

**UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"OBSERVANCIA DE LAS FORMALIDADES POR PARTE DEL NOTARIO EN EL OTORGAMIENTO  
DE ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD"

TESIS DE GRADO

**BORIS ESTUARDO ESPAÑA GARCIA**  
CARNET 20065-03

QUETZALTENANGO, JUNIO DE 2018  
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

**UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

"OBSERVANCIA DE LAS FORMALIDADES POR PARTE DEL NOTARIO EN EL OTORGAMIENTO  
DE ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD"

TESIS DE GRADO

TRABAJO PRESENTADO AL CONSEJO DE LA FACULTAD DE  
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

POR  
**BORIS ESTUARDO ESPAÑA GARCIA**

PREVIO A CONFERÍRSELE  
EL GRADO ACADÉMICO DE LICENCIADO EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

QUETZALTENANGO, JUNIO DE 2018  
CAMPUS DE QUETZALTENANGO

## **AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD RAFAEL LANDÍVAR**

RECTOR: P. MARCO TULIO MARTINEZ SALAZAR, S. J.  
VICERRECTORA ACADÉMICA: DRA. MARTA LUCRECIA MÉNDEZ GONZÁLEZ DE PENEDO  
VICERRECTOR DE INVESTIGACIÓN Y PROYECCIÓN: ING. JOSÉ JUVENTINO GÁLVEZ RUANO  
VICERRECTOR DE INTEGRACIÓN UNIVERSITARIA: P. JULIO ENRIQUE MOREIRA CHAVARRÍA, S. J.  
VICERRECTOR ADMINISTRATIVO: LIC. ARIEL RIVERA IRÍAS  
SECRETARIA GENERAL: LIC. FABIOLA DE LA LUZ PADILLA BELTRANENA DE LORENZANA

## **AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

DECANO: DR. ROLANDO ESCOBAR MENALDO  
VICEDECANA: MGTR. HELENA CAROLINA MACHADO CARBALLO  
SECRETARIO: LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ

## **NOMBRE DEL ASESOR DE TRABAJO DE GRADUACIÓN**

LIC. JULIO CÉSAR ROJAS CASTILLO

## **REVISOR QUE PRACTICÓ LA EVALUACIÓN**

MGTR. MAGDALY SIOMARA DE LEÓN ULIN

## **AUTORIDADES DEL CAMPUS DE QUETZALTENANGO**

DIRECTOR DE CAMPUS: P. MYNOR RODOLFO PINTO SOLIS, S.J.

SUBDIRECTORA ACADÉMICA: MGTR. NIVIA DEL ROSARIO CALDERÓN

SUBDIRECTORA DE INTEGRACIÓN  
UNIVERSITARIA: MGTR. MAGALY MARIA SAENZ GUTIERREZ

SUBDIRECTOR ADMINISTRATIVO: MGTR. ALBERTO AXT RODRÍGUEZ

SUBDIRECTOR DE GESTIÓN  
GENERAL: MGTR. CÉSAR RICARDO BARRERA LÓPEZ

Quetzaltenango, 18 de Octubre de 2012.-

Licenciada:

Claudia Eugenia Caballeros Ordoñez

Coordinadora de Derecho, Universidad Rafael Landívar.

Campus de Quetzaltenango.

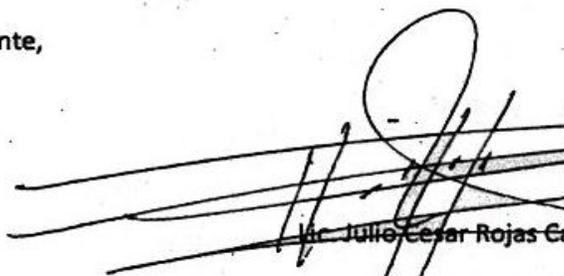
Estimada Licenciada:

Por medio de la presente me dirijo a usted, de manera respetuosa, con el objeto de informarle que el estudiante BORIS ESTUARDO ESPAÑA GARCÍA, quien se identifica con el carné número 2006503, ha finalizado la elaboración de su trabajo de tesis, titulado "OBSERVANCIA DE LAS FORMALIDADES POR PARTE DEL NOTARIO EN EL OTORGAMIENTO DE ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD".

El trabajo de tesis, a mi juicio, llena todos los requisitos necesarios, tanto académicos como de investigación correspondiente, además de cumplir con las normas estipuladas por la Universidad Rafael Landívar, por lo que extiendo el presente dictamen favorable.

Sin otro particular, me suscribo agradeciendo su atención.

Atentamente,

  
LICENCIADO  
JULIO CESAR ROJAS CASTILLO  
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Julio Cesar Rojas Castillo

Abogado y Notario

Asesor de Tesis





Universidad  
Rafael Landívar  
Tradición Jesuita en Guatemala

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
No. 071438-2017

**Orden de Impresión**

De acuerdo a la aprobación de la Evaluación del Trabajo de Graduación en la variante Tesis de Grado del estudiante BORIS ESTUARDO ESPAÑA GARCIA, Carnet 20065-03 en la carrera LICENCIATURA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES, del Campus de Quetzaltenango, que consta en el Acta No. 07118-2017 de fecha 6 de febrero de 2017, se autoriza la impresión digital del trabajo titulado:

"OBSERVANCIA DE LAS FORMALIDADES POR PARTE DEL NOTARIO EN EL OTORGAMIENTO DE ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD"

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

Dado en la ciudad de Guatemala de la Asunción, a los 28 días del mes de junio del año 2018.



LIC. CHRISTIAN ROBERTO VILLATORO MARTÍNEZ, SECRETARIO  
CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES  
Universidad Rafael Landívar

## Índice

	<b>Pág.</b>
<b>INTRODUCCIÓN.....</b>	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I</b>	
<b>DERECHO NOTARIAL .....</b>	<b>5</b>
1.1 Generalidades del derecho notarial .....	5
1.2 Derecho notarial .....	6
1.3 Características del derecho notarial .....	7
1.4 Contenido del derecho notarial .....	9
1.5 Organización del notario .....	9
1.6 El notario .....	10
1.6.1 Función notarial .....	11
1.6.2 Principios notariales.....	16
1.7 Características y requisitos propios del notario para cumplir con sus funciones .....	18
1.7.1 Directrices indispensables para el notariado en el ejercicio de su función .	18
1.7.2 La elección del notario .....	24
1.7.3 Derechos y obligaciones de los sujetos.....	25
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>OBLIGACIONES DEL NOTARIO EN RELACIÓN CON LOS ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD.....</b>	<b>26</b>
2.1 Obligaciones del notario en relación a los actos de última voluntad.....	26
2.1.1 Obligaciones del notario de conformidad al decreto 49-76 código de notariado.....	27
2.1.2 Obligaciones anteriores que debe cumplir el notario en la realización de sus funciones.....	28
2.1.3 Obligaciones simultáneas que debe cumplir el notario en la realización de sus funciones.....	32

2.1.4	Obligaciones simultáneas que debe cumplir el notario en la realización de sus funciones dentro de los actos de última voluntad.....	36
2.1.5	Obligaciones posteriores que debe cumplir el notario en la realización de sus