya sea de una forma voluntaria a través de

las diversas formas de testamentos, o de una manera legal a falta de los mismos, basándose en un orden cuyos antecedentes se remontan a épocas antiguas, por lo que se sobreentiende de que si una persona no dispone de sus bienes para después de su muerte a través de un testamento, está de acuerdo a la disposición de los mismos hecha por la ley.

5) El acta notarial de otorgamiento de testamento cerrado es un acta notarial de conformidad a lo establecido por la doctrina y por el Código de Notariado; la confusión entre instrumentos protocolarios y extraprotocolarios, radica al momento de transcribir la misma al registro notarial, ya que no se realiza una protocolización, por que no se inserta materialmente al protocolo, sino que se efectúa una transcripción, entendida como una copia literal y textual, de un instrumento público que por naturaleza no se incluye en el protocolo, dentro de una escritura matriz, de carácter exclusivamente protocolaria, pudiéndose extender testimonio de la misma, asegurándose así la perpetuidad y la constancia del acto para otras personas diferentes al otorgante.

6) La función notarial guatemalteca se basa en el sistema de notariado latino, surgido en España. La legislación notarial se encuentra desarrollada con base en el derecho comparado latinoamericano, dando lugar a que la misma no contemple las figuras jurídicas necesarias para el perfecto desarrollo de la función notarial, contrario a como se contempla en el derecho español de la época colonial, haciéndose necesaria e imperativa una reforma adaptada a las necesidades contemporáneas del ejercicio de la profesión notarial.

RECOMENDACIONES

1) Como la práctica del notariado en la época actual lo exige, es necesaria la readecuación de los conceptos e instituciones del Código de Notariado guatemalteco a través del organismo legislativo, a manera de que se individualicen las definiciones de las figuras jurídicas que el mismo contiene y a que deben de ser aumentados los instrumentos y documentos que se puedan incluirse en el protocolo notarial.

2) Al efectuarse una reforma por parte del órgano legislativo, se debe de ampliar el criterio que contempla el Código de Notariado en cuanto a los documentos que deben de redactarse en el protocolo, a manera de volver protocolarias las actas notariales para que tengan una mayor perpetuidad y seguridad jurídica, comparada a la que poseen las escrituras matrices, convirtiendo de esta manera al notario en depositario de las mismas dentro de su protocolo.

3) Para la elaboración de un testamento cerrado, los legisladores deben de contemplar en la ley una fase instructiva previa a la elaboración del pliego que contiene la última voluntad del testador, con el objeto de que el mismo llene todos los requisitos de forma y consigne de una manera mas técnica la identificación de sus bienes, derechos y obligaciones, y de las personas a quienes los transmite, así como la individualización de los mismos, toda vez que la falta de estos requisitos puede ser motivo de confusión o anulabilidad del testamento cerrado.

4) Las universidades guatemaltecas, deben profundizar de una manera más amplia la enseñanza del derecho de sucesiones en el pensum de derecho notarial, así como de la elaboración de las diferentes formas de testamentos, para poder brindar una asesoría eficaz al momento de que una persona haga uso de los servicios notariales relacionados a dichas materias, con el objeto de que no se produzca el riesgo de una invalidez de un instrumento público por no llenar los requisitos legales necesarios en los mismos, ya que actualmente es escaso el uso de las diversas formas testamentarias.

BIBLIOGRAFÍA

- ARGENTINO I., Nery. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**. 2ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediciones de Palma, 1980.
- BARRIOS QUAN, Carlos Federico. **Guía práctica para el ejercicio notarial**. Universidad de San Carlos de Guatemala. Guatemala, Guatemala, 1992.
- BRAÑAS, Alfonso. **Manual de derecho civil**. 1ª. ed. Guatemala, Guatemala: Ed. Estudiantil Fénix, 1998.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. 11a. ed., 4 t., Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta, S.R.L., 1976.
- CARRAL Y DE TERESA, Luís. **Derecho notarial y derecho registral**. 8ª. ed., México: Ed. Porrúa, S.A... 1984.
- EMÉRITO GONZÁLEZ, Carlos. **Teoría general del instrumento público**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediar editores, S.A., 1953.
- GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique. **Derecho notarial**. Pamplona, España: Ed. Universidad de Navarra, S.A., 1976.
- LARRAUD, Rufino. **Curso de derecho notarial**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Ediciones de Palma, 1966.
- MUÑOZ, Nery Roberto. **El instrumento público y el documento notarial**. 4ª. ed., Guatemala, Guatemala, 1995.
- PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Derecho notarial**. 1ª. ed. México, México. Ed. Porrúa, S.A., 1981.
- PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. 6 t., Madrid, España: Ed. Ediciones Pirámide, S.A., 1976.
- ROCA CHAVARRÍA, Víctor Raúl. **Las actas notariales en el derecho guatemalteco, necesidad de su protocolización**. Universidad de San Carlos de Guatemala, Guatemala, Guatemala, 1990.

Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala. Asamblea Nacional Constituyente, 1985.

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

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

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