

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

**PROCEDIMIENTO SUCESORIO TESTAMENTARIO ABREVIADO, UNA
ALTERNATIVA**



FABIOLA ARGENTINA PAIZ ARRIAZA

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2009

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

**PROCEDIMIENTO SUCESORIO TESTAMENTARIO ABREVIADO, UNA
ALTERNATIVA**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

FABIOLA ARGENTINA PAIZ ARRIAZA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los Títulos Profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2009.

**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. Marco Vinicio Villatoro López
VOCAL V:	Br. Gabriela María Santizo Mazariegos
SECRETARIO:	Lic. Avidán Ortiz Orellana

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente:	Lic. José Luis de León Melgar
Vocal:	Lic. Edith Marilena Pérez Ordoñez
Secretaria:	Lic. Maria del Carmen Mancilla

Segunda Fase:

Presidente:	Lic. Luis Alberto Pineda Roca
Vocal:	Lic. Dixon Díaz Mendoza
Secretario:	Lic. Jose Efrain Ramírez Higueros

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

**BUFETE PROFESIONAL
LICENCIADA ZULMA LORENA PERDOMO M.**



Guatemala; 22 de Julio de 2009.

Licenciado.

**Carlos Manuel Castro Monroy
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Presente.**



Respetable Licenciado Castro Monroy.

De conformidad con el oficio de fecha treinta y uno de marzo del año dos mil nueve emitido por la Unidad de Asesoría de Tesis, me permito informar a usted que he asesorado el trabajo de tesis de la estudiante **FABIOLA ARGENTINA PAIZ ARRIAZA**, cuyo título quedó en definitiva como: **“PROCEDIMIENTO SUCESORIO TESTAMENTARIO ABREVIADO, UNA ALTERNATIVA”**.

La estudiante **FABIOLA ARGENTINA PAIZ ARRIAZA** en su trabajo de tesis, enfoca con bastante propiedad lo referente a la correcta regulación que existe y debería existir en nuestro país en torno a la Brevedad del proceso sucesorio testamentario. El tema es abordado en una forma sistemática, de fácil comprensión y didáctica, abarcando antecedentes, definiciones y doctrina, conclusiones y recomendaciones, así como regulación legal en la materia, apoyando su exposición con fundamento en normas constitucionales y derecho comparado aplicables a nuestro derecho positivo, lo que

Avenida Reforma 1-64, zona 9 oficina 402, Edificio Condominio Reforma, Teléfono:
2385-0617



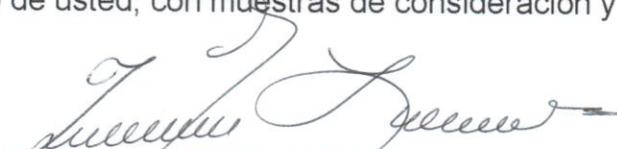
BUFETE PROFESIONAL
LICENCIADA ZULMA LORENA PERDOMO M.

hace de este trabajo un documento de consulta y utilidad a quien esa clase de información necesite.

Al respecto informo que la estudiante trabajó bajo mi inmediata dirección y se le sugirieron varias sesiones de trabajo en donde se le solicitó efectuar algunas modificaciones y ampliaciones a la investigación realizada, pretendiendo con ello cumplir con las expectativas que genera un trabajo de esta naturaleza. Las sugerencias fueron atendidas oportunamente.

Por lo anterior, el trabajo final presentado, aporta un estudio profundo del tema y considero que las conclusiones, recomendaciones y bibliografía son congruentes con la investigación. El método, técnicas y el contenido científico de la misma, responden a los requerimientos que para este tipo de trabajos deben ser empleados y por lo tanto, en cumplimiento de la resolución relacionada, debido a lo anteriormente expuesto y anotado emito DICTAMEN FAVORABLE, en virtud que el trabajo de tesis de mérito, cumple con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, para ser discutido en el Examen Público, previo DICTAMEN del señor Revisor.

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


Asesor. Colegiado 5,230.

Zulma Lorena Perdomo Morales
Abogada y Notaria

Zulma Lorena Perdomo Morales
Abogada y Notaria

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintinueve de julio de dos mil nueve.

Atentamente, pase al (a) LICENCIADO (A) HÉCTOR VINICIO CALDERÓN REYES, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante FABIOLA ARGENTINA PAIZ ARRIAZA, Intitulado: "PROCEDIMIENTO SUCESORIO TESTAMENTARIO ABREVIADO, UNA ALTERNATIVA".

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: "Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estimen pertinentes".


LIC. CARLOS MANUEL CASTRO MONROY
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc.Unidad de Tesis
CMCM/nnmr.



Guatemala, 30 de julio del año 2009.

Señor:
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Licenciado Carlos Manuel Castro Monroy
Universidad de San Carlos de Guatemala.
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.
Su Despacho.



Señor Jefe Unidad de Tesis:

En cumplimiento de la resolución dictada por la Dirección a su cargo con fecha 29 de julio del año en curso, por la cual se me designó revisor de tesis de la estudiante **FABIOLA ARGENTINA PAIZ ARRIAZA**, en la realización del trabajo titulado **"PROCEDIMIENTO SUCESORIO TESTAMENTARIO ABREVIADO, UNA ALTERNATIVA"** respetuosamente me permito informarle que remito a usted el siguiente:

DICTAMEN:

- a) Que procedí a la revisión del referido trabajo, el cual se encuentra elaborado conforme la respectiva doctrinaria y exegética de los textos legales relacionados con disciplina.
- b) El tema que investiga la bachiller **FABIOLA ARGENTINA PAIZ ARRIAZA**, es un tema de suma importancia en materia de Derecho Notarial.
- c) La metodología aplicada en éste trabajo fue de tipo analítico y sintético, así como la aplicación de métodos lógico-deductivo e inductivo, ya que permitió que la investigación documental se pudiera dividir, identificando verídicamente cuáles son las causas de que el proceso sucesorio testamentario actual sea engorroso y de ahí parte la necesidad de un procedimiento abreviado.
- d) Las conclusiones y las recomendaciones que se vierten, son congruentes con el trayecto de la investigación.
- e) El trabajo realizado, contenido en cuatro capítulos, comprende los aspectos, más importantes del tema tratado, desarrollándose técnicamente la bibliografía consultada.

Bufete Profesional
Lic. Héctor Vinicio Calderón Reyes



En definitiva, el contenido del trabajo de tesis, se ajusta a los requerimientos científicos y técnicos que se deben cumplir de conformidad con la normativa respectiva; la metodología, técnicas de investigación utilizadas así como la redacción, conclusiones, recomendaciones y bibliografía utilizada, son precisos con los temas desarrollados en la investigación, es por ello que al haberse cumplido con los requisitos establecidos en el

Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, resulta procedente dar el presente **DICTAMEN FAVORABLE**, aprobando el trabajo de tesis revisada.

Atentamente,


Lic. Héctor Vinicio Calderón Reyes
Revisor de Tesis
Colegiado 3,272

Héctor Vinicio Calderón Reyes
Abogado y Notario

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Ciudad Universitaria, zona 12
Guatemala, C. A.

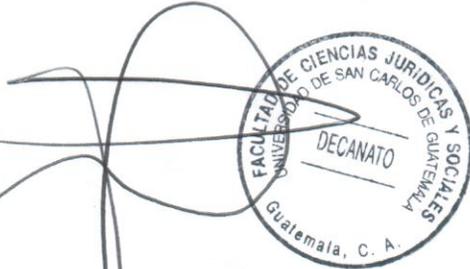


DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, treinta de septiembre del año dos mil nueve.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante **FABIOLA ARGENTINA PAIZ ARRIAZA**, Titulado **PROCEDIMIENTO SUCESORIO TESTAMENTARIO ABREVIADO, UNA ALTERNATIVA**. Artículos 31, 33 y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público.-

CMCM/sllh



DEDICATORIA

- A DIOS:** A quien dedico este proyecto y toda mi carrera universitaria, por ser quien ha estado a mi lado en todo momento, dándome las fuerzas necesarias para continuar luchando día tras día y seguir adelante rompiendo todas las barreras que se me presentan.
- A MIS PADRES:** Freddy Paiz Salguero y Mirna Arriaza Trujillo, gracias por siempre creer en mí y por todo lo que me han enseñado sin esperar nada lo dieron todo, rieron conmigo en mis triunfos y lloraron también con mis fracasos, quiero que sientan que el objetivo logrado también es suyo, y que la fuerza que me ayudó a conseguirlo fue su amor.
- A MIS HERMANOS:** Andrea, Lola, Freddy y Eka, los cuales han estado a mi lado, han compartido todos esos secretos y aventuras que se pueden vivir entre hermanos y han estado alerta ante cualquier problema que se me pueda presentar, hemos vivido las mismas historias, los mismos pesares y las mismas alegrías, me han demostrado un amor inigualable.
- A MIS ABUELOS:** Por estar en cada momento de mi vida y por su infinito amor.
- A MI FAMILIA:** A cada uno de ustedes muchas gracias por el apoyo, en especial **FAMILIA ARRIAZA:** Dios me ha dado la dicha de tenerlos y la oportunidad de contar con ustedes, compartir mis fracasos, triunfos, tristezas y alegrías, nunca estuve sola pues su amor y sus oraciones siempre estuvieron conmigo.
- ESPECIALMENTE:** Andrea, Luis, Rocío y Juan Pablo, sin ustedes a mi lado no lo hubiera logrado, tantas desveladas juntos, sirvieron de algo y aquí está el fruto, les agradezco con toda mi alma.
- A MIS AMIGOS:** Esos que siempre me han acompañado y con quienes he contado desde que los conocí, han vivido conmigo todas esas aventuras compartiendo grandes momentos, recuerdos y brindándome todo su apoyo.
- A LOS AMIGOS QUE HICE EN ESTA CASA DE ESTUDIOS** Por que su amistad invaluable y su apoyo incondicional será siempre guardado en mi corazón, ya que sin el mismo no hubiese vivido estos momentos tan hermosos.

A LOS PROFESIONALES: Gladis Rivera Arriaza, Zulma Lorena Perdomo, Olga Ramos de Beteta, Alfredo Monroy, Fredy Pineda Maldonado, Miguel Estuardo Rivera, Erick Santiago, Hector Calderón Reyes, Carlos Castro, Avidan Ortiz Orellana, Estuardo Castellanos, Edgar Castillo, gracias por los conocimientos aportados a mi vida y por haber sembrado en mi la semilla del saber.

A LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA Prestigiosa, Tricentenaria y Gloriosa Universidad, especialmente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y sociales, donde encontré los mejores profesionales, amigos y sobre todo adquirí los mejores conocimientos que me llevan ahora a enfrentar un nuevo reto como profesional.

ÍNDICE

Pág.

Introducción.....	i
1. La función notarial.....	1
1.2. Civilizaciones antiguas.....	2
1.3. Orígenes del notario.....	3
1.4. Definición reflexiva sobre el derecho notarial.....	6
1.5. Conceptos del derecho notarial.....	7
1.6. Conceptos de notario.....	8
1.7. Teorías de la función notarial.....	11
1.8. Las funciones notariales.....	12

CAPÍTULO II

2. La jurisdicción.....	19
2.1. Bases de la jurisdicción.....	21
2.2. Momentos de la jurisdicción.....	24
2.3. Fase de conocimiento.....	24
2.4. Fase de la decisión.....	25
2.5. Fase de la ejecución.....	25
2.6. Límites de la jurisdicción.....	26
2.7. Elementos de la jurisdicción.....	27
2.8. Características de a jurisdicción.....	29
2.9. Límites de la jurisdicción.....	32
2.10. Límites de la jurisdicción en el tiempo.....	33
2.11. Límites de la jurisdicción en el espacio.....	34
2.12. Límites internos de la jurisdicción.....	34
2.13. Clasificación de la jurisdicción.....	36
2.14. Jurisdicción no contenciosa o voluntaria.....	38

	Pág.
2.15. Diferencias entre jurisdicción contenciosa y voluntaria.....	39
2.16. Facultades conservadoras.....	41
2.17. Facultades disciplinarias.....	41
2.18. Facultades económicas.....	43

CAPÍTULO III

3. Jurisdicción voluntaria judicial y notarial.....	45
3.1. Jurisdicción voluntaria.....	45
3.2. Evolución histórica.....	46
3.3. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria.....	52
3.4. Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria.....	56
3.5. Jurisdicción voluntaria notarial.....	64
3.6. Evolución histórica.....	66
3.7. Analogía y diferencias entre las magistraturas judicial y notarial.....	69
3.8. Analogías.....	70
3.9. Diferencias.....	71
3.10. Materias propias de la jurisdicción notarial voluntaria.....	74

CAPÍTULO IV

4. El procedimiento abreviado de sucesión hereditaria intestada.....	77
4.1. Clases de sucesión.....	81
4.2. Elementos de la sucesión.....	82
4.3. Origen de la sucesión por causa de muerte.....	85
4.4. Fundamentos.....	85
4.5. La sucesión testamentaria.....	92
4.6. El testamento.....	94
4.7. La sucesión intestada.....	111

	Pág.
4.8. Desarrollo en la actualidad.....	123
4.9. Proceso sucesorio intestado extrajudicial (ab intestato) esquema.....	123
4.10. Leyes aplicables.....	125
4.11. Esquema del procedimiento abreviado de sucesión hereditaria.....	125
CONCLUSIONES.....	129
RECOMENDACIONES.....	130
BIBLIOGRAFÍA.....	133

INTRODUCCIÓN

La presente investigación será enfocada desde el punto de vista jurídico, es decir, en cuanto a la necesidad de modificar el trámite del proceso sucesorio testamentario, de tal forma que se desarrolle de una manera mucho más rápida, de lo que actualmente se tramita hoy en día.

En la actualidad el trámite del proceso sucesorio testamentario cuenta con una serie de fases y etapas que hacen que el proceso sea tardado, ya que se rige por la manifestación expresa del autor de la herencia quien para el efecto ha otorgado oportunamente un testamento legalmente válido, donde ha dispuesto su última voluntad y la forma como serán asignados sus bienes, cumplidas sus obligaciones y en quien o quienes recae el derecho a sucederle, lo cual conlleva a buscar una vía más rápida para la tramitación del proceso, mediante la creación de un procedimiento abreviado más rápido y eficiente.

En la planificación de la investigación se planteó como hipótesis la forma de solucionar el problema de la falta de celeridad en el desarrollo del proceso sucesorio testamentario por medio de una implementación de un procedimiento abreviado de sucesión hereditaria testamentaria.

Como objetivo general de la investigación se planteó, demostrar que en la actualidad el proceso sucesorio testamentario cuenta con una serie de fases y etapas que hacen que el proceso sucesorio testamentario sea engorroso y tardado por tal razón es necesario que el proceso sucesorio testamentario sea desarrollado de la forma más breve posible.

Además los objetivos específicos que se esbozaron fueron los siguientes: 1) Demostrar que el proceso sucesorio testamentario en la actualidad demora demasiado; 2) que el proceso sucesorio testamentario en la actualidad se desarrolla demasiado lento y es de

vital importancia que se desarrolle de la manera más rápida posible cumpliendo así con el principio de celeridad.

El presente trabajo de investigación se desarrolló en cuatro capítulos tratando así el primero lo referente a la función notarial, desarrollo histórico, definición de función notarial, actividades de la función notarial; el segundo capítulo versa de la jurisdicción, definición, clases de jurisdicción, poderes de la jurisdicción; el capítulo tercero trata de jurisdicción voluntaria judicial y notarial, su definición, desarrollo histórico y ámbito de aplicación entre otras; se concluye con el capítulo cuatro el cual establece lo referente a la tramitación del proceso sucesorio actual y el proceso sucesorio testamentario abreviado además de las formas de darle solución a dicho problema.

La técnica empleada fue la investigación bibliográfica, misma que se extendió a fuentes como las doctrinarias, legales y jurisprudenciales, así como la entrevista realizada a estudiantes, profesionales del derecho. Con relación a los métodos utilizados, se indican los siguientes: analítico, el sintético y el inductivo.

El proceso sucesorio testamentario, en Guatemala tramitado en jurisdicción voluntaria notarial o judicial, es bastante engorroso en su trámite, razón por la cual se hace necesario que dicho proceso se desarrolle en un plazo menor del que suele desarrollarse, es decir que una forma de lograr dicho cometido es por medio de un procedimiento abreviado de sucesión hereditaria testamentaria, atendiendo así al principio de celeridad, con el fin de que los derechos de los herederos se hagan valer lo mas pronto posible. Por eso es de vital importancia que se desarrolle un procedimiento que logre dicho fin.

CAPÍTULO I

1. La función notarial

Desde los comienzos de la civilización humana, el hombre siempre buscó la forma de darle carácter formal a sus contrataciones, para ello desde la antigüedad el hombre utilizó pruebas como la testimonial para afianzar sus negociaciones, y a partir de allí siguió evolucionando los medios hasta llegar a la prueba escrita y perfeccionarla hasta lo que hoy en día conocemos como los actos notariales.

El derecho notarial desde sus primeros pasos que dan lugar con el descubrimiento de América sufre una serie de etapas, las cuales contribuyeron de una forma u otra con la formación y organización del derecho notarial.

En el trabajo que se muestra a continuación, se presentan los puntos más relevantes, y las aportaciones más significativas de cada periodo al derecho notarial, también se presenta como se origina el derecho notarial, y las diferentes definiciones reflexivas que han dado los diferentes juristas sobre el derecho notarial, así como, la exposición de la conceptualización del término notario.

Puede decirse que este trabajo ha llenado las expectativas, ya que con el mismo se pueden adquirir conocimientos básicos y fundamentales sobre el desarrollo del derecho

notarial y sus diferentes fases a través de toda su evolución, conocimiento este, fundamental para todo futuro profesional del derecho y del oficio notarial.

1.2. Civilizaciones antiguas

Desde mucho antes de la invención de la escritura, las necesidades de la vida han llamado a los hombres a contratar entre ellos, las personas siempre han estado interesadas en poner testigos o poseer algún escrito para dejar constancia de su negocio jurídico.

Eran los tiempos en que la prueba testimonial, era la única que se podía establecer las obligaciones recíprocas, pues en la antigüedad, las convenciones se hacían ante numerosas personas presentes para que sirvieran de testigos de las mismas.

Se les atribuye a los fenicios haber organizado los signos gráficos y señales existentes en esos tiempos hasta transformarlos en lo que es hoy el alfabeto. Con la invención de la escritura las convenciones son constatadas de manera más cierta y permanente, siendo reemplazada la presencia del pueblo por la de un escriba, que era una persona que podía leer y escribir, y que estaba autorizada por el Estado para realizar dichas convenciones.

Por razones de esa autorización estatal se les llamó público, término que con el devenir del tiempo se ha aplicado a los oficiales o funcionarios que ejercen al servicio del Estado.

Algunos destacados tratadistas del derecho notarial, consideran que en las épocas primitivas la función, o más propiamente el oficio de escribano, existía completamente en los ordenamientos, pero no se había creado el funcionamiento que lo ejercería con autonomía y eficacia como hoy en día corresponde a la función notarial.

En este punto traigo a colación una frase que es acertante al caso: en el principio fue el documento. No hay que olvidarlo, el documento creó al notario, aunque hoy el notario haga el documento.

1.3. Orígenes del notario

La institución del notario como tal tiene su origen en la edad media y se desarrolla en los países del derecho escrito, bajo la influencia del derecho romano. En los inicios de la práctica notarial como función regida por el Estado los nombramientos se hacían por influencias de tipo político, social o religioso. La multiplicidad de notarios fue tal que hubo de ser minuciosamente reglamentada por la autoridad real.

Las solicitudes necesarias para poder actuar como notarios en Francia eran de tal magnitud que se les llegó a considerar antes de la Era Napoleónica, como una plaga porque además de los notarios reales cada una de las jurisdicciones señoriales tenían notarios especiales. Había notarios episcopales, imperiales y apostólicos, cada uno de los notarios ejercían sus funciones con brusquedad y en virtud de una investidura a menudo dudosa.

Diferentes especialidades debido a la profusión de denominaciones con que eran conocidos los escribanos, solo indicaré un listado de ellos y me referiré únicamente a los más importantes, según sus especialidades eran llamados: Actuarii, argentorii, cancellorii, censuales, cognitores, conciliarii, cornicularii, chartularii, diastoleos, emanuensis, epistolares, exceptores, grafarios, libelenses, libarii, logographii, notarii, numerarii, refrandaris, scribae, scriniarii, tabellions, tabulari, etc.

“De entre estos renombrados escritores especializados en esta particular rama del derecho notarial únicamente algunos de ellos tenían ascendencia en lo que representa el actuar del notario moderno, estos son Scribae, Notarii, Los Tabularii y Tabelliones”¹.

¹ Revista Jurídica del Perú, **El derecho notarial y su historia**. Pág. 23

El derecho notarial en la época colonial

Vinculados al descubrimiento de América, se conocen algunos casos de escribanos o notarios que en alguna u otra forma intervinieron en el magno acontecimiento del descubrimiento y en las primeras manifestaciones de la conquista Española.

Un artículo publicado en la revista internacional del notario intitulado los notarios en el descubrimiento de América, el autor reconoce como el primer hombre en ofrecerle su ayuda a Cristóbal Colon fue don Luís de Santagel, funcionario de la corona de Aragón, que desempeñó en 1481, el cargo de escribano de ración o jefe de la tesorería del rey Fernando católico.

Sin embargo, quien se señala como el primer notario de América fue don Rodrigo de Escobedo, escribano de cuadra y del consulado del mar, que era en esos tiempos la institución encargada de regular las relaciones y las actividades marítimas-comerciales en España, quien en ejercicio de sus funciones acompañó a Colon en su primer viaje y levantó un acto que da cuenta de la toma de posesión de la isla de Guanahaní, en nombre de los Reyes, isla que el almirante llamó San Salvador.

“El primer documento notarial de América, fue redactado el viernes tres de agosto de 1492, cuando el futuro almirante, parte desde el puerto de palos de Moguer, en la calavera Santa María, capitaneada por el propio Cristóbal Colon, viene con don Rodrigo de Escobedo, escribano de toda la armada, por ser el primero en pisar tierras

Americanas y haber tenido el honor de levantar el acta en la que requería a los indígenas que le manifestaran si tenían alguna objeción contra la ocupación que hacían de esos territorios en nombre de los reyes de España”².

1.4. Definición reflexiva sobre el derecho notarial

Según Rad Bruch es: “el conjunto de normas positivas y genéricas que gobiernan y disciplinan las declaraciones humanas formuladas bajo el signo de las formalidades de la autenticidad pública”³. Esta es una definición amplia pero esta expresión puede interpretarse también en dos sentidos distintos:

Primero: los dos sentidos de la expresión: la expresión derecho notarial se puede interpretar de dos maneras:

- a). *Strictu sensu*. El derecho notarial es la parte del derecho que se aplica a los notarios mismos en el ejercicio de sus funciones como profesionales y de sus relaciones con la clientela. Ejemplo: reglas relativas a la redacción de las actas y a las formalidades a que estos se sujetan en la ley, así como los deberes de imparcialidad y discreción, etc.
- b). *Lato sensu*. En su sentido general, se entiende algunas veces por derecho notarial el conjunto de las reglas de derecho que deben ser más particularmente conocidas por

² **Ibíd.** Pág. 29

³ Radbruch, Gustav. **Introducción a la filosofía del derecho.** Pág. 15

los notarios y que son comúnmente aplicadas por ellos. Ejemplo: derecho de las sucesiones de las liberalidades, de los regímenes matrimoniales, de los contratos, etc.

1.5. Conceptos del derecho notarial

Esta rama del saber jurídico ha sido objeto de numerosas definiciones. La doctrina, la jurisprudencia y las legislaciones de diferentes países han abordado el tema. De entre estos conceptos voy analizar solo algunos.

Derecho notarial, Según el III Congreso Internacional del Notario Latino, es un conjunto de disposiciones legislativas, reglamentarias, uso, decisiones jurisprudenciales y doctrinas que rigen la función notarial y el instrumento público notarial.

“El Derecho notarial, es el ordenamiento jurídico de la función notarial, así como también se puede definir como el estudio del conjunto de normas jurídicas contenidas en las diversas leyes que regulan obligaciones y modalidades a que deben ajustarse el ejercicio activo de la función de Escribano”.⁴

El Derecho notarial, es el conjunto de normas jurídicas de fondo y forma relacionados con la escrituración y que determinan a la vez las facultades y deberes del notario.

⁴ Castillo Ogando, Nelson Rudys. **Manual de derecho notarial**. Pág. 10

“El Derecho notarial, es la conducta del Notario, o sea en cuanto autor de la forma publica notarial”.⁵

“El Derecho notarial, es aquella rama científica del Derecho Público que, constituyendo un todo orgánico sanciona en forma fehaciente las relaciones jurídicas voluntarias y extrajudiciales mediante la intervención de un funcionamiento que obra por delegación del poder público”.⁶

“El Derecho notarial, es un conjunto de doctrinas o de normas jurídicas que regula la función del escribano y la teoría formal del instrumento público”⁷.

“El Derecho notarial, es parte del ordenamiento jurídico que, por conducto de la autenticación y legalización de los hechos hace la vida normal de los derechos”⁸.

1.6. Conceptos del notario

De igual manera, el término notario ha sido definido en múltiples y diversas ocasiones. En el primer congreso del notario latino celebrado en Buenos Aires, Argentina, en 1948, se definió oficialmente el notario con estas palabras: El notario latino es el profesional

⁵ Cuba Ovalle, Luis Alfredo. **Tratado elemental de derecho notarial**. Pag. 5

⁶ **Ibid.** Pag. 12

⁷ **Ibid.** Pag. 15

⁸ Pablo Papúa, **Albores del derecho notarial en América**, Pág. 345

del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a ese fin y confiriéndoles autenticidad, conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido.

En esta definición, quizás un tanto descriptiva del quehacer del notario, es indiscutible que están contenidos todos los elementos esenciales de la función notarial.

Con el objeto de completar la idea sobre la actuación y funciones del notario en el ejercicio de su profesión, se cree oportuno reproducir algunas de las más clásicas definiciones que sobre la labor del notario han formulado los diversos tratadistas, como son las siguientes:

“La profesión de Escribano, es un oficio caracterizado por ser eminentemente público establecido y autorizado por la potestad otorgada exclusivamente por el estado para recibir, conservar y dar testimonio de las actas de las personas legítimas”.⁹

“El Escribano, es una persona autorizada para hacer constar en escrito público y auténtico los negocios de los hombres”.¹⁰

⁹ Castillo Ogando, Nelson Rudys. **Ob. Cit.** Pág. 15

¹⁰ Gonzalez, Carlos Emerito. **Teoría general del instrumento público.** Pág. 30

“El notario, es una persona revestida de carácter oficial y público y adornado de ciertas cualidades y en la que el poder social delega la misión augusta de sellar con su autoridad suprema los actos privados.”¹¹

“Son notarios, los funcionarios públicos que autorizan contratos y actos jurídicos, así como actos de hechos que presencian y les constan en los casos establecidos por las leyes sustantivas o procesales”.¹²

“Son notarios, todos los funcionarios públicos que por delegación del poder del Estado y con plena autoridad en cada una de sus funciones aplican científicamente el derecho en su estado normal cuando a ello son requeridos por las personas jurídicas”.¹³

“Notario, es un profesional del derecho que ejerce una función pública otorgado por el Estado para robustecer, con una presunción de verdad, los actos en que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados, y de cuya competencia solo por razones históricas están sustraídas los actos de la jurisdicción voluntaria”.¹⁴

¹¹ **Ibid.** Pág. 42

¹² Castillo Ogando, Nelson Rudys. **Ob. Cit.** Pág. 20

¹³ **Ibid.** Pág. 21

¹⁴ Perez Fernandez del Castillo, Bernardo. **Derecho notarial.** Pág. 35

1.7. Teorías de la función notarial

La estructura operacional del ejercicio notarial se puede fundamentar de la siguiente manera:

- a. Fase inicial, se sitúa fuera de la jurisdicción notarial, aquí se tiene al hecho como posible generador de una consecuencia jurídica. Tal como señala el maestro Miguel Reale "En una estructura normativa, el hecho da origen al hecho jurídico, pero también puede ponerle término (como acontece, por ejemplo, con la muerte, que extingue la relación jurídica penal). Como sea que también hay hechos que modifican la relación jurídica, podemos distinguir entre: hechos jurídicos constitutivos, hechos jurídicos extintivos y hechos jurídicos modificativos"¹⁵
- b. Fase intermedia se sitúa en la jurisdicción notarial, aquí la voluntad, la buena fe, el consentimiento y la licitud de los solicitantes es primordial para activar el pronunciamiento notarial sobre actos, hechos y contratos.
- c. Fase declarativa, el notario declara derechos o deberes sea para el solicitante o para quienes les alcance dicho pronunciamiento notarial.
- d. Fase constitutiva, el notario constituye derechos y deberes sea para el solicitante o para quienes les alcance dicho pronunciamiento notarial.
- e. Fase modificativa, el notario modifica derechos y deberes sea para el solicitante o para quienes les alcance dicho pronunciamiento notarial.

¹⁵ Reale, Miguel. **Introducción al derecho**. Pág. 18

- f. Fase extintiva, el notario extingue derechos y deberes sea para el solicitante o para quienes les alcance dicho pronunciamiento notarial.

“La eficacia y validez de los pronunciamientos notariales va a depender tanto de la capacidad notarial, como de la capacidad de las partes, de una verdadera aplicación e interpretación de la norma jurídica, todo esto sin olvidar otras fuentes como el uso, la doctrina, la jurisprudencia administrativa, judicial e internacional, los congresos notariales, la fuente comercial, la buena fe, su legalidad, el registro y su publicación”.¹⁶

Ahora bien, la operatividad y funcionalidad notarial varía de acuerdo al lugar, tiempo, ordenamiento jurídico vigente, hechos presentados y precedentes registrales de observancia obligatoria.

1.8. Las funciones notariales

La función notarial es variada, adecuada e imparcial. Si bien el notario es un profesional del derecho que:

- a. Autoriza actos y contratos
- b. Comprueba hechos
- c. Tramita asuntos no contenciosos

¹⁶ **Ibid.** Pág. 20

d. Configura y autentica documentos

Tiene una responsabilidad social de equidad, justicia y honestidad con quienes buscan seguridad jurídica en la constitución, inscripción y registro de empresas, patrimonio familiar, sucesión intestada; en la declaración o reconocimiento de un derecho, deber u obligación, en la autorización para el matrimonio viaje de menores, para la rectificación de partidas, el inventario de bienes, etc. Su función es personal, autónoma, exclusiva, imparcial, interpretativa y cognoscitiva de causa. Cabe señalar, que los pronunciamientos notariales son vinculantes y solidarios frente a los daños y perjuicios que, por dolo o culpa, ocasione a las partes o terceros en el ejercicio de su función.

“A juicio de Benseñor y Turati, la misma integra una visión totalizadora y abarca las diferentes funciones que ejecuta el notario para el cumplimiento del requerimiento”.¹⁷

A momento de relatar la concreción de un acto o negocio jurídico, o la documentación de cualquier instrumento con contenido jurídico, la intervención notarial implica un accionar que da forma y modela la voluntad de las partes, otorgándole fe pública.

El escribano ordena y estructura, legalmente, los hechos o negocios presentados por los requirentes, a fin de que se obtengan los efectos buscados en esencia se sostienen las distintas funciones:

¹⁷ <http://dnotarial.blogspot.com/2008/06/funcion-notarial.html>

- 1) De asesoramiento: el escribano ejerce su misión, canalizándola a través del consejo jurídico y la orientación técnica con criterio de oportunidad.
- 2) Legitimadora y formativa: en segundo lugar, legitima y lo forma.
- 3) Autenticadora y documental: en tercer término, procede a documentar el instrumento público, dotándole de autenticidad fedante erga omnes.

El concepto y el contenido de la función varían según la postura asumida sobre la naturaleza jurídica de ésta.

“Para los funcionaristas: la función notarial es una función pública de carácter administrativo, que consiste en dar forma de ser y de valer a los negocios jurídicos o en establecer la presunción de verdad de ciertos hechos, mediante la afirmación pasiva de su evidencia por el Notario hecho en el mismo momento en que son para él evidentes, por su producción o por su percepción, en el instrumento público, a requerimiento de las partes y generalmente con la colaboración de éstas”.¹⁸

Castán Tobeñas sostiene que: “el notario ejerce una función pública de carácter complejo, en nombre del estado, correspondiéndole una posición especial dentro de la organización administrativa y jurídica, aunque no burocrática”.¹⁹

¹⁸ Tratado teórico y práctico de derecho notarial, parte general. Pág. 45.

¹⁹ Revista de ciencias jurídicas número 118, Costa Rica. Pág. 5

Para los profesionalista: la función notarial, es impuesta y organizada por la ley para procurar seguridad, valor y permanencia de hecho y de derecho, al interés jurídico de los individuos, patrimonial y extrapatrimonial, entre vivos o por causa de muerte, en relaciones jurídicas de voluntades, concurrentes o convergentes y en hechos jurídicos, humanos o naturales, mediante su interpretación y configuración, autenticación, autorización y resguardo confiado a un notario.

Postura intermedia: la función notarial es una función pública de ejercicio privado. El escribano es un profesional de derecho a cargo de una función pública.

La caracterización de la función notarial como función pública no implica atribuir la calidad de funcionario público al notario.

“La función notarial, es una función pública de ejercicio privado, controlada y reglamentada por tratarse de una función social”.²⁰

“En todo caso, la función notarial se efectúa a instancia de parte y, pese a ejercerse al servicio de intereses privados, respetará siempre el interés público”.²¹

Tan importante es la función de depositario de la fe pública, de consejero, de guardador de documentos, que requirió reglamentación, y así surge la institución del notariado.

²⁰ Abella Adriana. Derecho Notarial. Derecho documental- responsabilidad notarial. Pág. 20

²¹ Duran Luis Ribó. Diccionario de Derecho, Orígenes y desarrollo.

Contenido: Sanahuja y Soler al analizar el contenido de la función notarial, distingue:

- a) la función de autenticación;
- b) las funciones de legalización y legitimación;
- c) la función de configuración de las relaciones jurídicas.

“Para González Arnau, la función pública encomendada al notario es potestad que sanciona derechos, impone la fe pública y autoridad documental, todo un proceso de adicción o agregación de fe oficial a una labor jurídica profesional, elementos que por integración producen el instrumento público notarial”.²²

Efecto del ejercicio de la función: en el ejercicio de la función notarial, el notario da seguridad, valor y permanencia a los hechos y actos jurídicos.

Seguridad: la actuación profesional otorga al documento la perfección jurídica junto con la función fedante, que contribuye a la estabilidad jurídica.

Valor es el grado de aptitud que tiene el documento notarial para producir sus efectos, que los produce no solamente entre las partes, sino también frente a terceros.

Permanencia es el atributo que obtiene por el uso de los medios idóneos para que el documento sea indubitable, juntamente con los procedimientos de conservación previstos por la ley y la prudencia notarial.

²² http://dnotarial.blogspot.com/2009_04_01_archive.html

Teorías doctrinarias sobre la naturaleza jurídica del notario:

a) El notario es funcionario público: la corriente doctrinaria tradicional sostiene que el notario es funcionario público. Fundamenta su postura en que los artículos del código civil que lo denominan oficial público, en la forma de su designación, de la prestación de su ministerio. Si bien en la legislación paraguaya, se denomina Escribano de Registro, al Escribano o Notario Público, no es funcionario público, a pesar de la confusión de la terminología.

b) El notario es un profesional liberal: La otra corriente le niega al notario la calidad de funcionario y agrega que la función notarial no es función pública.

Sostiene esta corriente que el escribano no es un funcionario público, porque no posee su vínculo permanente ni recibe sueldo ni instrucciones del Estado, en el sentido específico de no actuar como gestor de la cosa pública.

c) El notario es un profesional del derecho a cargo de una función pública: es un profesional de derecho, documentador, conciliador, consultor, consejero, interprete de la voluntad de las partes. Su tarea se desarrolla a requerimiento de parte: su misión es interpretar la voluntad negocial: califica, legaliza, legitima, configura, documenta y autentica con las solemnidades de la ley el documento para su prueba y eficacia.

Esta corriente sostiene que:

a) El Escribano es un profesional liberal y, específicamente, un profesional del derecho. Obra en su propio nombre y bajo su responsabilidad.

b) Además, cumple una función pública, cual es dar fe y autenticidad, misión que le ha sido delegada por el Estado, y que por lo mismo, lo sujeta a su control disciplinario.

c) “La tarea pública que ejerce el notario, se corresponde con la seguridad que el Estado pretende mantener en las relaciones jurídicas especialmente en la constitución y transmisión de derechos reales”.²³

²³ Sierz, Susana Violeta, **Derecho notarial concordado**, Pág. 64.

CAPÍTULO II

2. La jurisdicción

“La jurisdicción (del latín iurisdictionis, decir o declarar el derecho es la potestad, derivada de la soberanía del Estado, de aplicar el derecho en el caso concreto, resolviendo de modo definitivo e irrevocable una controversia, que es ejercida en forma exclusiva por los tribunales de justicia integrados por jueces autónomos e independientes”.²⁴

Uno de los principales rasgos de la potestad jurisdiccional es su carácter irrevocable y definitivo, capaz de producir en la actuación del derecho lo que técnicamente se denomina cosa juzgada.

En sentido coloquial, la palabra jurisdicción, es utilizada para designar el territorio (estado, provincia, municipio, región, país, etc.) sobre el cual esta potestad es ejercida. Del mismo modo, por extensión, es utilizada para designar el área geográfica de ejercicio de las atribuciones y facultades de una autoridad o las materias que se encuentran dentro de su competencia; y, en general, para designar el territorio sobre el cual un Estado ejerce su soberanía.

La jurisdicción, es una función estatal de satisfacción de pretensiones ante una controversia o conflicto.

²⁴ **Ibid.** Pág. 72

Para el derecho constitucional y las ciencias políticas, por largo tiempo ha sido uno de los poderes del Estado, llamado poder judicial (de acuerdo a la doctrina de la separación de poderes). Mientras que, para el derecho procesal, constituye uno de los presupuestos procesales, y uno de los más importantes.

Ésta se caracteriza por su:

- Origen constitucional: es decir, por ser de rango constitucional.
- Unidad conceptual: significando que es una sola, no aceptando clasificaciones o divisiones. Por el solo hecho de clasificarse la jurisdicción, pierde su naturaleza para convertirse en el de competencia. Es por ello que todos los jueces tienen jurisdicción (de lo contrario dejarían de serlo), pero no todos son competentes para conocer de todas las materias o casos.
- Inderogabilidad: puesto que, al emanar de la soberanía, no puede ser abolida.
- Indelegabilidad: que supone la imposibilidad de transferir la calidad de juez a otra persona. Aunque si es posible prorrogar la posibilidad de juzgar de un juez a otro (prórroga de competencia).
- Necesidad e inexcusabilidad: pues resulta necesaria en la medida que el proceso jurisdiccional también lo es, es decir, cuando se encuentra prohibida la autocomposición y la autotutela como medio de solución de conflictos. Tornándose, por tanto, en inexcusable para el Estado, por derivación de lo anterior (su necesidad).

- “Eficacia de cosa juzgada: ya que la actividad jurisdiccional produce el efecto de cosa juzgada, a diferencia de algunas facultades administrativas, donde el acto realizado en función de ellas puede ser revisado y en su caso anulado por la autoridad judicial”.²⁵

También se acostumbra a caracterizarla como una función monopólica del Estado. Sin embargo, es discutible considerando la existencia de los tribunales arbitrales, que evidencia que el Estado no se ha reservado en forma privativa el ejercicio de la jurisdicción.

2.1. Bases de la jurisdicción

Para que la función jurisdiccional cumpla justa y eficazmente su cometido, en la mayoría de las legislaciones, se le ha rodeado de un conjunto de principios y condiciones indispensables, denominadas en general bases de la jurisdicción. Entre ellas encontramos las siguientes:

- **Legalidad:** no es propia de la actividad jurisdiccional, toda vez que es común a todos los actos del Estado. Es más bien, un común denominador de todos los órganos estatales y un principio del derecho público.

²⁵ Abella, Adriana. **Derecho Notarial. Derecho documental- responsabilidad notarial.** Pág. 26

- Independencia e inamovilidad: también es una base común a todos los órganos del Estado. No obstante, la independencia de la función jurisdiccional es, tal vez, de mucha mayor importancia por el carácter de objetividad e imparcialidad con que debe cumplir su cometido. La independencia supone que el órgano que la ejerce está libre de sujeción a otro, sea cual fuere, es decir, no sujeto a los tribunales superiores ni a entidad o poder alguno (quedando sometido exclusivamente al derecho).
- Responsabilidad: ésta se encuentra en íntima conexión con la anterior, por cuanto los jueces son generalmente inamovibles en sus cargos, porque son responsables de sus actos ministeriales (comúnmente civil y penalmente).
- Territorialidad: los tribunales sólo pueden ejercer su potestad en los asuntos y dentro del territorio que la ley les ha asignado.
- Sedentariedad: implica que los tribunales deben administrar justicia en lugares y horas determinados.
- Pasividad: en virtud del cual los tribunales pueden ejercer su función, por regla general, sólo a petición o requerimiento de parte interesada, y sólo excepcionalmente de oficio.
- Inavocabilidad: es la prohibición que tienen los tribunales superiores para conocer, sin que medie recurso alguno, un asunto pendiente ante uno inferior.
- Gradualidad: supone que lo resuelto por el tribunal puede ser revisado por otro de superior jerarquía, generalmente a través del recurso de apelación. Ésto implica la existencia de más de una instancia (entendida ésta como cada uno de los grados jurisdiccionales en que puede ser conocida y fallada una controversia).

- Publicidad: que no se refiere al conocimiento que cada una de las partes pueden tener del contrario o de las diligencias o actuaciones del tribunal, sino del hecho que cualquier persona pueda imponerse libremente de los actos jurisdiccionales.

Estrategias de clasificación de la organización de justicia.

- Jurisdicción contenciosa: en esta se tramitan todos aquellos asuntos que envuelven una controversia.
- Jurisdicción voluntaria: por medio de esta jurisdicción se solucionan todos aquellos asuntos que no sean controversiales pero que tienen que pasar por esta jurisdicción.
- Jurisdicción ordinaria: a través de esta jurisdicción se concentran todas las especialidades de la labor jurisdiccional, a diferencia de lo que acontecía en décadas anteriores, que co-existía con fueros privativos como el agrario y el de trabajo.
- Jurisdicción especial: en esta jurisdicción se atienden asuntos que no se relacionan con la justicia ordinaria. Varios ejemplos pueden ser: la jurisdicción militar, la sacerdotal y la indígena

2.2. Momentos de la jurisdicción

Según Adriana Abella: “estos momentos representan el desenvolvimiento del ejercicio de la función jurisdiccional en el proceso (o sea, conocer, juzgar y hacer cumplir lo resuelto)”.²⁶

2.3. Fase del conocimiento

En esta etapa de conocimiento el tribunal recibe todos los antecedentes que le permiten posteriormente resolver el litigio. A su vez, se encuentran dos sub-etapas: una etapa de discusión y una etapa de prueba. Discusión: en esta etapa las partes alegan cada una de sus pretensiones y hacen valer sus defensas. Prueba: en esta etapa cada una de las partes ofrecen al tribunal y rinden todas las probanzas necesarias para apoyar sus pretensiones y convencer al tribunal que lo que ellos plantean es verdad.

Ningún tribunal puede juzgar sin conocer el asunto sometido a su decisión. Es decir, sin conocer los antecedentes y escuchar a cada una las partes o recibir las evidencias o pruebas que presentan las mismas.

²⁶ **Ibíd.** Pág. 65

2.4. Fase de la decisión

En virtud de ésta, el tribunal declara el derecho frente al caso concreto, propuesto por las partes, lo que hace a través del acto procesal llamado, generalmente, sentencia judicial. Esta etapa de juzgamiento supone siempre la existencia del periodo anterior.

Es considerado el momento de la jurisdicción más importante, pues pone término al conflicto mediante el pronunciamiento de la sentencia.

2.5. Fase de la ejecución

La mayoría de los autores están de acuerdo que el poder de coerción es inherente a la jurisdicción, es decir, que es de la esencia que el tribunal de justicia tiene la facultad de hacer cumplir lo resuelto (ejecución o cumplimiento del fallo).

Algunos autores niegan la actividad jurisdiccional en esta última etapa, especialmente en relación al derecho procesal penal, sosteniendo que está a cargo de una autoridad administrativa. Se argumenta en contra que, aún cuando en ciertos casos la sentencia se cumple administrativamente, la regla general es que se hagan cumplir por la vía jurisdiccional.

Las resoluciones judiciales, en la generalidad de los casos, se cumplen a través de lo que la doctrina denomina auxilios jurisdiccionales.

2.6. Límites de la jurisdicción

La actividad jurisdiccional se ejerce en el tiempo y en el espacio. En consecuencia, se habla que la jurisdicción posee límites atendido el tiempo que la detenta su titular y el ámbito espacial donde ella se ejerce.

a) Límites en cuanto al tiempo: puesto que una persona es juez porque está investido de la jurisdicción y ésta se detenta porque se es juez. El límite de la jurisdicción será el tiempo señalado por la Constitución o las leyes para el desempeño del cargo de juez.

- Límites en cuanto al espacio, se acostumbra a clasificarlos en:
- Límites externos: se entiende por tales a todos los elementos que permiten delimitar la zona de vigencia y aplicación en el espacio. Por regla general, será límite de la jurisdicción la soberanía de los Estados.
- Límites internos: son los que miran a la misma jurisdicción, prescindiendo de aquellas pertenecientes a otros Estados, como también de las funciones atribuidas a los demás órganos del propio Estado. Surgiendo así la noción de competencia.

Dentro de los límites de la jurisdicción, se reconoce como límite el respeto de los derechos, fundamentales, esta limitación, se justifica por el hecho que la propia jurisdicción no puede pasar por sobre los derechos que se le reconocen al hombre por su calidad de tal.

Estos límites pueden dar origen a disputas entre Estados (conflictos internacionales), entre dos poderes del Estado u órganos de distintas ramas del mismo poder (contendidas de jurisdicción) o entre dos o más poderes del Estado por sus atribuciones (contendidas de atribuciones).

2.7. Elementos de la jurisdicción

Jurisdicción, es el poder-deber del Estado, realizado por medio de los órganos competentes, con las formas requeridas por la ley en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica mediante decisión con autoridad de cosa juzgada eventualmente factible de ejecución.

1. Qué es una función pública, esto es un ejercicio de la soberanía
- 2.- Los órganos competentes del estado: normalmente serán los tribunales de justicia, lo que no obsta que a veces se trasmita a otros poderes estatales que en la medida que lo tengan actúan como un tribunal,

3.- Se realiza en las formas requeridas por la ley, esto es a través del proceso, ese es el medio

4.- Para dirimir conflictos y controversias, ese es su fin

5.- Por decisión con autoridad de cosa juzgada; este es el elemento más importante, la facultad de poner término definitivo a la controversia

6.- La eventualidad de ejecución: no solo interesa dirimir el juicio sino que el condenado cumpla.

Podemos distinguir como sus elementos: la notio, la vocatio, la coertio, la iudicium y la executio.

La notio: es la facultad de conocer una cuestión litigiosa determinada.

La vocatio: es la facultad de obligar a las partes a comparecer a un juicio dentro de ciertos plazos, llamado término de emplazamiento y en cuya virtud el juicio puede seguirse incluso en rebeldía de una de las partes

La coertio: que es la facultad de recurrir al empleo de la fuerza para disponer el cumplimiento de las medidas dictadas dentro del proceso:

Ejemplo: apremio para la comparecencia de testigos

Fuerza pública para embargo de bienes; fuerza pública para cumplir precautorias etc.

La iudicium: es el elemento más importante y consiste en la facultad de resolver las controversias, mediante sentencia que pone término a la litis, con autoridad de cosa juzgada.

La executio: es el imperio o poder que tienen los tribunales para disponer la ejecución de las resoluciones mediante la ejecución de las resoluciones mediante el auxilio de la fuerza pública.

2.8. Características de la jurisdicción

1.- Es una función pública: corresponde a una las partes en que se divide la soberanía del estado que se traduce en el poder deber para conocer y solucionar los conflictos de relevancia jurídica sin que pueda excusarse de hacerlo. Es la facultad de administrar justicia, ejerciendo la función jurisdiccional del estado.

2.- Es privativa de los tribunales de justicia: el órgano que esté investido de jurisdicción, tiene por ese solo hecho el carácter de tribunal de justicia; ésto es, la jurisdicción hace al órgano y no el órgano a la jurisdicción, así se entiende que existan órganos de otros poderes del estado distintos al poder judicial y pueden tener ejercicio de la jurisdicción, lo que explica al mismo tiempo que órganos del poder judicial puedan tener otras

funciones distintas a las jurisdiccionales, como aquellas de carácter administrativo. Ahora bien la gran mayoría de los órganos que ejercen jurisdicción se agrupan en uno de los poderes del estado el poder judicial, pero refirmemos el concepto que la jurisdicción es una función privativa de los tribunales de justicia y no necesariamente del poder Judicial.

3.- Es territorial: cada tribunal ejerce su jurisdicción dentro de un ámbito territorial determinado, y la parte de jurisdicción que le corresponde a cada tribunal forma lo que se llama su competencia, entre jurisdicción y competencia existe una relación de género a especie, la jurisdicción como dijimos es una función pública, la competencia por su parte es una medida de distribución de las funciones entre los distintos órganos que la ejercen, así los autores señalan que es la competencia la que admite divisiones y clasificaciones pero no así la jurisdicción. Este principio de la territorialidad se encuentra consagrado en distintas disposiciones legales, en nuestro país.

4.- Se ejerce mediante actos procesales o actos jurisdiccionales: cuando un juez ejerce su jurisdicción este lo hace mediante la realización de una serie de actos procesales que le llevan a quedar en condiciones de conocer y resolver el conflicto, así entonces el juez lleva adelante un proceso mediante un procedimiento que le señala la ley para llegar a su acto procesal más importante la sentencia.

5.- Es inderogable: la jurisdicción en cuanto es una manifestación de la soberanía, es inderogable, en consecuencia será nulo por ilicitud de objeto el hecho de que alguien decida someter un determinado litigio a la jurisdicción de tribunales extranjeros.

6.- Es indelegable: la soberanía radica en la nación, que delega su ejercicio en las autoridades establecidas por la constitución y las leyes. Se trata de materias de derecho público y de orden público, en las cuales sólo puede hacerse aquello que está expresamente permitido. De este modo no existiendo norma que lo permita, no se puede delegar el ejercicio de la jurisdicción, solo puede ejercerla órgano investido por la ley.

7.- Es irrenunciable: “se dice por la doctrina que se es juez porque se tiene jurisdicción y se tiene jurisdicción porque se es juez”.²⁷ Consecuencialmente, renunciar a la jurisdicción importaría renunciar a ser juez: abstenerse de juzgar un caso concreto no es posible e importaría incurrir en el delito de denegación de administrar justicia.

8.- Es improrrogable: prorrogar la jurisdicción significaría transferir ser juez a otro, no ya la posibilidad de juzgar sino su calidad de tal, lo que no puede hacerse.

Las partes ni el juez pueden disponer de ella como lo pueden hacer respecto de la competencia.

²⁷ Serra Domínguez, Manuel. **Jurisdicción en estudios de derecho procesal**. Pág. 38.

9.- Produce efecto de cosa juzgada: la jurisdicción produce un efecto jurídico que no encontramos en otras actividades del estado, y sólo es inherente al ejercicio de la jurisdicción, lo que se conoce como cosa juzgada.

Las sentencias que dictan los tribunales de justicia producen el efecto de verdad indiscutible e inamovible, una vez que ella se encuentra firme o ejecutoriada. Este efecto, llamado de cosa juzgada es el que faculta al vencedor obtener el cumplimiento de lo resuelto a través de la acción de cosa juzgada o permite al vencido evitar que de nuevo se le forme causa por el mismo hecho. Lo que se conoce en un caso como acción de cosa juzgada o en el otro excepción de cosa juzgada, lo que también tendrá vencedor cuando el vencido quiera disputarle el mismo derecho que ya fue declarado a favor del vencedor en una causa.

10.- “Está amparada por el imperio: se llama imperio la facultad de los tribunales para hacer ejecutar ellos mismos lo juzgado y para lograr este cumplimiento, recurriendo incluso directamente el auxilio de la fuerza pública”²⁸.

2.9. Límites de la jurisdicción

La jurisdicción, ya sea que se la estime como un poder, facultad, deber o poder, se ejerce en el tiempo y en el espacio.

²⁸ Abella Adriana, **Ob. Cit.** Pág. 72

Así entonces son límites de la jurisdicción:

1) El tiempo por el cual la poseen sus titulares.

2) El ámbito dentro del cual ellos la deben ejercer.

El límite relativo al espacio puede ser de orden interno, en cuyo campo encontramos la competencia, y externos, que comprende los límites de las jurisdicciones extranjeras de otros Estados y las atribuciones, por otro lado, de los otros poderes del mismo Estado.

2.10. Límites de la jurisdicción en el tiempo

Existen jueces perpetuos, que es la regla general y jueces temporales que constituyen la excepción. Estos límites de la jurisdicción en el orden temporal están constituidos por los jueces perpetuos que constituyen la regla general, y por los jueces temporales, reducidos hoy en día a los jueces árbitros que normalmente duran dos años en el ejercicio de sus funciones, y limitan máximo de tiempo el ejercicio de su jurisdicción.

Como se ha dicho, se es juez porque está investido de jurisdicción, y se tiene jurisdicción porque se es juez, de ello se concluye que la duración que asigna la ley y la Constitución Política de la República de Guatemala al desempeño de sus cargos por los

jueces, constituye una limitación en el orden temporal de la jurisdicción que éstos ejercen.

2.11. Límites de la jurisdicción en el espacio

Este límite es de dos clases interno y externo

Límites externos de la jurisdicción: debe entenderse por tal aquello que demarca en función de poderes extraños a ella, su zona de vigencia o aplicación en el espacio.

Todo límite supone la existencia de un marco a la actividad. Por consiguiente, serán límites externos el punto hasta donde se extiende la jurisdicción de otros Estados o la actividad de otros órganos del propio Estado.

La otra limitación era la derivada de los propios poderes de otro poder del Estado (Ejecutivo o Legislativo).

2.12. Límites internos de la jurisdicción

Son aquellos que miran a ella misma, prescindiendo de las jurisdicciones de otros Estados o de las funciones de otros poderes del mismo Estado. Surge así la idea de

competencia que determina la órbita dentro de la cual cada juez o tribunal ejerce su actividad jurisdiccional.

Tradicionalmente se ha sostenido que es imposible la existencia de un juez único en el Estado, que conociera de todas las causas y problemas que se suscitaren dentro de ese Estado. Ante esta imposibilidad nace exclusivamente la necesidad indispensable de distribuir exclusivamente la labor jurisdiccional entre varios jueces.

¿Con qué criterio se va a hacer la repartición entre los distintos jueces para que puedan conocer de los asuntos que se le presenten? ¿Cómo se va a determinar del total de los jueces, cuál de ellos en forma precisa va a conocer de ese asunto?

Para resolver cada una de las interrogantes surge todo un sistema de normas jurídicas que se conocen con el nombre de reglas de competencia, siendo esas reglas considerando distintos factores que pueden ser geográficos, jerárquicos, de especialización; las cuales van a permitir a los solicitantes de justicia, saber en su debida oportunidad, a cual de todos los jueces que existen en el Estado deben requerir para que ejerza su potestad decisorio en los litigios que surjan entre la población. Se dice que el límite interno de la jurisdicción es la competencia.

2.13. Clasificación de la jurisdicción

Como se ha señalado en forma reiterativa en sentido restringido, como función, la jurisdicción no admite clasificaciones, todo acto de los órganos jurisdiccionales en que no está involucrada la solución de conflictos de relevancia jurídica, no constituye jurisdicción propiamente tal.

Sin embargo en doctrina y en los ámbitos docentes se efectúa una clasificación de la jurisdicción con la finalidad de hacer más comprensible sobre todo la actividad de aquellos tribunales que integran el poder judicial.

“Hay que atender a su contenido, y se entiende por tal, la existencia de un conflicto de relevancia jurídica que es necesario decidir, mediante resolución judicial susceptible de adquirir autoridad de cosa juzgada”.²⁹

Esto va a determinar que a su vez la función de ella y de la posición que se adopte para explicar la naturaleza de la jurisdicción, va a depender del contenido que se le asigna.

Mirado desde el punto de vista teórico doctrinario, el contenido de esta jurisdicción es uno solo.

²⁹ López Pescio, Edgardo. **Nociones generales de derecho procesal**. Pág. 45

Es, entonces, una emanación de la soberanía, explica la función de administrar justicia, no cabe concluir sino que cualquiera que sea la materia a que se aplique, así como las personas que sean parte en el litigio o la clase de litigio que requiera la intervención de este órgano, siempre se estará en presencia de una misma función.

Conceptualmente la jurisdicción es una y esa unidad emana de su naturaleza. La jurisdicción no está dividida, ni puede clasificarse.

Prieto-Castro, afirma que la jurisdicción como función es única y que por ello más que de clases de jurisdicción es propio hablar de manifestaciones de la jurisdicción.

“Lo cierto es que para efectos de docencia y aprendizaje se acostumbra a clasificar la Jurisdicción. Esta clasificación se hace atendiendo a la naturaleza del acto o del asunto en que se ejerce ella, es decir, se clasifica considerando su contenido; así hablamos de una jurisdicción según las distintas ramas del derecho. Tenemos una jurisdicción civil, penal, administrativa, laboral, militar, minera, constitucional”.³⁰

Si se limita únicamente a la jurisdicción civil es posible afirmar que su ejercicio comprende las siguientes facultades o atribuciones:

³⁰ De Dios, Leonel. **Derecho Notarial**, Pág. 67

Jurisdicción contenciosa

Para distinguirla de la no contenciosa se habla de que en la jurisdicción contenciosa existe una oposición de intereses, ya que hay partes en debate.

Fuera de estos dos elementos, existen también pretensiones que son resistidas y finalmente se da en esta jurisdicción contenciosa la cosa juzgada.

Cuando nos referimos a la jurisdicción se está aludiendo generalmente a la jurisdicción contenciosa.

Sin embargo, no olvidemos que no toda función jurisdiccional corresponde al poder judicial y que no toda actividad emanada de dicho poder corresponde a una función jurisdiccional.

2.14. Jurisdicción no contenciosa o voluntaria

Hablar de jurisdicción no contenciosa es adentrarse en un tema ampliamente debatido en el campo del derecho procesal. Se discute si realmente en ella importa una jurisdicción o si por el contrario, reviste simplemente la naturaleza de una actividad administrativa.

Estos actos judiciales no contenciosos están establecidos por el legislador con distintas finalidades.

- a) Destinados a proteger los derechos de los incapaces.
- b) Destinados a servir de solemnidad a ciertos actos jurídicos
- c) Destinados a la comprobación del cumplimiento de los requisitos que la ley impone para determinados actos.

2.15. Diferencias entre jurisdicción contenciosa y voluntaria

1.-Obligatoriedad de conocimiento y fallo: en la jurisdicción contenciosa los tribunales están obligados a conocer y fallar todos los asuntos que las partes le someten a su conocimiento y no pueden excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda sometida a su decisión.

En la jurisdicción voluntaria los jueces intervienen en el conocimiento de un asunto, en la medida en que una ley requiera su intervención.

2.-Existencia de conflicto: en La jurisdicción contenciosa, existe un conflicto, una contienda actual, una controversia entre partes. En resumen, en ella existe una causa.

En la jurisdicción voluntaria no existen partes; sino solamente un peticionario, un solicitante, un interesado, no se hace valer un derecho en contra de otra persona.

3.-Apreciación de la prueba: en la jurisdicción contenciosa los tribunales aprecian la prueba, pues se habrá producido en la causa de acuerdo con ciertas normas legales que le atribuyen un determinado valor probatorio. Los jueces no gozan de libertad probatoria, en su apreciación están constreñidos por lo que señala el legislador.

En la jurisdicción voluntaria los tribunales únicamente aprecian prudencialmente las pruebas rendidas por el interesado, cualquiera que sea la índole de esas pruebas.

4.-Competencia: en la jurisdicción contenciosa para determinar el tribunal que debe conocer de un asunto, es menester examinar la posible existencia del fuero, como factor o elemento determinante de la competencia establecida para el tribunal.

5.- Cosa juzgada: las sentencias dictadas en la jurisdicción contenciosa, una vez firmes producen el efecto de cosa juzgada.

En cambio, en la jurisdicción voluntaria cada una de las sentencias tanto negativas como afirmativas incumplidas, no producen ningún efecto de cosa juzgada.

2.16. Facultades conservadoras

Estas facultades emanadas de los tribunales de justicia son de naturaleza jurisdiccional y tiene por objeto exclusivamente mantener incólume el principio constitucional en cuya virtud los órganos estatales no deben rebasar los límites de la actividad que la constitución y las leyes le han asignado.

Para hacer efectiva esta igualdad, el legislador establece la actuación gratuita de abogados, procuradores, receptores, notarios, etc.

La finalidad de estas visitas es que se percate del modo en que los detenidos y presos son tratados en estos establecimientos respectivos, así como también puedan observar la marcha de los correspondientes procesos.

2.17. Facultades disciplinarias

Estas facultades disciplinarias de los tribunales de justicia, tienen por objeto mantener la compostura en los debates judiciales y en el normal funcionamiento de los órganos que componen el poder judicial, su finalidad es mantener la disciplina del poder judicial.

Esta disciplina se mantiene desde un doble ángulo:

a) En efecto se vigila y sanciona la conducta ministerial de los jueces.

b) También se vigila y sanciona la conducta de las partes y de los profesionales que ante esos tribunales comparecen.

En la medida en que esa conducta irregular no llegue a constituir una infracción constitutiva de delito.

Se llama conducta ministerial a aquella que debe observar un juez en el desempeño de sus funciones jurisdiccionales.

Estas facultades disciplinarias se hacen efectivas ya sea de oficio o bien a petición de parte.

Cuando es el afectado el que reclama por el abuso que compromete la responsabilidad disciplinaria del juez, esa parte emplea lo que se conoce como recurso de queja.

La Corte Suprema está en la cúspide del poder judicial. Este poder tiene una organización piramidal, en que la base está constituida por los jueces, para continuar con las Cortes de Apelaciones y terminar con este único tribunal: la Corte Suprema.

Las Cortes de Apelaciones tienen también las atribuciones necesarias para ejercer la disciplina judicial dentro de su respectivo territorio jurisdiccional. Igual atribución le corresponde a los jueces dentro de su respectivo territorio.

Cada uno de estos integrantes del poder judicial, van ejerciendo necesariamente esta jurisdicción disciplinaria.

2.18. Facultades económicas

Estas facultades son aquellas que permiten o autorizan a los tribunales a adoptar ciertas medidas de orden general, que redundan en beneficio de la buena administración de justicia.

“Para hacer efectiva esta facultad, estos pueden dictar autos acordados que son actos que emanan de los tribunales superiores de justicia, vale decir, Corte Suprema de Justicia y Corte Apelaciones, estos autos acordados pueden ser de general aplicación y en ellos no se resuelven litigios, sino que se reglan situaciones que permitan una mejor y más expedita administración de justicia, con ellos a veces se suele llenar vacíos de orden procedimental o bien completar lo que establece la ley. Sin embargo, estos

autoacordados, considerando su naturaleza, deben subordinarse a la ley y a la Constitución³¹.

³¹ **Ibíd.** Pág. 45

CAPÍTULO III

3. Jurisdicción voluntaria judicial y notarial

3.1. Jurisdicción voluntaria

“Frente a la posibilidad de extraer los asuntos llamados de jurisdicción voluntaria o no contenciosa del ámbito de conocimiento de los tribunales de justicia que integran el poder judicial, lo primero que se debe preguntar es por qué razón o razones el legislador entregó estas materias al citado poder del Estado”.³²

En la revisión de las obras de derecho procesal tradicionales y publicaciones relativas a reformas de los sistemas judiciales, encuentro algunas razones que intentaré exponer; el primer fundamento es de tipo histórico, seguido de lejos por motivos de seguridad o certeza jurídica. En recientes trabajos, se alude cada vez con más fuerza a razones económicas y de políticas públicas. El fundamento histórico es el que aparece en la doctrina como el más fuerte y poderoso, luego siguen las posturas doctrinarias sobre la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria.

³² Revista Chilena de derecho. Pág. 8

3.2. Evolución histórica

El derecho romano es la principal fuente de nuestro derecho, es por ello que para indagar acerca del real contenido y naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria debemos hacer primeramente algo de historia.

“La nomenclatura jurisdicción voluntaria deriva del Digesto específicamente del texto de Marciano, quien al parecer, con una finalidad didáctica, utiliza por primera vez la contraposición entre jurisdicción contenciosa y voluntaria. Su intención era señalar que la intervención del magistrado se produce entre personas libres que voluntariamente la solicitan, estando de acuerdo sobre la aceptación del resultado de la misma, por lo cual faltaría en estos actos el conflicto, que constituye para la doctrina moderna el verdadero origen de la jurisdicción”.³³

La jurisdicción, para los romanos, era una facultad que poseían determinados magistrados y que les permitía intervenir en los procesos normales de carácter civil que integraban el procedimiento de las acciones de la ley, el formulario y el extraordinario, éste es, la facultad de decir el derecho. Ahora bien la jurisdicción era una emanación de un poder más amplio que poseían también algunos magistrados, el imperium, que comprendía, además de la iuris dictio un poder de administración y policía, administración, policía y justicia, y ciertas atribuciones especiales emanadas de una ley,

³³ Bollini, Jorge. **Función notarial y jurisdicción voluntaria**. Pág. 43

como eran el nombramiento de tutores, la autorización de venta de un inmueble rústico de un menor, etc.

Para ellos la jurisdicción implicaba la integración de tres elementos que podían o no darse a un mismo tiempo, a saber, la admisión de la demanda de acuerdo a lo pedido por el actor, la exposición del derecho aplicable al caso controvertido y la aprobación del contrato arbitral por el que las partes se comprometen a acatar la decisión del juez privado.

“Este último elemento es el nexo con la jurisdicción voluntaria desde que originariamente tuvo el simple significado de aprobar, prestar conformidad, mostrarse propicio a la pretensión de una persona, utilizándose normalmente con referencia a aquellos casos en que el procedimiento en curso sólo podía lograr un determinado y definitivo efecto mediante la aprobación expresa del magistrado. Así sucede con la aprobación que el magistrado presta al contrato arbitral que constituye la *litis contestatio*, y sin cuya aprobación, conjugada con el mandato de juzgar (*iudicare iubere*), no se formaliza definitivamente la controversia, ocurriendo lo mismo en los actos, llamados tardíamente de jurisdicción voluntaria, como manumisiones y adopciones en las cuales el magistrado prestaba su conformidad a un acuerdo previo de las partes”.³⁴

³⁴ **Ibid.** Pág. 45

El conjunto de estos asuntos revelan la ausencia de contencioso y la función de garante de la observancia del ordenamiento en negocios privados que cumple el magistrado, de testigo calificado o de persona autorizada para otorgar validez al acto. Se asimilan progresivamente como actos de esta naturaleza, los casos clásicos de cognitio en los cuales el magistrado intervenía en actos no directamente procesales, sino relacionados con el proceso o incluso independientes de él como la puesta en posesión de bienes, adopciones y manumisiones o de iuris dictio lato sensu que implicaban la comprobación de hechos por el magistrado fuera del proceso y decididos por medio de decretos.

En el derecho romano, por lo tanto, la función judicial estuvo siempre ligada a la administrativa.

Junto a esta línea evolutiva de la jurisdicción voluntaria se desarrolla la actividad de los tabeliones antecedente de los actuales notarios, profesionales libres que no son simples redactores de documentos sino conformadores de la voluntad negocial de las partes, en documentos de eficacia superior a los privados, aunque todavía en esa época sin la impronta de la fe pública. Estos a fines de la época clásica acrecentaron su importancia, ya que a través de un procedimiento especial conferían plena autenticidad a los documentos emanados de los mismos, sin necesidad de ser corroborados por el juramento del notario o por prueba testimonial o verificación de las escrituras.

La insinuación o depósito en los archivos públicos se efectuaba ante un tribunal, aunque sin las formalidades de un juicio, por lo que cabe atribuirle, utilizando la actual nomenclatura, la naturaleza de un acto de jurisdicción voluntaria, la que generalmente tuvo carácter facultativo y solo excepcionalmente era necesario, según la clase de negocio sobre que versase.

En la época clásica los actos de jurisdicción voluntaria no caían dentro de la *iuris dictio*, sino en la *cognitio*. Los actos extraprocesales en que el magistrado intervenía, eran numerosos, tales como la insinuación de las donaciones, la aceptación del *testamentum principi oblatum*, la protocolización del *testamentum apud acta conditum*; la intervención en la *in iure cessio*; y la colaboración con el tutor en determinados actos jurídicos, como, por ejemplo, la enajenación de fundos, etc.

En la época postclásica se ensancha el concepto de *iuris dictio* a los actos llamados no contenciosos o de jurisdicción voluntaria. Ésta se refiere, en este período, a la actividad del magistrado en aquellos casos en que no existía propiamente litigio, sino una simple colaboración de aquél en determinados actos tendientes a constituir ciertas relaciones jurídicas, como la manumisión, adopción, emancipación, etc. Estos actos no litigiosos eran los antiguos actos de *cognitio*.

Por lo tanto, de todo lo expuesto en relación, al derecho romano hasta antes de la codificación podemos describir dos líneas de intervención judicial:

- Actuación judicial para conferir validez a negocios jurídicos o producir actos de autoridad.
- Intervención judicial destinada a acreditar determinados hechos o actos como auténticos.

En España se podía distinguir, antes de la codificación, entre la jurisdicción voluntaria que se ejercía fuera de juicio, sin controversia de partes contendientes, como los actos de legitimación, adopción, la información de pobreza, etc. y la contenciosa que es la que se ejerce en las contiendas jurídicas o habiendo contradicción entre partes. Fue así como entre las facultades entregadas a los alcaldes como jueces ordinarios les correspondía el conocimiento de todas las diligencias judiciales sobre asuntos civiles hasta que llegasen a ser contenciosas entre partes o hubiese necesidad de conocer el derecho para seguir conociendo de ellas. Las sucesivas leyes que van reglamentando la materia recogen la intervención judicial en estas materias y la reglamentan.

Ésta en un principio no formaba parte de la jurisdicción, pero al recaer en los magistrados romanos que ejercían esta función y otras que correspondían a materias no estrictamente contenciosas, éstas pasaron a formar parte de un todo, surgiendo así dentro del término amplio de jurisdicción, la división entre lo contencioso y lo voluntario, última rama que correspondía mas bien a la función de administración que a la de jurisdicción.

“Se puede concluir, que los asuntos voluntarios forman parte de la jurisdicción solo por una razón histórica y política, ya que al menos en la historia conocida acerca del tema no se pudo encontrar ninguna razón de fondo que explique el fenómeno”.³⁵

En el ordenamiento jurídico moderno, al igual que en Roma post clásica, lo voluntario y lo contencioso forman parte de la jurisdicción, sin embargo el estado actual de desarrollo de las instituciones ha planteado serias dificultades para mantener estas cuestiones en sede jurisdiccional, sobretodo por la identificación de estos asuntos, por parte de la doctrina, con actividades administrativas de tutela o protección de los administrados. La doctrina hoy en día intenta separar la jurisdicción voluntaria de la contenciosa, reconociendo solo a esta última como verdadera jurisdicción.

Se consideran actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada no promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas. En ellas son hábiles todos los días y horas. Sin necesidad de solemnidades son admitidos los documentos que se presenten y las justificaciones que se ofrezcan. Apenas se haga oposición por quien tenga interés en el asunto, se hará contencioso el expediente, sin alterar la situación en que estuviesen, al tiempo de ser incoado, los interesados y el objeto de aquél; y se sujetará a los trámites del juicio que corresponda.

³⁵ Rentería, Roberto, **Historia de la función judicial**, Pág. 67

También se ha dado en llamar jurisdicción voluntaria al caso en que las partes por su propia voluntad deciden someter a la competencia de un juez que normalmente no era competente. El proceso de jurisdicción voluntaria tiene como objeto hacer constar hechos o realizar actos en que no esté presente la controversia entre partes y hayan producido o deban producir efectos jurídicos, siempre que no se provoque perjuicio para persona determinada.

3.3. Jurisdicción contenciosa y jurisdicción voluntaria

En términos muy generales puede definirse la jurisdicción contenciosa como aquella, ante la cual se tramitan los juicios contenciosos o contradictorios. Existe controversia o contradicción entre las partes; se requiere de un juez y de una decisión que la dirima. Hay litigio, contienda, controversia o discusión. La jurisdicción contenciosa es la jurisdicción propiamente dicha.

De acuerdo, a la materia, la jurisdicción contenciosa puede ser de varias clases: civil, penal, constitucional (el habeas, el juicio de amparo y el proceso de inconstitucionalidad), mercantil, laboral, agraria y de lo contencioso administrativo. Existe también jurisdicción contencioso militar, a la que están sometidos los miembros de la fuerza armada en el servicio activo de los delitos y faltas puramente militares que cometan.

Asimismo, hay jurisdicción contenciosa derivada del fuero especial de que están investidos los altos funcionarios públicos, cuando para ser juzgados por delitos oficiales y comunes que comentan, la asamblea legislativa deba declarar si hay lugar a formación de causa, Se trata de otro caso en que hay función jurisdiccional desde el punto de vista material, no desde el punto de vista formal, ya que no corresponde a este órgano del Estado la administración de justicia.

Jurisdicción voluntaria, al contrario de lo que ocurre en la jurisdicción contenciosa, en la que como se ha dicho, hay controversia entre partes, en la jurisdicción voluntaria no existe esa controversia, ni dualidad de partes. Se trata de actuaciones ante los jueces, para solemnidad de ciertos actos o para el pronunciamiento de determinadas resoluciones que los tribunales deben dictar.

Doctrinariamente se sostiene que también hay:

- Jurisdicción voluntaria de los árbitros en los juicios de compromiso.

- Jurisdicción voluntaria de los jueces ordinarios, cuando ejercitan su jurisdicción interponiendo su autoridad en asuntos en que no hubiere contención de partes.

- Jurisdicción voluntaria en el caso de la jurisdicción prorrogada.

Partiendo de lo que esencialmente caracteriza a la jurisdicción voluntaria es la no contención de partes, apropiadamente puede afirmarse que en el primero de los casos

no estamos en presencia de este tipo de jurisdicción, pues, en definitiva los árbitros, a través del laudo arbitral, resolverán una controversia, la que ordinariamente sería resuelta por un juez común, o sea, que sí, hay contención de partes. Este punto de vista tiene más relevancia tratándose de los árbitros de derecho que proceden como los jueces ordinarios y arreglan sus procedimientos, como sus decisiones, a las leyes vigentes en la materia.

Si este tipo de jurisdicción recibe el nombre de voluntaria ha sido calificada así tradicionalmente, es porque las partes de mutuo acuerdo, por su propia voluntad, deciden someter la controversia a árbitros, a presente o a futuro. Éstos, en su nombramiento y ejercicio dependen exclusivamente de la voluntad y arbitrio de las partes. Puede afirmarse que se trata de una jurisdicción contenciosa voluntaria, contenciosa por haber controversia; voluntaria, porque las partes deliberadamente sacan su discordia del conocimiento de los jueces ordinarios para someterla al conocimiento de árbitros.

“El segundo caso de jurisdicción voluntaria a que se ha hecho mención, es el que se conoce como jurisdicción voluntaria propiamente dicho. Existe un procedimiento judicial, conoce un juez ordinario y hay una resolución, sin que medie conflicto alguno; el juez ordinario ejercita su jurisdicción interponiendo su autoridad en asuntos en que no hay contención de partes”³⁶.

³⁶ **Ibíd.** Pág. 80

En este tipo de jurisdicción voluntaria se trata de actuaciones ante los jueces, para la solemnidad de ciertos actos o para el pronunciamiento de determinadas resoluciones, lo de voluntaria desaparece. Si el interesado, para beneficio propio o para la protección de sus intereses requiere de esas solemnidades o resoluciones, necesarias y obligadamente deberá ocurrir al juez, no porque lo quiera o no quiera.

Por las anteriores razones se ha dicho que la llamada jurisdicción voluntaria, ni es jurisdicción ni es voluntaria. No es jurisdicción porque ésta lleva incluida la contención de partes, ni es voluntaria porque en muchos casos la intervención del juez se haya impuesta por la ley. Así, por ejemplo, si el padre o madre por utilidad o necesidad desea vender bienes raíces del hijo que se encuentra bajo su patria potestad, no pueden hacerlo libremente, sino que deben obtener autorización judicial y la venta debe ser en pública subasta. Aquí el interesado obligadamente debe ocurrir al juez para obtener esa autorización, no voluntariamente, pues si no lo hace no podrá hacerse la venta.

Lo que caracteriza a la llamada jurisdicción voluntaria es la no contención de partes, tampoco aquí existe, pues media la controversia, y la voluntariedad es respecto de la competencia, no respecto de la jurisdicción propiamente dicho.

Couture: “Se dice habitualmente que la jurisdicción voluntaria cumple una función administrativa y no jurisdiccional. Esta proposición tan importante debe ser analizada cuidadosamente, se puede definir el acto administrativo como aquel que, a petición de parte o ex officio, expide un órgano del poder público para reglamentar una ley, para

promover a su mejor cumplimiento, para aplicarla a un caso particular o para dirimir una controversia entre partes. Por su contenido propende al bienestar general, al funcionamiento de los servicios públicos, a la aplicación de la ley a un caso concreto; por su eficiencia, es siempre susceptible de revisión en vía jurisdiccional; pero su función es productiva de derecho, contribuye al desenvolvimiento gradual y jerárquico del orden jurídico. Dentro de una noción tan amplia, en la que he querido abarcar lo general y lo particular, puede admitirse que los procedimientos de jurisdicción voluntaria tienen naturaleza administrativa. No se dictan, normalmente, de oficio, sino a petición de un interesado. Procuran la aplicación de la ley a un caso particular, accediendo a una petición legítima. Propenden a la efectividad de esa misma ley en su gradual desenvolvimiento jerárquico; y al no pasar en autoridad de cosa juzgada, permiten siempre su revisión en sede jurisdiccional. Acaso la dificultad de la cuestión provenga de este cometido coincide en buena parte con el de la jurisdicción. Pero la ausencia del elemento cosa juzgada, sustancial para calificar el acto jurisdiccional impide incluir a los actos judiciales no contenciosos entre los actos de jurisdicción.”³⁷

3.4. Naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria

Teoría de la naturaleza jurisdiccional: la concepción tradicional considera a la función voluntaria como jurisdicción basándose en su etimología y en sus antecedentes históricos. La doctrina moderna que avala esta teoría pretende construir un concepto

³⁷ **Ibíd.** Pág. 87

amplio de jurisdicción que comprenda esta facultad, sin embargo, los tratadistas discrepan de este elemento por lo que existen diversas posiciones en este grupo.

Satta sostiene que la jurisdicción voluntaria tiene por objeto la tutela de un interés privado, por lo cual no sería administración ya que ésta se encarga de intereses públicos y no de intereses privados.

De Marino concluye: “la jurisdicción contenciosa y la voluntaria tienen elementos de un sustrato común, que es la actuación del derecho objetivo en el caso concreto para la tutela de intereses particulares reconocidos por el mismo derecho por obra de un órgano estatal imparcial, y siendo precisamente este sustrato común la definición de jurisdicción generalmente admitida, la jurisdicción voluntaria debe estimarse verdadera jurisdicción.”³⁸

“Carnelutti distingue entre proceso contencioso y proceso no contencioso, entendiendo que en la primera existe un conflicto actual, mientras que en el segundo un conflicto eventual. Por lo tanto, la función jurisdiccional en la primera es de carácter represiva y en la segunda es preventiva”.³⁹

Francisco Ramos Méndez, argumenta en favor del carácter jurisdiccional de los actos voluntarios señalando:

³⁸ Barreto, Augusto. **Derecho notarial y competencia notarial en asuntos no contenciosos**. Pág. 33

³⁹ **Ibid.** Pág. 34

- La presencia judicial es precisamente uno de los fundamentos de la atribución de estas actividades a la jurisdicción. No es sólo el juez, sino lo que comporta su actuación: la actividad jurisdiccional es ejercicio de la jurisdicción y enjuiciamiento. Aunque las personas puedan ser fungibles, desde el momento en que estas actuaciones se encomiendan a los jueces, dejan de serlo. El juez no puede proceder más que enjuiciando y ahí reside la garantía de su actividad.

- En las actuaciones de jurisdicción voluntaria existe *processus iudicii*, aunque éste se acomode a una estructura acorde con la exigencia de los actos. Además en el ámbito denominado contencioso existen diversas estructuras en función de los objetivos del proceso.

- Los actos de jurisdicción voluntaria denominados constitutivos gráficamente demuestran su jurisdiccionalidad, porque deben al *iudicium* su existencia jurídica: tienen significación jurídica gracias al juicio que los crea como tales.

- La cosa juzgada se produce en el ámbito limitado para el que están previstos los actos, sin que puedan extenderse sus efectos más allá de esos límites. “La ausencia de controversia tampoco es signo distintivo de la jurisdicción voluntaria, ya que se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesario, o se

solicite intervención del juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas”⁴⁰.

El argumento responde a un planteamiento dualista de las relaciones entre derecho y proceso. No tiene que existir controversia para que exista proceso, pero además, es fácil constatar que en muchas actuaciones de jurisdicción voluntaria existen o pueden existir precisamente controversias.

Teoría de la naturaleza administrativa: En general, es la que predomina en la doctrina italiana, francesa, alemana, española, sostienen esta teoría:

Calamandrei dice que: “la jurisdicción contenciosa es jurisdicción, mientras que la jurisdicción llamada voluntaria no es jurisdicción, sino que es administración ejercida por órganos judiciales. Esta función administrativa comprende, según él, todas aquellas actividades con las cuales, en formas múltiples y a través de órganos variados, el Estado interviene para integrar la actividad de los particulares dirigida a la satisfacción de sus intereses mediante el desarrollo de relaciones jurídicas. Por lo tanto la jurisdicción voluntaria formaría parte de la actividad social y no de la actividad jurídica del Estado; ya que para ésta, lo mismo que para la actividad administrativa, el derecho no es el fin sino el medio para la satisfacción de otros fines, esto es, para la constitución

⁴⁰ Satta, Juan José, **Análisis jurídico de las acciones del derecho**, Pág. 67

de nuevas relaciones correspondientes a intereses sociales dignos de especial asistencia”.⁴¹

Redenti por su parte califica “la jurisdicción voluntaria como existencia de atribuciones de la autoridad judicial con finalidades y caracteres particulares diversos de los de la jurisdicción propiamente dicha. Ella no tiende a la aplicación de sanciones, del mismo modo que la tutela jurisdiccional de derechos transgredidos, violados o insatisfechos, sino a desplegar injerencias de la autoridad pública en el desenvolvimiento de las relaciones o negocios ajenos con finalidad de asistencia o de control preventivo, injerencias típicamente de interés público y por tanto, substancialmente administrativas”.⁴²

Meyer sostiene que: “todo lo que se refiere a la jurisdicción voluntaria es extraño a los órganos judiciales por cuanto son asuntos en los cuales no existe contienda, en que el juez desempeña un papel meramente pasivo y en que, aun cuando la ley lo someta a su conocimiento, la actuación del juez es semejante a la de los demás funcionarios públicos, lo que hace que esta actividad judicial voluntaria ejercida en esta forma, sea netamente de orden administrativo”.⁴³

Rocco señala por su parte que: “la diferencia entre jurisdicción verdadera y propia y jurisdicción voluntaria, estriba en que la primera es verdaderamente jurisdicción,

⁴¹ Calamandrei, Piero. **Instituciones de derecho procesal civil**. Pág. 62

⁴² Redenti, Enrico. **Derecho procesal civil tomo I**. Pág. 55

⁴³ Calderón, Oscar. **Procesos no contenciosos**. Pág. 31

mientras que la segunda es actividad administrativa. La primera presupone ya formada la relación jurídica y quiere sólo realizarla, en tanto que la segunda supone la relación todavía no formada y quiere contribuir a constituirla”.⁴⁴

Sostiene Guasp que: “el órgano jurisdiccional actúa como administrador, pero como administrador del derecho privado, esto es, realizando las relaciones jurídicas de derecho privado cometidos que no son jurisdiccionales, sino administrativos”.⁴⁵

La diferencia entre jurisdicción y administración, sostiene Couture, debe buscarse en la existencia en el primer caso y en la ausencia en el segundo de una pretensión que constituya el objeto de cada una de aquellas actividades. La función jurisdiccional está basada en la dualidad fundamental de personas que piden y personas que conceden, se mueve siempre en torno al problema de la satisfacción de una pretensión; la función administrativa no exige, conceptualmente, para su desarrollo, esta iniciativa o impulso exterior a sí misma, puede obtener la realización de sus fines mediante una conducta espontánea de los órganos a quienes está encomendada. Así, mientras la jurisdicción es función estatal de satisfacción de pretensiones, la administración es función estatal de cumplimiento de los fines de interés general

Jose Chiovenda, por su parte, señala que el nombre de la jurisdicción voluntaria deriva de la función habitual del órgano jurisdiccional, puesto que una gran parte de estos

⁴⁴ **Ibid.** Pág. 34

⁴⁵ **Ibid.** Pág. 37

actos se confían a los jueces, lo cual no priva que tales actos sean actos de simple administración; pero al tratarse de actos que requieren una formación especial y especiales garantías de autoridad en los órganos a los cuales son confiados, es natural que el Estado utilice a este fin la misma jerarquía judicial. Pero no todos los actos llamados de jurisdicción voluntaria se verifican por los órganos judiciales. También entre los actos de los órganos administrativos los hay que son perfectamente afines con los que la ley atribuye a los jueces como jurisdicción voluntaria.

Sostiene Chiovenda que: “la jurisdicción voluntaria tiene siempre un fin constitutivo; los actos de jurisdicción voluntaria tienden siempre a la constitución de estados jurídicos nuevos y cooperan al desarrollo de relaciones existentes. En cambio la jurisdicción propiamente tal, tiende a la actuación de relaciones existentes. La jurisdicción civil supone, pues, en una parte la expectación de un bien respecto de la otra, sea este bien una prestación, sea un efecto jurídico. Esto falta en la jurisdicción voluntaria, no se dan dos partes, no hay un bien garantizado contra otro, una norma de ley para actuar contra otro, sino un estado jurídico que sin intervención del Estado no podría nacer o desarrollarse o se desarrollaría imperfectamente”⁴⁶.

Teorías Mixtas: Frente a esta enorme divergencia conceptual parte de la doctrina trata de conciliar ambos extremos, la jurisdiccional y la administrativa, sin resultados positivos.

⁴⁶ Satta, Juan José. **Ob. Cit.** Pág. 45

Serra Domínguez, después de analizar los actos voluntarios en el derecho positivo español, concluye que la mayor parte de ellos corresponden a una actividad administrativa del órgano jurisdiccional. El juez actúa más como funcionario público que como juez en la apertura de testamento, habilitación para comparecer al proceso o en las informaciones para perpetua memoria. El problema se presenta con los actos constitutivos, posesión efectiva, designación de guardadores, porque la sentencia es constitutiva, por lo que su carácter jurisdiccional es manifiesto. Sin embargo, incluso en este caso tiene carácter administrativo, pero no hay que confundirlo con los actos administrativos propiamente tales, derivados de la administración pública.

Hugo Pereira Anabalón, respecto de los actos no contenciosos y su calidad de actuaciones jurisdiccionales, basado en la tesis de Chiovenda opina que: “no existe tal jurisdicción. Sostiene que es más adecuado hablar de procedimientos judiciales no contenciosos, porque el examen de tales *actos* evidencia que se trata de sucesiones de actos singulares, vinculados entre sí. Concluye que lo propio, quizás, en términos más modernos sería denominar a esta función como lo hace Zanobini, administración pública del derecho privado ya que si bien es cierto que el Estado reconoce a los particulares un campo de autonomía para crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas mediante declaraciones de voluntad manifestada en ciertas formas, en determinados casos, para la producción de ciertos efectos jurídicos deseados, exige la intervención de algún órgano del mismo Estado que puede consistir en la simple verificación de la legalidad del acto o examinando la oportunidad del mismo con criterios discrecionales. Por ser una actividad administrativa, lo no contencioso estaría

desprovisto de la existencia de la cosa juzgada, como efecto que se produce en materia contenciosa”⁴⁷.

3.5. Jurisdicción voluntaria notarial

La competencia del notario se remite al derecho privado, siempre que su actuación se refiera a actos, contratos y declaraciones que ante sus oficios se otorguen, así como a los hechos que presencie, siempre que estos hechos no se califiquen como contratos. Estas relaciones jurídicas que surgen como consecuencia de las actuaciones notariales deberán estar exentas de todo litigio o contienda, pues siendo así se convierte en juicio, saliéndose ya de la competencia notarial y pasando a la actividad judicial.

La llamada jurisdicción voluntaria, precisamente por su carácter anti-litigiosa, puede ser materia de la función notarial y no de la judicial.

El Profesor José Federico Márquez en su obra Ensayo sobre la Jurisdicción voluntaria dice: “La impropia llamada jurisdicción voluntaria, que no es voluntaria, ni es jurisdiccional, constituye una función estatal de administración pública de derechos de orden privado, que el Estado ejerce preventivamente, a través de los órganos judiciales, con el objeto de constituir relaciones jurídicas, o de modificar o desarrollar relaciones ya existentes.”⁴⁸

⁴⁷ Serra Domínguez, César. **La jurisdicción como función**, Pág. 78

⁴⁸ www.monografias.com/trabajos36/jurisdiccion-voluntaria/jurisdiccionvoluntaria2.shtml.

La jurisdicción propiamente dicha, es la función estatal que se encarga de aplicar las normas de orden jurídico abstracto a un caso concreto formulado en relación con una demanda. La jurisdicción voluntaria es de naturaleza eminentemente administrativa y subsidiaria en los órganos que administran justicia, a tal grado que se considera como actividad anómala de jueces y tribunales. Con la función Notarial lo que se hace es dar realidad efectiva al derecho privado; y si al Notario competen estos actos de administración pública de los derechos privados, es natural que él sea el funcionario ante quien se haga realidad esos derechos privados”⁴⁹.

Esto ya ha sido analizado, discutido y reglamentado anteriormente en congresos, conferencias y legislaciones de distintos países. Dice Hugo Alsina, que: “la intervención que realice el Juez en los actos de jurisdicción voluntaria, tiene exclusivamente por objeto dar autenticidad al acto o verificar el cumplimiento de una formalidad, agregando, que se trata de uno de los supuestos en que el Juez ejerce funciones administrativas. Y es que doctrinariamente se entiende por jurisdicción voluntaria aquella jurisdicción que se ejerce por el Juez en actos o asuntos que por su naturaleza no admiten contradicción de parte, limitándose únicamente la autoridad judicial competente a dar fuerza, homologar y dar valor legal a dichos actos”.⁵⁰

⁴⁹ **Ibíd.**, Pág. 90

⁵⁰ Alsina, Hugo. **Tratado teórico práctico de derecho procesal civil**. Pág.35

3.6. Evolución histórica

La jurisdicción voluntaria es más reciente que la contenciosa. La necesidad de reparar una violación del derecho por un pronunciamiento judicial apareció antes que el anhelo de prevenir por publicidad oficial de, un acto jurídico, una futura violación del derecho la confusión de una situación jurídica. También para las disposiciones administrativas de carácter jurídico constitutivo, tal en asuntos de tutela o sucesorios, se consideraba por de pronto como más indicada la actividad de la autoridad administrativa que un procedimiento judicial. La evolución de actos especiales de procedimientos no contenciosos comenzó en el campo de la actividad tutelar y de la atestación documental y se extendió sobre todo a los asuntos sucesorios y registrales.

Entre los siglos XI y XII, dice Font Boix, se marca el momento fundacional del notariado con la adquisición de la fe pública. La función autenticadora de negocios había pasado por distintas manos antes de llegar el notario, quien cumplía distintas funciones públicas o privadas pero desprovistas de fe pública.

El notario romano, al decir de los autores, era una especie de taquígrafo, que, al servicio de personas que ejercían actividades públicas, tomaba nota de los discursos. Como taquígrafos, los notarios, en un segundo tiempo, formaban un cuerpo al servicio de los tribunales, donde cumplían funciones que hoy desempeñan los secretarios judiciales. Esos notarios, de funcionarios estatales, pasaron a formar luego parte de la casa del emperador.

A imitación de estos funcionarios, la iglesia de Roma tuvo, desde el siglo III, un propio cuerpo de notarios, pero, en la edad imperial, la tarea de redactar los actos por cuenta de los particulares estuvo atribuida no ya a los notarios, sino a otro cuerpo especial de funcionarios, los tabeliones organizados en corporaciones. La legislación justiniana reguló de modo definitivo el oficio del tabellio, pero no le concede la fe pública.

Después de la invasión y establecimiento de los longobardos en el territorio italiano, la propiedad inmobiliaria sufrió una permanente transformación, y así llegamos al siglo VII, donde se activa el movimiento inmobiliario, de lo que derivó una continua necesidad de documentación, actuando los notarios eclesiásticos y otras categorías, que, no estando provistos de fe pública, redactaban contratos a instancia de personas privadas, en la forma permitida por la ley. En esta época, algunos notarios acumularon en su oficio el de juez. En el siglo IX este fenómeno se hace frecuente y se llegó, incluso, a estimar al notario como el primer eslabón de una carrera cuyo peldaño inmediato, era el juez.

Hay autores que dan al juez y al notario un origen común, en el sentido de que, así como la actividad propia del notario es desprendimiento de la actividad jurisdiccional, así el notario es desprendimiento del juez.

En el curso del siglo XI con más exactitud, entre los siglos XI y XII, el notario italiano que, había conseguido un alto prestigio y una gran difusión adquiere la fe pública; consigue que los documentos notariales, para ser válidos y producir la eficacia de *actio iudicati*, no tengan necesidad de la presencia del juez.

En la historia, la falta de un notario dotado de fe pública hizo que, a los efectos de hoy se derivan de aquélla, se alcanzara en los juicios fingidos o aparentes. En Roma, a esta necesidad se llegó a través de las dos especies procedimentales admitidas, la *in iure cessio* y la *in iudicio*.

El rasgo fundamental del proceso civil romano, dice Von Mayer, es la peculiar división en procedimiento *in iure*, ante el magistrado, o *in iudicio* ante el *iudex*.

La primera etapa de simplificación dice Núñez Lagos fue suprimir la fórmula de sentencia, bastando que el juez dictase un simple mandato de ejecución, de idénticos efectos que la sentencia en cuanto a la *actio iudicati*.

La segunda etapa fue suprimir la necesidad de la demanda. Las partes comparecían ante el juez, y, previo requerimiento de una parte pero sin formular a demanda, la otra confesaba y el juez pronunciaba un simple mandato de ejecución.

Entre los siglos XI y XII, el notario, que había conseguido la fe pública, consigue que este juicio aparente sea sustituido por una actuación ante aquél, y que el documento que redacta, con la confesión de las partes, adquiera, por virtud de la llamada cláusula *guarentigia*, la misma eficacia que el mandato de ejecución. Nacen entonces, los instrumentos públicos.

El gran movimiento económico en Italia hace aumentar las contrataciones judiciales, entonces surge la necesidad de crear un servicio en donde el notario pueda agilizar estos trámites, pero aún se tenía dudas sobre la no intervención del juez, así es como se nombra juez ordinario al notario para todo lo que fuera actos de jurisdicción voluntaria y otros similares; en donde no existiera conflicto entre las partes, siendo los instrumentos guarentigia (cláusula guarentigia) una de las manifestaciones de este iudex cartularios.

“La actividad notarial se desprende de lo que antes era actividad jurisdiccional. Decía Coutere que, La jurisdicción voluntaria perteneció en sus primeros tiempos a los notarios, y con el andar del tiempo fue pasando a los órganos del poder judicial; nada impide que pasen mañana a la administración y aunque vuelvan a su fuente de origen, como se ha propuesto⁵¹”.

3.7. Analogía y diferencias entre las magistraturas judicial y notarial

Según Castan hay similitudes muy acusadas entre la función propiamente judicial y la notarial, en rigurosa correspondencia con las que se dan entre la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción voluntaria.

⁵¹ Augusto Corcuera, **Historia del notario y juez en México**, Pág. 67

3.8. Analogías

- Comprenden la facultad necesaria para la declaración del derecho: En su origen por voluntad directa de las partes; En el momento de ser desconocido, obligándola a reconocerla.

- En una y otra se aplica la ley al caso, con el acuerdo o sin la conformidad de los interesados, pero venciendo dificultades técnicas y prácticas.

- Requieren igual ciencia para el conocimiento de la ley y el mismo arte para ligar a ella la voluntad.

- Tanto una como otra son funciones de justicia. El notario como el juez son órganos de ella, que tiene por finalidad asegurar el triunfo de la misma y consiguientemente, de la moralidad, que, en las relaciones civiles, va inseparablemente unida a la justicia. Como bien dice Lavandera, el notario juzga la necesidad o conveniencia, verdad y sinceridad, legalidad y moralidad, bondad, utilidad y justicia del acto, dirige la vida jurídica, regulando la utilidad de la vida económica y el comercio de la vida social. Tienen los notarios su balanza para procurar imparcialmente la igualdad de las partes, base de toda justicia. Debe destacarse el concepto de imparcialidad, que es común al juez y al notario.

La idea de asimilar el notario al juez y, en ciertos casos, sustituirlo, proviene de su poder de homologación, de legitimación y de imposición de credibilidad pública; sus actuaciones tienen presunción de prueba privilegiada y, en muchos casos, exención de prueba.

Desde luego, consideramos que la fuerza y autoridad que las distintas legislaciones puedan atribuirles dependerán de la formación, preparación y autoridad del fedatario público.

El notario debe tener la misma preparación jurídica inicial que el juez y el abogado, y en la misma situación de responsabilidad y de investidura estatal que el juez, pues, en caso contrario no podrá pretender para su actividad los mismos efectos legitimadores y homologantes, que produzcan la misma fijeza de derechos y situaciones a las respectivas organizaciones.

3.9. Diferencias

- Por el caso o supuesto que da lugar a la intervención de uno y otro; el notario actúa en sentido positivo, sólo cuando las normas objetivas del derecho hallan en las voluntades privadas la adhesión debida, el juez interviene, o debe intervenir, solamente cuando se presume o se demuestra que alguna de dichas voluntades se desligó de tales normas,

de un modo espiritual, desconociéndolas, negándolas, o de un modo material, vulnerándolas, perturbándolas.

- Por la forma en que intervienen: el notario interviene en forma preventiva; el juez en forma reintegradora; es lo que corrientemente se dice que la función notarial es fisiológico jurídica; la del juez, patológico-jurídica. Ésto no quiere decir que la reintegración del derecho no haya a veces de valerse del notariado, lo mismo exactamente que la terapéutica se sirve alguna vez de medios higiénicos.

- Por los intereses que requieren distinta intervención: la intervención del notario es solicitada por intereses aislados o enlazados; el juez, por intereses contrapuestos. El juez debe intervenir cuando la contraposición de intereses se opone directamente por uno o más titulares, o el trastorno a que da lugar la expresada contraposición produce en términos de extrema gravedad, cuestión penal.

- A todo ello hay que añadir los efectos que las diferentes intervenciones jurisdiccionales producen: la sentencia, o sea el acto jurisdiccional es la sentencia por excelencia, lleva en sí plenamente la autoridad de cosa juzgada. El acto notarial no produce por sí la cosa juzgada en su más propio sentido, y sólo lleva consigo una prevención juris tantum de legitimidad y autenticidad. Se suele decir, entre los tratadistas, que el proceso notarial atribuye a los actos jurídicos valor y fuerza de sentencia; sin embargo ello no debe ser entendido en el sentido de cosa juzgada.

- Núñez-Lagos, trata de explicar la diferencia que existe entre el documento público y la cosa juzgada: El documento público obliga a juzgar conforme al asunto; mientras tanto la cosa juzgada obliga al juez a no juzgar el mismo asunto. El documento público da lugar a acciones o pretensiones; la cosa juzgada extingue el derecho de acción del demandante. La escritura pública tiene la promesa, por ley, de una tutela jurisdiccional específica; la cosa juzgada elimina dicha tutela en vía de acción sobre las mismas relaciones jurídicas. La declaración legitimadora notarial la cual está subordinada a la definitiva decisión tomada judicialmente, en caso de contienda promovida por quien se crea postergado o perjudicado.

“Como dice Lavandera: si alguna parte reclama por faltar los supuestos de la verdad en que se funda su normal reconocimiento por el legislador, no puede quedar satisfecha la conciencia de la sociedad con la ofensa inferida a la justicia, y se permite recurrir a los tribunales encargados de velar por las leyes e imponerlas forzosamente en caso de discordia, para revisar con juicio más amplio el proceso notarial y corregir sus elementos injustos que perturban el orden jurídico”⁵².

Esta posibilidad de revisión judicial no es, sin embargo, absoluta. La necesidad de conceder a la fe pública, en el ámbito que es propia de ella, la eficacia debida hace que no puedan ser contradichas o rectificadas las aseveraciones de instrumento público, que quedan amparadas por la fe del notario.

⁵² Vázquez Campo, José. **Notarias**, Pág. 89

3.10. Materias propias de la jurisdicción notarial voluntaria

Como muy bien pone de manifiesto Mengual, “el campo de acción de la fe notarial se halla muy cercenado; el extendido campo que tiene el derecho privado, la existencia de la jurisdicción voluntaria, la extensión de la fe pública a otras organizaciones que no son las instituciones notariales en muchos actos de la administración pública y otros tantos hechos, limitan en un coeficiente muy considerable la actuación notarial”.⁵³

No está desde luego desprovisto de lógica el deseo del notariado latino de que se reintegren a la órbita de la competencia del notario todas las funciones que, sin razón, le han sido sustraídas.

“En tal sentido deben auspiciarse las reformas de las actuales legislaciones, ampliando el radio de acción del notariado, prolongando la función a cuanto signifique exteriorización de la vida del derecho en la normalidad o sin contienda y, en su consecuencia, a los actos de jurisdicción voluntaria, constitución de organismos tutelares, informaciones posesorias, etc”.⁵⁴

Es extenso el número de notarialitas que han defendido el principio de la reintegración de funciones a la actividad notarial; entre otros: Morales Díaz, Velazco, Mengual, Giménez Arnau, Navarro, Azpeitia, García Martínez, Vázquez Campo, Barahona, Couture.

⁵³ Serra Dominguez, César. **Ob. Cit.** Pág. 91

⁵⁴ Vázquez Campo, **Ob. Cit.** Pág. 95

Como principio rector, las leyes orgánicas del notariado de nuestro país consideran al notario como configurador y autor del instrumento público, actúa al servicio del derecho.

Es la aptitud para el conocimiento de materias o funciones que, por su naturaleza, caen dentro de su competencia.

CAPÍTULO IV

4. El procedimiento abreviado de sucesión hereditaria testamentaria

El derecho hereditario o el derecho a la sucesión hereditaria es uno de los derechos más antiguos que se conoce, en todos los países está previsto en su legislación o en el derecho usual del pueblo los efectos del fallecimiento de una persona.

El derecho de sucesión, también se ha regulado sucesivamente en la legislación en Guatemala, primeramente de una manera general, comprendiendo a todo el territorio guatemalteco.

La sucesión intestada es aquella que se da en el caso sucesión mortis causa ante la inexistencia o invalidez de testamento del fallecido. Dada la necesidad de la elección de un sucesor, y ante la inexistencia de voluntad escrita del fallecido, el derecho suple esa voluntad designando sucesores por defecto.

Por ello, en el caso de la sucesión intestada, los herederos son establecidos de acuerdo a lo regulado por la ley (herederos legales). La solución final adoptada difiere en cada sistema jurídico, aunque suele basarse en relaciones de consanguinidad y afinidad.

La sucesión intestada se contempla como figura legal. El Código Civil también la denomina sucesión legítima por ser aquella regulada por ley. Ésta tiene lugar cuando:

- El causante muere sin dejar testamento o con testamento nulo o que haya perdido después su validez.
- El testamento no tiene institución de heredero en todo o en parte de los bienes, o no dispone de todos los que corresponden al testador.
- Falta la condición puesta a la institución del heredero o éste muere antes que el testador, o repudia la herencia sin tener sustituto y sin que haya derecho a acrecer.
- El heredero instituido es incapaz de suceder.

La sucesión por causa de muerte, es un modo de adquirir la universalidad de los bienes, derechos y obligaciones de una persona difunta o de una cuota de ellos o una o más especies o cuerpo cierto o uno o más individuos indeterminados de un género determinado.

Dada la existencia de un derecho, es posible que el mismo se extinga o que por el contrario, si continua existiendo, cambie de titular. En este último caso se habla en sentido lato de sucesión. Pero ésta es de dos especies, porque una sustituye a otra en un determinado derecho o relación y se tiene la llamada sucesión particular o a título particular. O bien una persona sustituye a otra en la totalidad de sus relaciones patrimoniales consideradas como una entidad compleja y se tiene la llamada sucesión universal o a título universal. Ahora, en el derecho vigente esta segunda especie de sucesión no se verifica nunca por acto entre vivos sino solamente mortis causa. Se

evidencia que el concepto de sucesión universal responde a pautas romanísticas. Sólo que en el derecho romano existieron prácticamente sucesiones universales entre vivos, como lo demuestran los institutos de la adrogación y el matrimonio cum manus, pero cayeron en desuso dentro de la misma Roma. Asimismo, la sucesión universal mortis causa puede ser o bien a título particular o universal, pero sea cual fuere opera por causa de muerte.

La sucesión legítima es la que se defiere de acuerdo la ley, cuando no existe testamento; cuando habiendo testamento el testador no ha dispuesto de todos sus bienes, entonces la parte no dispuesta se defiere conforme a las normas del Código Civil. En la sucesión legítima o intestada existen dos formas de suceder: por derecho propio o representación. El primero, cuando el sucesor recibe llamado directo o inmediato de la ley.

“Por ejemplo, cuando existe un solo heredero, siempre que se encuentre dentro del grado máximo exigido por la ley. Cuando hay varios herederos, todos suceden por derecho propio cuando son descendientes inmediatos de un mismo tronco común. El segundo, la representación, consiste en un llamado indirecto al sucesor, a objeto de que tome el lugar de un heredero por derecho propio, por no ocurrir éste a la herencia. La sucesión intestada acoge los principios y directrices del derecho Justiniano, como ha podido evidenciarse. El que desee conocer las instituciones de hoy, debe sumergirse en

esa ciencia milenaria que marcó como ninguna otra, la regulación de las conductas humanas al compás de los cambios y transformaciones que inciden en la sociedad”⁵⁵.

Los diversos ordenamientos jurídicos recogen las ideas de la doctrina sobre el testamento. En efecto, la susodicha doctrina refiere que la sucesión testamentaria tiene su basamento en la voluntad individual del causante, o sea, en la autonomía de la voluntad que debe respetarse, aun cuando el autor de misma hubiere fallecido. En lo que atañe a la clasificación de los testamentos, éstos pueden ser ordinarios y especiales extraordinarios.

De la sucesión

Según el diccionario de la Real Academia Española, la palabra sucesión proviene del latín *successio*, *successionis*, que posee varios significados a saber:

- a. “Conjunto de bienes, derechos y obligaciones transmisibles a un heredero o legatario.
- b. Entrada o continuación de una persona o cosa en lugar de otra.
- c. Entrar en una persona o cosa en lugar de otra o seguirse de ella.
- d. Descendencia o procedencia de un progenitor. “⁵⁶

⁵⁵ Gamarra, Francisco. **Estudio doctoral de la sucesión hereditaria en España**, Pág. 156

⁵⁶ Diccionario de la Real Academia Española. Pág. 1348

Es la sustitución o suplantación de una persona por otra en una relación jurídica.

En su acepción estricta, es el cambio de titular en el conjunto de relaciones jurídicas de una persona por fallecimiento de ésta.

También la expresión sucesión responde a una identidad o sinonimia con el término herencia. Desde ese punto de vista, es la transmisión de ese acervo de bienes, créditos y deudas a otra persona -heredero-, que continuará la personalidad del causante.

4.1. Clases de sucesión

Partiendo de la acepción restringida, la sucesión que se opera en virtud de la sustitución del titular por otra persona, en el conjunto de relaciones jurídicas patrimoniales de aquél, como consecuencia de su fallecimiento, en el derecho justiniano y en razón de su alcance, se clasifican en:

- a. Sucesión a título universal: comprende todo el patrimonio, considerado éste como la universalidad jurídica de los derechos reales y personales, que una persona puede tener apreciables en valor, o sea, el conjunto de bienes corporales o incorporales, activos y pasivos o una parte alícuota de este la mitad o más de la mitad, pertenecientes a una persona determinada. La sucesión universal puede producirse por acto entre vivos o mortis causa.

- b. Sucesión a título particular: se refiere a uno o varios derechos individualmente determinados. La sucesión a título particular, puede ser también por acto entre vivos o mortis causa.

4.2. Elementos de la sucesión

- El causante: conocido entre los romanos como defuntus, mortuus. Es esta la persona que transmite los derechos sucesorios al heredero.

No tenían ejercicio del derecho de testar:

- a. Los impúberes sui iuris, porque carecen de juicio necesario.
 - b. Las personas con trastorno mental, estos sólo pueden testar válidamente en un intervalo lúcido.
 - c. Los pródigos interdictos, porque ya no tienen el commercium.
 - d. Los sordos y los mudos, es decir, aquellos que no entiendan ni hablan de una manera absoluta, pero si su enfermedad es accidental y han hecho el testamento antes de estar atacados, éste produce todos sus efectos.
- El heredero: una vez fallecido el causante, debe haber ya sea por disposición legal, o disposición testamentaria una persona que ocupe el puesto, esta persona que

recibe los bienes del difunto recibe el nombre de heredero, adquiriente, sucesor, causahabiente.

Para adquirir la cualidad de heredero

- a. La muerte de un sujeto.
- b. La capacidad de un difunto para tener heredero.
- c. La capacidad de suceder.
- d. Que se diera la delación o llamamiento a la herencia.
- e. La aceptación del heredero.

Para tener capacidad de suceder, el llamado a suceder no podía ser un sujeto sometido a la *capitis diminutio*, o peregrino, debía ser un ciudadano romano.

- El patrimonio estaba compuesto por todos los bienes, el caudal activo y pasivo que conformaban el caudal hereditario, el cual era llamado por los romanos *as*, con lo que le daban configuración monetaria que lo asemejaba a la moneda romana.

La sucesión por causa de muerte

Dependía, en el derecho romano de la adquisición precedente de un estado o de un título personal que era el título de heredero. El heredero era el continuador de las relaciones jurídicas de las que el *de cuius* era titular, salvo aquéllas no transmisibles por

herencia, como sucedía, entre otras: con las servidumbres personales (usufructo, uso y habitación), por el carácter vitalicio de éstas, y las cuales se extinguían con la vida de la persona; las relaciones de carácter familiares (manus y tutela); algunas obligaciones derivadas del contrato (contrato de mandato y sociedad, que se extinguían con la muerte de las partes); con algunas garantías personales accesorias (sponsors y fideipromissores); y algunas que se contraen al ámbito del derecho público, derivadas del ejercicio del cargo público del causante.

Se observa pues, que esta sucesión hereditas se provoca cuando el fallecimiento de una persona, otra (heres) ocupa su lugar y se incorporan a éste íntegramente las relaciones jurídicas del causante, excepción hecha de algunos derechos no transmisibles por herencia. Varias tesis gobiernan la naturaleza jurídica de las hereditas: a) la que mantiene que el hereditas es una continuación de la personalidad del *cujus*, como una especie de representante del causante y se circunscribe posiblemente, en el orden de los derechos patrimoniales; b) los que sustentan el criterio de que no hay adquisición o transmisión, sino colocación en el lugar de otro, y por tanto, la adquisición y transmisión es un efecto derivado al asumirse el puesto de la persona fallecida; c) la que explica los caracteres de la sucesión por causa de muerte, por la naturaleza del objeto que se adquiriera en directa relación con el concepto de patrimonio, entendido éste, como una universalidad jurídica de derechos apreciables en valor, que una persona pueda tener; o conjunto de derechos, acciones y cosas de una persona, deducidas de las deudas.

4.3. Origen de la sucesión por causa de muerte

Arias Ramos dice: “que pueden agruparse en tres hipótesis el origen de la sucesión. En efecto: una primera hipótesis, antes de la ley de XII Tablas, la sucesión hereditaria no es sino la transmisión del patrimonio, un patrimonio que en tiempos más remotos no sería individual sino del grupo (gens), de un jefe de familia a los miembros de ésta. Una segunda hipótesis, sostenida al concebirse el hereditas como el traspaso de los derechos y obligaciones al heredero. Y finalmente, la tercera hipótesis, señala que la sucesión en su origen no responde a la idea de patrimonio, sino que el heres, al ocupar el sitio del causante, lo subvendra y sustituye en el derecho y ejercicio que aquél tenía en el grupo familiar, y el traspaso patrimonial era una derivación del hecho de asumir la soberanía sobre el grupo”⁵⁷.

4.4. Fundamentos

La institución de heredero cumplía un triple objeto: a) en interés del causante, ya que, al heredero hacerse cargo del pago de sus obligaciones, se impedía que los acreedores procedieran a la venta de bienes que conducía a la tacha de infamia, a la memoria del causante; b) en interés de los acreedores, porque se satisfacían sus créditos; y c) en interés religioso, porque el heredero era el continuador del culto familiar del causante, fundamento éste también del instituto de la adopción.

⁵⁷ **Ibíd.**, Pág. 67

La herencia

La herencia es la transmisión universal de los bienes y de los derechos de un difunto, porque el heredero no recibe cosas particulares, sino la totalidad del patrimonio o de una cuota de éste, es decir comprende el patrimonio del difunto considerado en su conjunto, debiendo también responder a las deudas al igual que su antecesor. Esta tiene dos aspectos:

- a. Aspecto objetivo: referido al patrimonio del difunto, y éste comprende todas las relaciones jurídicas, como por ejemplo: cosas, derechos, créditos, obligaciones, acciones, etc.
- b. Aspecto subjetivo: es la subrogación de un heredero en las obligaciones de su causante y la nueva condición que éste asume.

Momentos de la herencia: apertura

La sucesión se abre en el momento de muerte y en el lugar del último domicilio del de cujus. La apertura es el momento que se produce con la muerte del titular de un patrimonio.

Existen algunos aspectos que se desprenden de la apertura de la sucesión. Es el momento que se toma en cuenta para determinar quienes son los sucesores y que derechos tienen en la sucesión:

- No existe sucesión de una persona viva.
- Origina una comunidad hereditaria sujeta a partición.
- Genera la obligación de asumir aspectos tributarios. Está referido al impuesto sobre sucesiones.
- Determina el fuero sucesoral, es decir, cual es el tribunal competente para conocer las acciones derivadas de la herencia.

También es importantísimo colocar la hora en el acta de defunción, debido a que de esta forma pueden determinarse quienes son sus herederos, no solamente quienes se encuentran con vida, sino por aquellos que se encuentran concebidos.

Delación

Delación es el llamamiento hecho a una o varias personas para adquirir una herencia determinada.

La herencia se defiere por testamento o por la ley. Podemos decir que la delación o llamada a heredar puede ser de tres clases:

- a. "Testamentaria: la designación del heredero la hace el causante en su testamento, incluyendo en éste una cláusula en la que designa a una o varias personas con cualidad de heredero para sucederlo.

- b. Intestada: se provoca cuando la vocación hereditaria se determina por la ley, y la misma se abrirá a falta de testamento o que existiendo éste, se encuentre afectado de nulidad por estar incurso en causas que pudieren producirla.
- c. Forzosa o legítima: en la que el heredero lo es en virtud de la ley, pero no a falta de testamento, sino oponiéndose a lo que en él se ordena respecto a designación de heredero. Es decir, la legítima es la porción del patrimonio hereditario que determinados parientes deberán recibir del testador, pues de lo contrario el testamento se hace inoficioso, o sea, queda como anulado por haber omisión por el testador de mencionar a sus descendientes legítimos o naturales o adoptados, ascendientes, hermanos o hermanas, instituyéndolos, desheredándolos o despojándolos de lo que por ley les corresponde como legítima⁵⁸.

Adquisición

La adquisición de la herencia era diferente según la clase de herederos:

Los herederos domésticos sui y esclavos propios manumitidos e instituidos en el testamento, adquirirían la herencia de forma automática, sin necesidad de expresar su voluntad y aun en contra de ella, es por eso que se les designaba herederos necesarios por que no podían rechazar o repudiar dicha herencia.

Al esclavo, con la finalidad de protegerlo se le otorgó el *beneficium separationis*, para lograr la separación de los bienes hereditarios, de los por el adquiridos después de la

⁵⁸ **Ibíd.** Pág. 80

manumisión, pero éste no podía abstenerse de la herencia. Todos los demás herederos, llamados herederos extraños eran libres de aceptar o rechazar la herencia, por eso también se les llamó herederos voluntarios. En la adquisición de la herencia hay que distinguir:

1. Heredes necesarii: son los herederos que adquieren la herencia, automáticamente, sin necesidad de aceptación y aun en contra de su voluntad. No pueden, por tanto, repudiar la herencia. Se trata de dos clases de herederos:

- Heredes sui et necesarii: son los hijos sometidos a la patria potestad del causante en el momento de su muerte.
- Heredes necesarii: son los esclavos a los que el testador ha dado la libertad e instituido herederos.

2. Heredes voluntarii: a todas las demás personas se aplica el régimen de la delación y adición de la herencia. A estas personas se les defiere la herencia y tienen la posibilidad de aceptarla o no aceptarla. El acto adquisitivo se llama adición. Existen dos tipos de adición:

- La cretio: es una declaración formal que expresa la voluntad de aceptar la herencia. Lo normal es que el testador la imponga fijando, además, un plazo. Esta declaración la suele realizar el heredero ante testigos. La cretio, reconocida en la sucesión testamentaria, sirvió para agilizar el trámite de lo que se conoció como usucapio pro

herede, por la cual cualquier tercero que adquiriera y conservara los bienes de la herencia durante un año, se convertía en dueño absoluto de los bienes.

- El heredero puede, empero, manifestar su voluntad de adir la herencia no de manera expresa, sino tácitamente, por medio de una conducta, es decir, actuando simplemente como heredero.

Beneficios: La separatio bonorum

La separatio bonorum, separación de patrimonios, ha sido definida como el beneficio que, en caso de venta de los bienes del heredero-deudor, se concede a los acreedores del causante a fin de que puedan separar y reservar para sí el patrimonio hereditario, evitando que a la venta del mismo puedan concurrir los acreedores del heredero y manteniendo así intacta la garantía patrimonial que aquél suponía.

Esta institución conocida como la separatio bonorum tenía su fundamento en la existencia de una masa perteneciente al heredero y otra al causante que debían ser consideradas como distintas, si bien pertenecientes a un solo titular. La finalidad de la misma era conceder preferencia a unos acreedores del causante frente a otros. Con el transcurrir del tiempo se extenderá su aplicación a la separación de los bienes del esclavo instituido como heres necessarius. Algunas instituciones no son en realidad casos de separación como la bonorum venditio o la separación del heres necessarius.

Representa una separación entre el caudal hereditario y el patrimonio del heredero acordada por el pretor en beneficio de los acreedores del causante. En efecto, podía suceder que a un causante de clara solvencia le sucediese un heredero lleno de deudas y que no inspirase confianza que la que mereciese el difunto, entonces el patrimonio del difunto suficiente para satisfacer a sus acreedores podía resultar escaso para cubrir además los delitos propios del heredero. La Separatio es una figura dirigida a evitar la concurrencia de los acreedores personales con los del difunto y, en consecuencia, permitió a los acreedores del difunto la satisfacción de sus créditos sobre los bienes de la herencia con preferencia a los acreedores del heredero.

Beneficios: la *beneficium inventarii*

A partir de un decreto de Justiniano, el derecho que tiene el heredero de pedir un inventario de la herencia. El inventario debía de ser hecho ante un notario y representantes con credibilidad del Estado.

Acciones

I. *Hereditatis petitio*: el heredero puede ejercitar las acciones singulares correspondientes a las relaciones jurídicas que, siendo susceptibles de transmisión, componen la herencia. El ejercicio de una acción real o personal que competía al difunto es suficiente cuando alguien niega el derecho de éste en orden a una relación concreta, pero cabe que el demandado no impugne la existencia del derecho del

causante, sino la cualidad de heredero. Pues bien, una acción general, fundada en la cualidad de heredero, o si se quiere, en el propio título hereditario, es la hereditatis petitio. Si universal es la herencia, en cuanto implica sucesión en un conjunto unitario, universal es esta acción, enderezada al reconocimiento del derecho hereditario.

II. Interdictum quorum bonorum: “el bonorum possessor se haya asitido por un interdicto adipiscendae possessionis llamado interdictum quorum bonorum. Es ejercitable contra todo poseedor: contra quien posee pro herede o pro possessore; contra quien poseería las cosas hereditarias, si no las hubiera usucapido pro herede possideresve, si nihil usucaptum esset, y contra el que deja maliciosamente de poseer qui dolo desiit possideri. Frente a quien posee título de legado, sin permiso del propio bonorum possessor las singulares acciones que competían al difunto, fingiéndose en la correspondiente fórmula que es heredero fórmula ficticia”⁵⁹.

4.5. La sucesión testamentaria

Se dice que en la romanística no existe una sistemática relacionada con el testamento. La afirmación que antecede no quiere decir que la sucesión testamentaria no haya sido objeto de tratamiento y estudio en la ciencia romana. El testamento tiene importancia extraordinaria en la conciencia social; así, según Cicerón “es el acto más grave de la vida del civil, como lo es la lex en la órbita

⁵⁹ **Ibíd.**, Pág. 89

pública. Tanto era su importancia, que respondía en un tiempo a la exigencia no ya de perpetuar la sacra, ya que éstos eran independiente de las disposiciones de última voluntad, sino de mantener la unidad patrimonial de la familia bajo un nuevo jefe de familia, el cual debía de hacerse cargo de la familia, así mismo tomar las mismas obligaciones, responsabilidades y derechos que el anterior jefe de familia y tenía sus profundas raíces en la tradicional inspiración individualista del derecho y en la sociedad romana, en la cual la certeza de la eficacia de la propia voluntad ultra mortem se consideraba como *solitium mortis*".⁶⁰

Por otra parte, la sucesión testamentaria en la doctrina romana y la confección del testamento, respondía exclusivamente a un hecho normal de la vida, por tanto era excepcional que no se testase. Esta forma de proceder provoca repercusión en cuanto a importancia se refiere, y se reafirma desde la Ley de las XII Tablas, pues este instrumento admite la apertura de la sucesión legítima al haberse fallecido una persona no habiendo otorgado testamento o cuando existiendo éste se declarase nulo, por encontrarse incurso en alguna causal de nulidad absoluta que lo haga ineficaz. Incluso en la actualidad en las codificaciones modernas prevalece la sucesión testamentaria sobre la sucesión abintestato.

⁶⁰ Rodríguez, Luis. **Sucesiones**. Pág. 124

4.6. El testamento

En las fuentes se encuentran dos definiciones del testamento. Según Ulpiano, “testamento es la expresión legítima de nuestro pensamiento, hecha solemnemente para que valga después de nuestra muerte”.⁶¹

Su discípulo Modestito se expresa de este modo: “testamento es la justa declaración de nuestra voluntad, hecha solemnemente respecto de lo que cada cual quiere que se haga tras su muerte”.⁶²

El testamento, desde el punto de vista del derecho natural, es un acto jurídico mortis causa, unilateral y solemne, por el cual una persona dispone de cada uno de sus bienes, derechos y obligaciones transferibles para después de su muerte". En cuanto a su naturaleza, el testamento es un acto jurídico sui géneris, que tiene únicamente por objeto hacer actuar la facultad natural que el hombre tiene de disponer con libertad de sus cosas y bienes patrimoniales, para cuando hubiere fallecido. En lo que respecta a su fundamento, el derecho de testar es natural pero reconocido, sancionado y amparado por los poderes públicos, ese orden dimanado de la naturaleza.

Formas de testamento

⁶¹ **Ibid.** Pág. 158

⁶² **Ibid.** Pág. 175

I. Formas antiguas de testar.

En un principio, nos dice Gayo, hubo dos clases de testamento: el testamentum in comitiis calatis y el testamentum in procinctu.

- a. El testamentum in comitiis calatis: el jefe de la familia declaraba ante los comicios a quien instituía como heredero, aprobando aquéllos su decisión, y por eso el testamento era prácticamente una ley. Se hacía en tiempos de paz.
- b. Testamentum in procinctu: únicamente los soldados, al entrar en batalla, pueden testar sin esa formalidad, manifestando sus últimas voluntades al oído del compañero de armas más cercano. Se hacía ante el ejército y bajo las armas.

Se añadió después una tercera clase de testamento, que se hace por el cobre y la balanza quod per aes et libram agitar. El que no había otorgado testamento, si se encontraba en peligro de muerte si subita morte urgebatur, mancipaba su patrimonio a un amigo, rogándole que dispusiera del mismo en consonancia con las instrucciones que le señalaba. El amigo, que recibía el patrimonio por el acto mancipatorio, convertía formalmente en dominus, aún cuando la fe depositada en él le obligaba a cumplir la voluntad del mancipante. No era heres, pero se le consideraba como heredero heredis locum optinebat.

El testamento oral continúa subsistiendo: conserva su utilidad cuando no cabe disponer mortis causa de otro modo. El testamento escrito ofrece la ventaja de mantener

secretas las propias disposiciones, a la vez que no se corre el riesgo de que la memoria o la buena fe de los testigos puedan enflaquecer. El testamento escrito es envuelto y signado con los sellos de los cinco testigos *obsignatio*.

Formas de testar en el derecho nuevo: en la época posclásica el testamento puede ser escrito *per scripturam* y oral *per nuncupationem*. Teodosio II y Valentiniano III disponen que el testamento escrito haya de otorgarse ante siete testigos. Extendido por el testador, de su propio puño, o por un escribano en su nombre *testamentarius*, ha de presentarlo, abierto o cerrado, a los siete testigos, que deben ser ciudadanos romanos púberos, y simultáneos rogados, esto es, llamados expresamente.

Justiniano acoge las normas señaladas, si bien limita la exigencia propia de la época clásica, como consustancial al acto *mancipatorio* de la *unitas actus*, esto es, del cumplimiento del acto sin ninguna interrupción. En efecto, no perjudica a la validez del testamento una breve interrupción, siempre que venga impuesta por evidente necesidad. De otra parte, si el testador escribe de su propio puño, y tal hace constar especialmente en la escritura, no se exige, ni de él, ni de otro por él, firma alguna. Deben manifestarse los nombres de los herederos, o de la letra del testador, o dándolos a conocer de viva voz a los testigos, cuando no hubiere podido hacer lo primero, pero de modo que éstos no dejen de indicar en sus firmas a las personas llamadas a heredar. No pueden ser testigos los que sufran de un trastorno mental, salvo en los momentos de lucidez, los mudos, los sordos, los pródigos, los impúberes, las mujeres, los esclavos y los extranjeros.

El testamento escrito es llamado por Justiniano *tripertitum*, en consideración a su triple origen: la necesidad de los testigos y su presencia en un solo acto arranca del derecho civil antiguo; las subscripciones del testador y de los testigos, de las constituciones imperiales, los sellos y el número de testigos, del Edicto pretorio.

Teodosio II y Valentiniano III sancionan la validez del testamento escrito enteramente del puño del testador, y sin la necesidad de testigos. En orden al testamento oral *testamentum per nuncupationem*, se requiere la presencia de siete testigos, reunidos juntamente y aun mismo tiempo, para oír la voluntad del testador, como de quien hacía *testamento sine scriptura*. En la última época del derecho romano aparecen formas públicas: el *testamentum apud acta conditum*, otorgado de palabra ante la autoridad judicial o municipal, y el *testamentum principi oblatum*, que se entrega al emperador o se deposita en el archivo público.

Testamentos especiales o extraordinarios: hay casos en que la atenuación o simplificación de las normas comunes responde al dictado de circunstancias extraordinarias: en tiempo de epidemia, y para evitar el contagio, no se exige que los testigos concurren simultáneamente al acto de testar, ni que se ponga en relación directa con el testador *testamentum pestis tempore conditum*; en el campo, basta la presencia de cinco testigos, y si alguno no saben o no pueden escribir, cabe que firmen otros por ellos *testamentum ruri conditum*.

En el derecho justiniano se hace mención a diversos tipos de testamentos especiales, entre otros:

- a. Testamento militar: consiste en la facultad conferida a los soldados en campaña, a fin de que puedan testar válidamente, sin someterse al cumplimiento de los trámites referentes al testamento ordinario. Julio César concedió esa prerrogativa solamente a los militares ad tempus y no en forma perpetua, facilitándoles de esta manera la posibilidad de confeccionar testamento.
- b. Testamento del ciego y sordomudo: que si alguno adolece de ambas enfermedades a la vez desde el tiempo de su nacimiento, no podrá testar ni llevar a efecto otros cualesquiera actos jurídicos relacionados con la última voluntad; y esto se debe aplicar tanto a los varones como a las mujeres. Pero, si dichas enfermedades no son naturales, y quien las tiene sabe de letras, podrá otorgar testamento válido, siempre que lo escribiere desde el principio hasta el fin de su puño y letra. Continúa, pero si las enfermedades en referencia no van juntas, como acontece no pocas veces, concedemos que los sordos, aun cuando lo sean desde su nacimiento, puedan otorgar testamento y realizar otros cualesquiera actos jurídicos mortis causa.

Si nos referimos a aquellos, por enfermedades que les sobrevinieron, perdieron la facultad de oír, no hay duda alguna en que puedan testar y hacer todo lo demás como otro cualquiera. Si alguno puede oír, pero fuese incapaz del todo para comunicarse con sus semejantes, aunque los autores antiguos opinaron de diversa manera en este caso, con todo, si tiene conocimiento de letras, es claro que podrá escribir todo el testamento.

En cuanto al testamento sordomudo, se exigía una declaración escrita de puño y letra del testador.

- c. Testamento rural: el derecho justiniano, refiriéndose al testamento que podía otorgarse en los campos en que las gentes tienen poco conocimiento de las normas que regulan su conducta, determinó que era suficiente para la validez del testamento en estos casos, que su otorgamiento se hiciese con la presencia de cinco testigos y se exigía sólo que uno de ellos supiere escribir y firmar, habida cuenta de que el testador debía manifestar su voluntad antes de todos ellos, quienes antes de fallecer, como juramento, debía manifestar lo que oyeron y entendieron.
- d. Testamento en tiempo de peste: el testamento en tiempo de epidemia, y como consecuencia del estado de necesidad surgido, no exigía la presencia de los testigos en el momento de su redacción.
- e. Testamento del analfabeto: El testamento del analfabeto exigía la presencia de ocho testigos.

Capacidad de testar: Testamenti factio es expresión genérica, con la que designan los romanos la capacidad del testador, sea respecto de sí mismo y en orden a otorgar testamento ius testamenti faciendi, sea con referencia al válido llamamiento de una persona concreta como heredero legatario o tutor testamenti factio cum herede, cum legatario, cum tutore o como testamenti factio cum teste.

Sólo goza de testamenti factio activa quien tiene plenamente la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, En consecuencia con lo primero, el testador ha de ser libre, ciudadano romano y paterfamilias. Se hace excepción con el esclavo del Estado servus

publicus, que puede disponer por testamento de la mitad de su peculio, y con el filiusfamilias, que puede hacerlo también respecto del peculium castrense y quasi castrense.

Por faltarles la necesaria capacidad de obrar, no pueden otorgar testamento el que sufra de trastorno mental, salvo en los momentos de lucidez; el pródigo, en cuanto no tiene el commercium, y, el derecho posclásico, el apóstata, el maniqueo, el herético.

El mudo y el sordo son incapaces, al principio, de otorgar testamento: el mudo no podía pronunciar los verba nuncupationis; el sordo, porque no podía oírlos. Introducidas las formas escritas, el sordo y el mudo han de impetrar autorización del emperador para poder testar. En el Derecho justiniano la capacidad de testar se limita a los sordomudos de nacimiento.

La testamenti factio activa debe existir desde el momento de otorgar testamento hasta aquel en que acaece la muerte. Si el testador tiene capacidades el instante en que testa, pero sufre luego una capitis deminutio, el testamento se irritum, salvo que al prisionero de guerra se aplican la fictio legis Corneliae y el ius postliminio. La adquisición de la testamenti factio activa en momento posterior a aquel en que se otorgó testamento, no lo convalida, pero el pretor confiere la bonorum possessio secundum tabulas cuando el testador muere siendo ciudadano romano y sui iuris. Tal bonorum possessio es cum re en el caso de que no haya herederos en el Derecho civil.

“Institución de heredero: se entiende por institución de heredero, la cláusula o estipulación esencial inserta en el testamento, en virtud de la cual el testador atribuye a una o varias personas el título de heredero”⁶³.

Solemidades en la institución de heredero

En cuanto a las solemnidades, se señala: a) que el lugar que debía ocupar la institución de heredero era en la cabeza (caput), al inicio del testamento; b) posteriormente se admitió que, con anterioridad a dicho instituto, podían incluirse las desheredaciones y los nombramientos de tutores testamentarios; c) luego, el derecho justiniano estableció que lo que se requiere es que en el testamento exista la institución de heredero, en cualquier lugar en que se hiciera.

Modalidades en la institución de heredero: las modalidades en relación con la institución de heredero: a) condición; b) término; y, c) modus.

a. Institución de heredero sometida a condición. Signifiquemos que era lícita la institución de heredero hecha bajo condición suspensiva, consistente en un hecho futuro e incierto y cuya verificación se hiciera depender del propio heredero, como por ejemplo, la construcción de un mausoleo para perpetuar in aevum la memoria del testador.

⁶³ Bonanente, Juan José, **Los notarios y la sucesión**, Pág. 89

- b. Institución de heredero sometida a término: en relación con esta institución, es necesario distinguir si el término era incierto o cierto. Si era incierto, era admisible, pues este tipo de plazo se equiparaba a la condición suspensiva. Si el término era cierto, la romanística mantiene que carecía de eficacia y ha sido esa la expresión de las fuentes con Papiniano, quien alude tanto al término inicial como al final.
- c. Institución de heredero sometida a modus: la institución de heredero con ciertas cargas, debía ser cumplidas, excepción hecha de que hubiera sido establecidas a su favor.

Capacidad para ser heredero.

En lo que respecta a la testamenti factio pasiva o capacidad para suceder por testamento, o sea, la capacidad para ser instituido heredero de acuerdo con la doctrina romanística, se requiere que éste disfrute de ius commercium, por tratarse de una adquisición regulada por el derecho civil.

Se encuentran privados de suceder los peregrinos y la categoría de los intestábiles, o sea, los hijos de perduelles, reos de libelo famoso, apóstatas y maniqueos; los manumitidos dedicticios y las personas inciertas. Estas últimas son las personas que necesitan ser determinadas por un acontecimiento futuro y las personas jurídicas. Se reconocieron excepciones: en el derecho clásico, los póstumos sui o nacidos después de otorgado el testamento. En el derecho nuevo Constantino a Justiniano además del

Estado, se le reconoció plena capacidad a las ciudades, iglesias y obras pías, a las corporaciones y a los póstumi alieni, a condición de que hubieran sido concebidos.

Tienen capacidad limitada y por tanto sujeta a ciertas prohibiciones.

- a. Los esclavos, ya que se pueden instituir tanto al esclavo propio, libertándolo en el testamento, con lo que se convierte en heredero necesario; como el esclavo ajeno, y en este supuesto la testamenti factio pasiva debe existir en el amo que adquiere definitivamente. Los libres para disponer en testamento para quien quisiera, eran los militares, pero Justiniano estableció restricciones, como hemos visto en el testamento militar.
- b. Las mujeres, en el derecho anterior a Justiniano, eran incapaces, según la ley Voconia, de ser instituidas herederas por ciudadanos de primera clase aquellos cuya fortuna no fuere inferior 100.000 ases); limitación esta que fue abolida en el derecho justiniano.
- c. En el derecho se establecen algunas limitaciones parciales, entre otras: la relativa a los padres y a los hijos de unión incestuosa, entre ellos la viuda que contrae nuevo matrimonio antes del año; los hijos naturales en presencia de los hijos legítimos no pueden recibir más de 1/12 de la hacienda paterna todos juntos; la concubina que no puede recibir más de 1/24 de la misma.

Herederos sustitutos: su fundamento estriba en que puede suceder que aquellos herederos que primeramente son puestos en el testamento, mueran antes que hayan

hijos o no cumplen aquellas condiciones, o aquellas cosas que les mandó el que hizo el testamento y por derecho en un mismo testamento pueden establecer herederos de muchas maneras, porque si los primeros muriesen o no cumplieran la condición de la voluntad del testador, entrasen otros en lugar de ellos.

Existen entonces varias especies o clases de sustituciones:

- a. Sustitución vulgar: la sustitución vulgar tenía lugar cuando el testador, después de haber instituido un heredero, designaba a otro para el caso de que aquél no llegara a serlo. Podía así el causante instituir herederos en varios grados, de manera que en defecto de uno heredera el que le seguía en orden.
- b. Sustitución recíproca: se entiende por sustitución recíproca, breviosa o compendiosa, aquella en la que el testador después de haber instituido varios herederos, los sustituía entre ellos para el caso de que faltare alguno de éstos.
- c. Sustitución pupilar: consiste en el nombramiento o designación de un heredero al propio hijo impúber, para el caso de que éste (el hijo) falleciere antes de haber arribado a la pubertad, y por tanto en un momento en que se encuentra incapacitado para confeccionar el acto testamentario.
- d. Sustitución cuasi-pupilar: se fundamenta en una circunstancia o factor modificadorio de la capacidad de ejercicio, como lo es la incapacidad mental. Además, ésta puede ser hecha no sólo por el padre, sino por cualquier otro ascendiente de ambos sexos, ya que su fundamentación como hemos dicho, no radica en la patria potestad.

Invalidez de los testamentos: el testamento puede adolecer de un vicio o defecto que impide desde un principio su propia vigencia, su existencia misma. El testamento afectado por invalidez radical o inicial recibe calificaciones diversas.

- a. Se habla de *testamentum iniustum* o *nom iure factum* cuando en el otorgamiento no se observa la forma debida *testamentum imperfectum* se le llama también o falta en el testador o en el heredero la *testamenti factio*.
- b. Dícese *inutile*, o *nullius momento*, del testamento en que los *heredes sui* son *preteritos*.

Varias denominaciones reciben también el testamento que, siendo inicialmente válido, viene anulado después:

- a. Llámase *testamentum irritum Factum*: cuando sobreviene la pérdida de la capacidad jurídica, salvo que, tratándose de *capitis deminutio maxima*, tienen aplicación el *postliminium* y la *fictio legis Corneliae*.
- b. *Testamentum ruptum*: es expresión empleada cuando nace un *heres suus* después de la muerte del testador, y éste no lo ha tenido en cuenta, instituyéndolo o desheredándolo.

Según Juan José Bonanente “Un testamento de suyo válido y al principio sucesivamente puede resultar ineficaz. Tal ocurre, de un lado, cuando los herederos premueren al testador, o queda incumplida la condición fijada en la institución, y de otro,

cuando la herencia no es aceptada, sea por muerte del llamado a heredar, sea porque éste renuncia a la misma. Háblese entonces de testamentum desertum o destitutum”⁶⁴.

Los codicilos: son actos de última voluntad que no estaban sometidos a ninguna de las formalidades del testamento, pudiéndose dejar varios escritos en tablillas separadas. Eran fórmulas para poderle añadir ciertas disposiciones a un testamento hecho, lo que no se hubiera podido realizar por medio de un nuevo testamento sin revocar el primero. No puede contener ni institución de heredero, ni sustitución ni revocación de institución ni desheredación.

El codicilo podía existir anexo a un testamento o sin éste; al primero se le dio el nombre de codicilo confirmado y podía contener legados, manumisiones, fideicomisos y nombramientos de tutores y curadores; el segundo solo podían contender fideicomisos. Ninguno podía contener la institución de herederos o consignar desheredaciones.

Revocación del testamento: cuando el donante puede, en cualquier momento, revocar libremente la donación, salvo pacto en contrario o renuncia de la facultad de revocar.

Existen dos formas conocidas:

- a. Expresa: para la revocación de estas donaciones se observarán las mismas formalidades que para su otorgamiento. Si la aceptación de la donación hubiere sido

⁶⁴ **Ibíd.**, Pág. 112.

comunicada al donante o éste hubiese hecho entrega de los bienes, la revocación no surtirá efecto mientras no sea notificada al donatario.

- b. Tácita: cuando no se haya dispuesto otra cosa, las donaciones mortis causa quedarán revocadas sin necesidad de formalidad alguna si el donatario muere en vida del donante, salvo el derecho de representación de los descendientes de aquél.

Tampoco será necesaria la revocación expresa cuando claramente se hubiere supeditado la donación a la muerte esperada por el donante en una determinada ocasión, si éste no falleciere en el momento previsto.

Los legados: disposición testamentaria a título gratuito, recaída sobre cosas o derechos que un testador destina a otra persona, natural o jurídica.

Su complejidad está reflejada en las diferentes definiciones dadas desde la clásica de Justiniano, que han pretendido dar idea de su contenido. Valverde dice que: “es disposición testamentaria por la que el testador manda una cosa o porción de bienes a título singular a persona o personas determinadas”.⁶⁵ Otros autores prefieren ofrecer una definición negativa, y así Barassi dice que: “es toda disposición testamentaria que no sea institución de heredero”.⁶⁶ El derecho romano distinguió dos clases de legados: el propiamente dicho, que era una disposición en términos imperativos, dirigida

⁶⁵ Rodríguez, Luis Alberto. **Ob. Cit.** Pág. 225.

⁶⁶ Rodríguez, Luis Alberto. **Ob. Cit.** Pág. 240.

al propio legatario o al heredero, y el fideicomiso singular, que era otra cualquiera disposición que el difunto confiaba a la buena fe de su sucesor o de otra persona.

Es una disposición mortis causa contenido en un testamento o en un codicilo confirmado y siempre con carga al heredero, cabe recordar que la institución de heredero y el testamento son sucesiones a título universal en cambio el legado son sucesiones a título particular, es decir el legado es un traspaso de derecho singulares pero siempre con carga al heredero.

Justiniano, en sus instituciones, define al legado diciendo que es una especie de donación dejada por el difunto sin embargo a esta definición le hacían falta las características del legado clásico.

Características del legado clásico

El legado en el derecho clásico debía constar en un testamento y en tiempos de Justiniano en un codicilo. Para los clásicos el legado debía ser redactado en términos imperativos, para Justiniano poco importan los términos empleados. Tanto para el derecho clásico como para el Justiniano el legado es una parte que le es quitado al heredero a lo que los romanos llamaron *delibatio hereditatis*.

El derecho clasificó a los legados en cuatro:

1. *Per Vindicationem*: era el legado que otorgaba el dominio de una cosa, y tan pronto la herencia era aceptada por el heredero, nacía ipso facto un derecho para el legatario para exigir la entrega de la propiedad de la cosa legada. En caso contrario, nacía para él el derecho de ejercer una *actio rei vindicatoria* o cualquier otra acción real. En consecuencia, solo podían legarse cosas del testador cuyo derecho de propiedad fuera *quiritario*. Si el legado era de cosas fungibles, bastaba que la propiedad existiera en el momento de su muerte. Este legado era disposición de propiedad y se llevaba mediante la siguiente fórmula tan pronto es aceptada la herencia el legado pasa a disposición del legatario.
2. *Per Damnationem*: era hecho imponiéndole al heredero la obligación de transmitir al legatario la propiedad de la cosa legada, podían legarse así créditos que tuviese el testador contra alguien, por lo que este derecho nacía en el momento de la muerte del testador, es decir es el legado en el cual se va a dar algo particular mediante la siguiente fórmula *heres meus* (que significa es mío).
3. *Per sinendi modo*: en el derecho romano era una variedad de legado que consistía en que el testador se limitaba a indicarle al heredero que debía permitir que el legatario se llevara lo que quisiera en la sucesión, aunque se vieran afectados los bienes del heredero. Este legado recaería sobre un siniestro en el cual el heredero no estaba obligado a transmitir la singular propiedad al legatario.
4. *Per Praeceptionem*: era un legado otorgado en favor de uno de los coherederos, lo cual modernamente se denominó *prelegado*. Era una carga para los demás coherederos en beneficio de uno de ellos, le permitía al coheredero pedir la entrega

de su cosa, antes de que se efectuase la división y partición de la masa hereditaria para que tomase de ella el objeto legado.

Objetos posibles de los legados: el legado atendiendo a su objeto puede ser del más variable contenido:

- a. Legatum: especies, es decir que el legado versa sobre un bien específico y concreto en el cual si se lega un caballo determinado deberá darse este y no otro.
- b. Legatum generis: es decir si se lega algo genérico estará en la categoría que los romanos llamaban genus pero de tratarse de un legatum per vindictium la cosa deberá pertenecer al testador y la preferencia será del legatario.
- c. Legatum optionis: en este caso el legatario tenía la opción de elegir a un esclavo entre varios.
- d. Legatum electionis: el derecho de Justiniano contempló la option y la electio como sinónimos pero se permitió por primera vez la elección del heredero siempre y cuando los legatarios hubieran muerto.
- e. Legatum partitionis: es una parte de la herencia o bien de una fracción numérica.

Restricciones al Legado.

- a. Lex furia testamentaria: está prohibido adquirir a capere tanto en donaciones mortis causa como en legados que excedían de 10,000 ases, y concedió al heredero una manus inectio para recuperar lo que el legatario se hubiese llevado de más.

- b. Lex vacania: eue prohibió al legatario recibir una parte mayor que el heredero, sin embargo esta ley no fue perfecta porque los testadores podían instituir a varios legatarios mermando de esta manera el patrimonio del heredero.
- c. Lex falcidia: la cual reglamentó definitivamente la materia ordenando que el testador no podía legar más de tres cuartas partes de la herencia.

Las donaciones mortis causa.

“Son donaciones mortis causa las que se hacen en consideración a la muerte del donante. Se presume que la donación se hace en consideración a la muerte del donante cuando la adquisición de los bienes donados queda diferida al fallecimiento de aquél”⁶⁷.

4.7. La sucesión intestada

La sucesión intestada o legítima, como también decimos hoy tiene lugar cuando el difunto no otorgó testamento, o el otorgado no es válido, o ninguno de los instituidos llega a ser heredero. Es lo que expresan las instituciones de Justiniano en estos términos: Intestatus decedit, qui aut omnino testamentum non fecit aut non iure fecit aut id, quod fecerat, ruptum irritumve factum est aut nemo ex eo heres extitit (Muere

⁶⁷ Forguera, Augusto. **La sucesión hereditaria**, Pág. 89

intestado el que, o no hizo en absoluto testamento, o no lo hizo conforme a derecho, o habiéndolo hecho, llegó a ser roto o írrito, o no quedó ninguno en él instituidos).

De lo dicho resulta que la sucesión ab-intestato no se abre siempre a la muerte del causante, sino también en momento posterior, cuando se produce la ineficacia del testamento.

La sucesión intestada se regula por preceptos de las XII tablas, por normas del edicto pretorio y por leyes imperiales. A lo largo de un curso histórico que se inicia con la ley decenviral y se cierra con la compilación justiniana, semejante sucesión sufrió profundas transformaciones.

Orden de suceder: la Ley de las XII tablas

El parentesco con el causante es el fundamento de la ley para la determinación de las personas que han de ser herederos ab-intestatos. Tal supuesto no significa que la ley confiera vocación hereditaria a todos los parientes del fallecido, pero establece grupos y da preferencia a unos grupos sobre otros. Los grupos se denominan órdenes y la existencia de los parientes comprendidos en el orden que la ley declara preferente, excluye a los de otros órdenes. Por otra parte, la ley considera el hecho de que el parentesco con el causante sea más o menos próximo, o sea, el grado.

La ley de las XII tablas refleja los caracteres propios de la realidad socio-política en que ella nace, recogiendo el sistema familiar agnaticio con la autoridad del pater sobre sus miembros y establece tres categorías de herederos ab-intestatos: a) los herederos sui; b) en defecto de éstos, el agnado más próximo; y, c) en defecto de los dos grupos anteriores, los gentiles, o sea, las personas que integraban la gens a la cual pertenecía el difunto. Se aprecia que no se pasaba al segundo orden sino a falta del primero; y el tercero en defecto de los dos anteriores, existiendo en ese sentido prelación y subordinación.

Las personas que eran llamadas en el primer orden heredes sui, son aquellas que al fallecer el de cuius, estaban sometidas a la manus del mismo, o a su patria potestad de un modo directo. Es decir, son herederos sui: los descendientes legítimos o adoptivos que se encuentran de manera directa bajo la patria potestad del difunto; las mujeres in manus y los hijos póstumos. Suceden todos sin distinción de grados, o sea, que los de grado más próximo no excluyen a los demás, sino que todos concurren.

La sucesión intestada: derecho civil.

La sucesión intestada del ius civile descansa en el siguiente precepto de las XII Tablas: Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec escit, gentiles familiam habento (Si muere intestado y no hay heredero, tenga la herencia el próximo agnado. Si no hay agnado, tengan la herencia los gentiles).

La herencia viene deferida, en primer término, a los herederos sui: filii; filiae; descendientes no sometidos a otra potestad por la muerte o la emancipación de los ascendientes intermedios; uxor in manu, que ocupa el lugar de hija loco filiae; nurus in manu o nueva del difunto, que sólo es heredera cuando el marido no esté bajo la potestad de éste, al ocurrir su muerte. También son herederos sui los póstumos, es decir, los concebidos al morir el causante y que, de haber nacido en vida de éste, caerían bajo su potestad.

Todos los sui, cualquiera que sea su grado, y siempre que estén bajo la potestad del difunto, son llamados a heredar. La herencia se divide in capita, es, en iguales porciones, cada una de las cuales se llama cuota viril. Pero premuerto uno de los hijos, dejando descendencia bajo la potestad del abuelo, la división se hace in stirpes: los nietos reciben la cuota viril que hubiera correspondido, de no haber muerto, a su padre. Concurriendo, pues, un filius y dos o más nietos por parte de otro hijo ya muerto, aquél obtiene la mitad de la herencia, y éstos la otra mitad.

No existiendo herederos sui, se confiere a próximo agnado o a los próximos agnados de igual grado el ius familiae habendae, esto es, el derecho de entrar en los bienes del causante. Entre los agnati, el próximo excluye al remoto; y si concurren varios de igual grado, la herencia se divide por cabezas in capita. Para ver quien es el más próximo, no se atiende al momento de la muerte, sino a aquel en que se sabe ciertamente que el difunto murió sin dejar testamento; en caso de morir testado, se prefiere ver quién es el más próximo en el momento de saberse ciertamente que no hay ningún heredero por el

testamento otorgado. Si el adnado más próximo renuncia a la herencia o muere antes de haber aceptado, al grado subsiguiente no le compete derecho alguno. No existe, pues, una sucesión entre los varios grados *successio graduum*.

Al principio, no se distinguía entre agnados varones y hembras, pero a finales de la época republicana la jurisprudencia limita la sucesión de las mujeres a las hermanas del causante *consaguineae*. A falta de agnados, son llamados los gentiles, es decir, los pertenecientes a la misma *gens* del difunto. Tal llamamiento no se da ya en la época clásica. El *ius civile* no conoce la delación sucesiva entre los varios órdenes *successio ordinum*. Tal significa que si el llamado a heredar en uno de los órdenes deja de entrar en la herencia, no se difiere ésta al orden subsiguiente, sino que queda vacante.

Adviértase, en fin, que las mujeres en cuanto incapacitadas para ser cabezas de familia y para ejercer el atributo de la patria potestad, no pueden tener herederos *sui*. La herencia de la madre que muere intestada corresponde a los *adgnati* y a los gentiles.

La sucesión intestada: derecho pretoriano.

El edicto pretorio llama a heredar, como ahora veremos, a cuatro clases de personas, aunque no se hacen por eso herederas: *praetor heredes facere non potest*. Más confiriéndoles la *bonorum possessio*, están en lugar de tales *loco heredum constituuntur*. El pretor hace justicia a los vínculos de la sangre, emparejándolos con los puramente agnaticios de la vieja y típica familia romana. Reconoce, por otra parte, la

successio graduum y la successio ordinum. El llamamiento pretorio alcanza a cuatro clases de personas:

- a. Unde Liberi: está constituida por los sui del derecho civil, y, además, por emancipados y sus descendientes. Quedan fuera de llamamiento los hijos dados en adopción que no hayan sido emancipados por el padre que los adoptó, los hijos adoptivos emancipados y la uxor o la nurus remancipada.
- b. Unde Legitimi: está formada por los herederos del derecho civil. En realidad, tan sólo por los agnados, ya que, de una parte, los sui heredes son llamados en la clase de los liberi, y de otra, la sucesión de los gentiles llegó a desaparecer.
- c. Unde Cognati: comprende los parientes consanguíneos del difunto por línea masculina o femenina, hasta el sexto grado, y del séptimo los hijos de primos segundos del causante sobrino sobrinave nati et nate. Dado que en este llamamiento se atiende, por modo único, al parentesco natural, nada dicen ahora las calificaciones civiles emancipati, capite deminuti, sui filii familias. Los hijos ilegítimos suceden a la madre y a los parientes maternos. Entre los cognados, el más próximo excluye al más lejano, y los de igual grado suceden por cabezas.
- d. Unde Vir et uxor: el pretor establece, por último, un derecho recíproco de sucesión entre marido y mujer, siempre que se trate de matrimonio iustum, disuelto por la muerte.

Dos instituciones en el derecho pretorial debemos destacar: a) Collatio bonorum; y, b) Collatio dotis.

Collatio bonorum:

El derecho civil no llamaba, como se ha precisado, a los hijos emancipados del causante, a la herencia de éste, por no encontrarse bajo la patria potestad al momento del fallecimiento del de cujus. El pretor modificó en ese sentido al Derecho Civil, incorporó a los hijos emancipados a la herencia de padre, confiriéndoles la bonorum possessio contra tabulas, en el supuesto de que hubieren sido omitidos o no incluidos en el testamento de su padre; o bien les acordó la bonorum possessio unde liberi, para el caso de que el causante hubiere fallecido ab-intestato. En estos casos, se les señaló a los hijos emancipados la obligación en que se encontraban de concurrir a la herencia, con parte de los bienes que hubieren adquirido en el lapso comprendido desde la emancipación hasta la muerte del causante, que por lo demás es bastante equitativo, ya que las pertenencias de los hijos bajo patria potestad beneficiaban al pater familias, aumentando el patrimonio.

Collatio dotis: el pretor estableció que la hija o nieta que concurriera a la sucesión, debía llevar a colación la dote profecticia, ya que el causante, al constituir dote a favor de su hija, había desprendido parte del patrimonio hereditario en beneficio de aquélla. Se descontaba a la hija de lo que le correspondía por herencia, la porción que había recibido en dote, manteniéndose el principio de la igualdad.

En el derecho Justiniano se extendió el principio, obligando a colacionar a todos los descendientes testamentarios a ab-intestatos que hubieren recibido cualquier liberalidad

en vida, entre otras: dote, donaciones propter nuptias, así como cualquier liberalidad impuesta por el testador.

La sucesión intestada: derecho imperial.

Siguiendo la vía abierta por el pretor, el derecho imperial otorga una mayor consideración a los vínculos de la sangre. La ley de las XII Tablas no autoriza la sucesión recíproca entre madre e hijos, a no ser en la segunda clase civil proximus agnatus, y siempre que aquélla estuviera bajo las manus de su marido. En el edicto pretorio tal sucesión es posible, pero en la clase de los cognati, que se ordena tras la de los agnados. Un remedio a tales limitaciones ius angustiae viene dado por Claudio, al conceder a la madre la herencia de sus hijos, salvo que el remedio tiene alcance particular: la concesión se hace ad solatium liberorum amissorum, para consolarla de la pérdida de los hijos.

Suma importancia tienen los senadoconsultos Tertuliano y Orficiano, por virtud de los cuales el principio de la consanguinidad penetra en la sucesión agnaticia civil. En virtud del senatus consultum tertullianum, dado en tiempos de Adriano, se otorga a la madre el derecho de suceder a sus hijos. A tal efecto, se requiere que la madre tenga el ius liberorum y que el hijo iustus o vulgo conceptus no deje liberi, ni parens manumissor, ni fratres consanguinei. Con la madre concurren las hermanas consanguineae del difunto, dividiéndose la herencia por mitad.

Por obra de Anastasio, el principio de la cognación es tomado también en cuenta en la línea colateral, al disponer que puedan suceder entre sí los hermanos y hermanas emancipados, junto con los no emancipados, aunque no por partes iguales, sino en porción menor que estos últimos. La restricción es abolida por Justiniano.

La sucesión intestada: derecho de Justiniano.

La romancística indica que esta disposición del emperador Justiniano constituye la fundamentación de de las legislaciones modernas en relación con las sucesiones hereditarias. “El sistema Justiniano se caracteriza por: a) la cognación, parentesco natural, atribuye la cualidad de heredero ab-intestato, lo mismo que el parentesco civil o agnación, no importando ya esta última, ninguna preferencia. Ello significa que la cualidad de heredero ab-intestato puede resultar de la cognación como de la agnación, sin privilegio de esta última; b) existen, de acuerdo al parentesco natural, tres órdenes de herederos: descendientes, ascendientes y colaterales; c) la partición procedía por troncos, entre descendientes y sobrinos o sobrinas, y por cabeza, entre los demás parientes; d) la *successio graduum* es admitida, evitándose las sucesiones vacantes”⁶⁸.

Descendientes: si el que falleció ab-intestato dejó algún descendiente, sea cual fuere su grado o sexo, bien pertenezca al grupo de los *sui juris* o *alieni juris*, excluye a todos los ascendientes y colaterales. De tal suerte, que los hijos sea cual fuere su sexo son preferidos a los mismos padres, excepción hecha de las leyes que determinan el

⁶⁸ *Ibíd.*, Pág. 267

usufructo de los padres sobre los bienes que los hijos adquirieron en propiedad, pero si hubiere fallecido alguno de los descendientes con hijos, éstos ocuparán el lugar y grado que correspondía a su padre representante, bien sui juris, libres o que dependan de la potestad de su padre, para recibir la parte de la herencia que a su padre le correspondía, caso de que éste no hubiere muerto. Esta forma de suceder es por estirpe.

Ascendientes: si el causante no dejó descendientes, pero viven su padre y madre y otros ascendientes, éstos privan y son preferidos a los cognados colaterales. Y si hubiere muchos ascendientes, ordenamos que sean antepuestos los más próximos en el grado, ora fueren varones, ya mujeres, paternos o maternos.

Colaterales: a falta de descendientes y ascendientes, la ley llama a la herencia a los hermanos y hermanas nacidos del mismo padre y de la misma madre (fratres germani). En defecto de éstos, heredan los hermanos uterinos y consanguíneos, o sea, los que lo son por parte de la sola madre o del solo padre.

En la novela 118 ordena Justiniano, que si alguien fallecía dejando ascendientes y hermanos germanos, éstos fueran llamados a la sucesión juntamente con aquéllos, pero que si uno de sus hermanos hubiere muerto dejando a su turno hijos, éstos deberían ser excluidos, en todo caso, en los bienes hereditarios.

“En la novela 127 dice que los hijos del hermano difunto deberán ser llamados a la sucesión, ocupando el lugar de su padre para recoger la cuota parte que a éste le hubiese correspondido: por estirpes”⁶⁹.

La expresión sucesión responde a una identidad o sinonimia con el término herencia. Desde ese punto de vista, es la transmisión de ese acervo de bienes, créditos y deudas a otra persona heredero, que continuará la personalidad del causante.

Como titular de un patrimonio toda persona mientras vive, tiene una serie de relaciones jurídicas, y así será sujeto activo de derechos reales y personales y sujeto pasivo de diversas obligaciones.

El testamento es un acto revocable por el cual una persona dispone para después de su muerte de la totalidad o de parte de su patrimonio, o hace alguna otra ordenación, según las reglas establecidas por la ley.

En lo que atañe a la clasificación de los testamentos, éstos pueden ser ordinarios y especiales o extraordinarios. Los primeros se definen como todos aquellos que pueden ser otorgados o confeccionados por las personas que tengan capacidad de testar. Los segundos, son los que solamente pueden ser otorgados de acuerdo a factores, circunstancias o causas, de conformidad con un conjunto de normas que lo regulan.

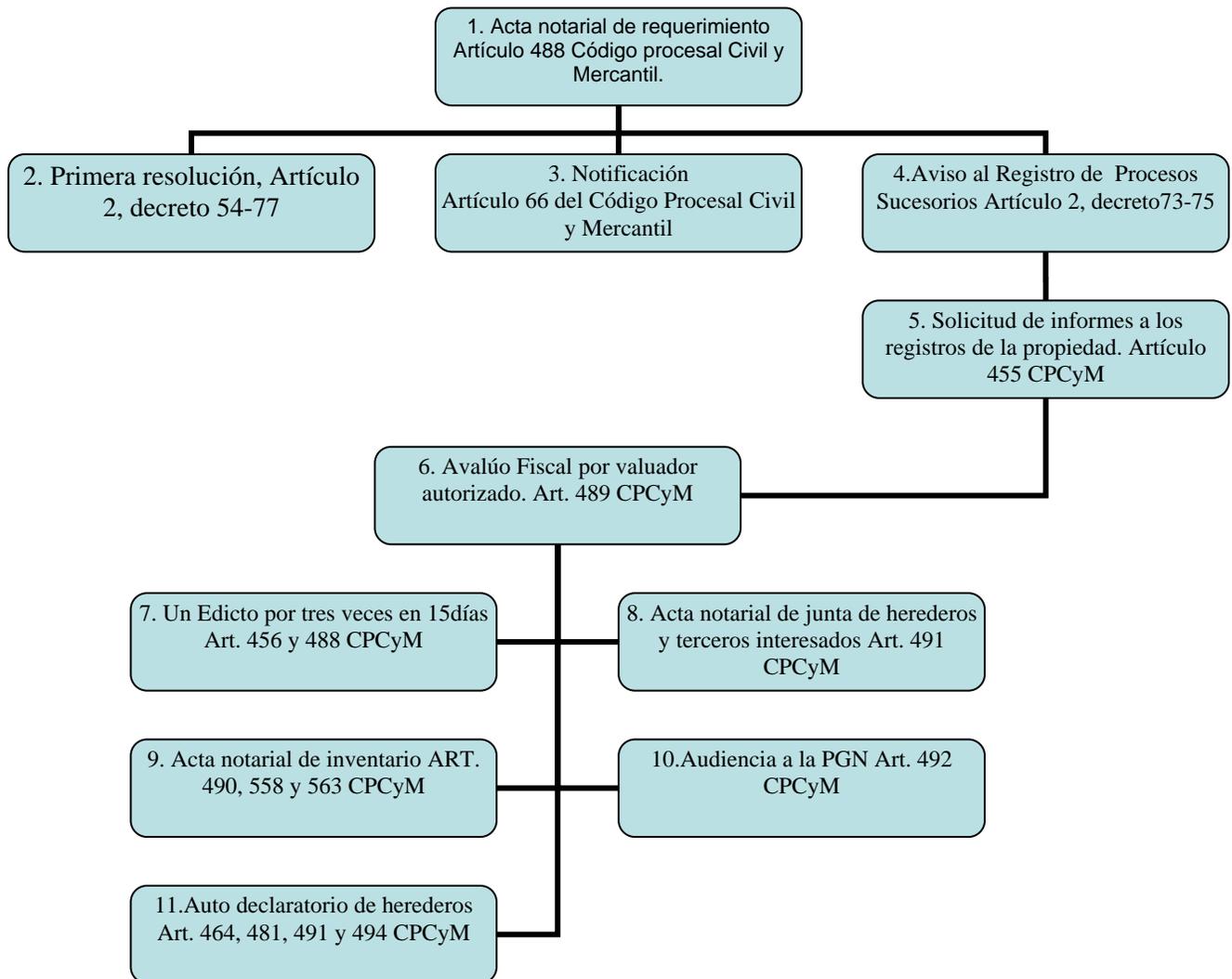
⁶⁹ **Ibíd.**, Pág. 397

La sucesión intestada es subsidiaria de la testamentaria y se abre a falta de testamento, o que éste sea nulo, o inválido por encontrarse incurso en causas *ex post facto*, o cuando el heredero testamentario no ha podido por incapacidad o no ha querido aceptar la herencia, permite suponer, lo expuesto, que el momento en que el heredero ab-intestato es llamado, no coincide a veces con el de la muerte del causante.

4.8. Desarrollo en la actualidad

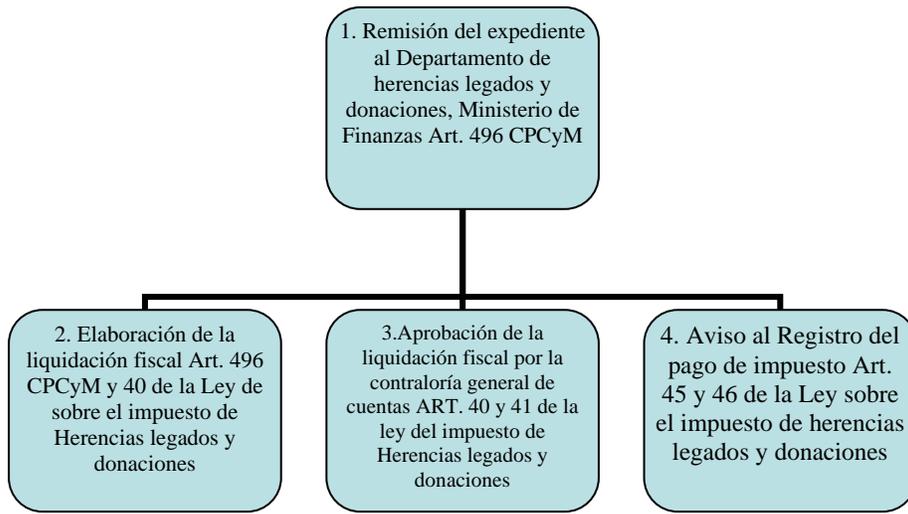
4.9. Proceso sucesorio intestado y testamentario extrajudicial, esquema

FASE NOTARIAL



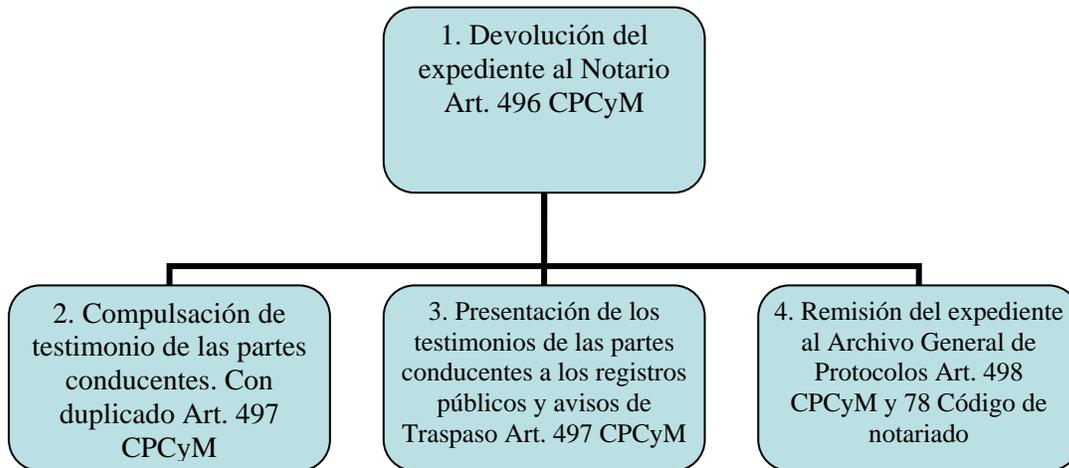
Fuente: Alvarado Sandoval, Ricardo y Gracias González, José Arturo. **Procedimientos notariales dentro de la jurisdicción voluntaria guatemalteca.**

FASE ADMINISTRATIVA Y REGISTRAL



Fuente: Alvarado Sandoval, Ricardo y Gracias González, José Arturo. **Procedimientos notariales dentro de la jurisdicción voluntaria guatemalteca.**

FASE REGISTRAL



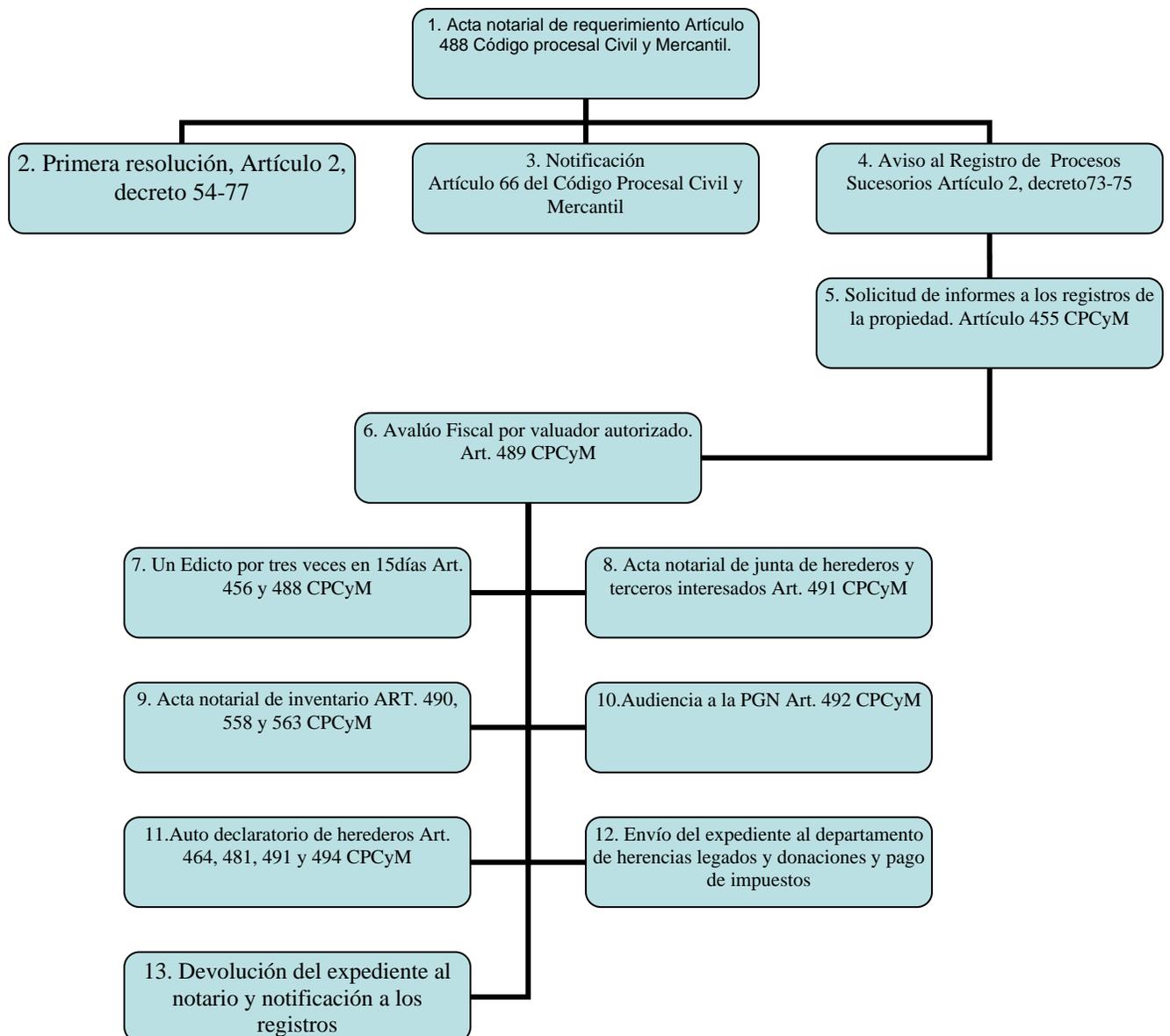
Fuente: Alvarado Sandoval, Ricardo y Gracias González, José Arturo. **Procedimientos notariales dentro de la jurisdicción voluntaria guatemalteca.**

4.10. Leyes aplicables

Las leyes aplicables en el desarrollo del proceso sucesorio hereditario intestado y testamentario son el Código Civil, el Código Procesal Civil y Mercantil además del Código de Notariado y la Ley de herencias legados y donaciones.

4.11. Esquema del procedimiento abreviado de sucesión hereditaria

Con el fin de lograr un aporte a la sociedad guatemalteca, en cuanto al procedimiento de sucesión hereditaria testamentaria he desarrollado un procedimiento con el fin de lograr que este sea desarrollado de una manera más rápida y eficiente, ya que en la actualidad es sabido que este es demasiado engorroso.



Como es evidente se ha reducido el procedimiento haciendo únicamente lo que es más necesario, con el fin de lograr celeridad en el procedimiento, además se debe tomar en cuenta que los plazos para el desarrollo del mismo serán de tres días para cada paso, con pena de multa a quien incurra en violación de dicho plazo, es decir, que el procedimiento se ventilará en no más de 39 días hábiles, logrando así un proceso

sucesorio testamentario mas rápido y confiable en comparación con el actual proceso sucesorio testamentario e intestado ya que ambos necesitan del mismo proceso para lograr la declaratoria de herederos, además de atender los intereses de cada uno de las partes.

CONCLUSIONES

1. Se observa ineficiencia en la regulación guatemalteca respecto al trámite del proceso sucesorio testamentario en virtud de que al desarrollarse no responde a las necesidades de urgencia para ponerle fin a dicho proceso debido a cada uno de los engorrosos plazos por los que está compuesto y a cada una de las etapas que lo conforman.
2. La degradación de los derechos de los beneficiarios a la sucesión hereditaria testamentaria se ve afectada muchas veces en virtud de que son demasiados pasos que satisfacer antes de que se logre la última voluntad del causante, siendo ésta la declaratoria de herederos.
3. Falta una visión que vaya encaminada a lograr que se desarrollen los derechos de los interesados de una forma pronta y cumplida con el solo objeto de que se vean correspondidas las partes en sus derechos como herederos, y que no se viole así el principio de celeridad procesal.
4. El proceso sucesorio testamentario en la legislación guatemalteca no atiende los intereses de los posibles beneficiarios en virtud de que la ley no crea una forma fácil y sencilla de arribar a estos beneficios para los herederos del *cujus*, porque el trámite actual cuenta con una serie de etapas que hacen que el mismo sea engorroso, poniendo así en riesgo los derechos de los herederos.

5. La redacción actual de la ley que regula lo referente al proceso sucesorio intestado y testamentario, no es realista en la forma en la que se desarrolla, debido a la falta de celeridad existente en el trámite actual, provocando con ello que los beneficiarios pasen por una serie de fases y etapas para lograr declararse herederos.

RECOMENDACIONES

1. El Congreso de la República de Guatemala debe contemplar en la legislación guatemalteca actual un trámite del proceso sucesorio testamentario de una forma abreviada, eficiente y eficaz con el único fin de lograr que cada una de las etapas y plazos con los que cuenta dicho trámite se desarrollen de la manera más rápida posible, a través del trámite abreviado del proceso sucesorio testamentario.
2. El Congreso de la República de Guatemala debe fortalecer el marco legal desarrollando otro trámite del proceso de sucesiones hereditarias testamentarias para que los derechos de los interesados no se vean violentados y afectados de cierta forma por razón de la tardanza en dicho trámite y así se pueda cumplir la voluntad del testador.
3. Que el Estado expanda su visión atendiendo lo referente a la justicia pronta y cumplida, es decir, que los derechos de los herederos sean atendidos de una forma sin más trámites engorrosos, cumpliendo así el principio de celeridad procesal.
4. El Congreso de la República de Guatemala debe desarrollar una política encaminada a lograr que se haga uso de todos los beneficios del nuevo proceso sucesorio testamentario con el objeto de que éste sea de una forma abreviada

para salvaguardar los intereses de los herederos y así estos puedan ser declarados herederos y tomar posesión y cumplir la última voluntad del testador.

5. El Congreso de la República de Guatemala debe eliminar la fase administrativa y registral con la que cuenta actualmente el proceso sucesorio testamentario unificando las mismas al trámite abreviado, haciendo únicamente lo que es necesario, con el fin de lograr la celeridad en el procedimiento, atendiendo así los intereses de las partes.

BIBLIOGRAFÍA

ABELLA, Adriana. **Derecho Notarial. Derecho documental responsabilidad notarial.** 2º. ed. Buenos Aires, Argentina. Ed. Sophos. 2004.

BARRETO, Augusto. **Derecho notarial y competencia notarial en asuntos no contenciosos.** 1ª. ed. Perú. Ed. Fecat. 1998

BOLLINI, Jorge. **Función notarial y jurisdicción de la función judicial.** 1ª. ed. Perú. Ed. Marisol. 1995

BONANENTE, Juan José. **Los notarios y la sucesión.** 2ª. ed. Madrid España. Ed. Ius Esp. 2000.

PIERO, Calamandrei. **Instituciones de derecho procesal civil.** 1ª. ed. Argentina. Ed. Jurídicas America. 1953.

CASTILLO OGANDO, Nelson Rudys. **Manual de derecho notarial.** 1ª. ed. República Dominicana. Ed. Dalis-moca. 2,000.

CORCUERA, Augusto. **Historia del Notario y Juez en México.** 2ª. ed. México. Ed. Sepan Cuantos. 2,004.

CUBA OVALLE, Luis Alfredo. **Tratado elemental de derecho notarial.** 3ª. ed. Perú. Ed. Adrus. 2,006.

DE DIOS, Leonel. **Derecho Notarial**. 2ª. ed. México. Ed. Sepan Cuantos. 2004.

FORGUERA, Augusto. **La sucesión hereditaria**. 4ª. ed. Madrid, España. Ed. C&A. 2004.

GAMARRA, Francisco. **Estudio doctoral de la sucesión hereditaria en España**. 1ª. ed. Madrid, España. Ed. C&A. 2004.

GONZALEZ, Carlos Emerito. **Teoría general del instrumento público**. 1ª. ed. Argentina. Ed. Ediar. 1,953.

LÓPEZ PRESCIO, Edgardo. **Nociones de derecho procesal**. 1ª. ed. Argentina. Ed. Publishedin. 1,987.

PAPÚA, Pablo, **Albores del derecho notarial en América**. 3ª. ed. Colombia. Ed. Colombiann. 2003.

PÉREZ FERNANDEZ DEL CASTILLO, Bernaldo. **Derecho Notarial**. 1ª. ed. México. Ed. Porrua S.A. 1,983.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la filosofía del derecho**. 1ª. ed. México. Ed. Porrua S.A. 1,977.

REALE, Miguel. **Introducción al derecho**. 1ª. ed. Sao Paulo. Ed. Saraiva. 1,988.

RENTI, Enrico. **Derecho procesal civil, tomo I**. 1ª. ed. Argentina. Ed. Depalma. 1,957.

RENTERÍA, Roberto. **Historia de la función judicial.** 3ª. ed. México. Ed. Scientae. 2004.

Revista Jurídica del Perú. **El derecho notarial y su historia.** 5ª. ed. Perú. Ed. Periedit, 2,005.

RODRIGUEZ, Luis Alberto. **Sucesiones.** 2ª. ed. Venezuela. Ed. Lirrosa. 2,003

SATTA, Juan José. **Análisis jurídico de las acciones del derecho.** 4ª. ed. México. Ed. Scientae. 2,004

SERRA DOMÍNGUEZ, César. **La jurisdicción como función.** 6ª. ed. Argentina. Ed. El tesoro de la sabiduría. 2,005.

SIERZ, Susana Violeta. **Derecho notarial concordado.** 3ª. ed. Argentina. Ed. El tesoro de la sabiduría, 2005.

Tratado teórico y práctico de derecho notarial. **Parte general.** 2ª. ed. Argentina. Ed. Ediar. 1,996.

VÁSQUEZ CAMPO, José. **Notarios.** 2ª. ed. Argentina. Ed. El tesoro de la sabiduría, 2,003.

Legislación:

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

Código Civil. Gobierno de Facto. Decreto Ley 106,1964.

Código Procesal Civil. Gobierno de Facto, Decreto Ley 107, 1964.

Ley Reguladora de la Tramitación Notarial de Asuntos de Jurisdicción Voluntaria.

Decreto 54-77 del Congreso de la República de Guatemala, 1977.

Ley de Impuesto de Herencias Legados y Donaciones. Decreto 73-75 del

Congreso de la República de Guatemala.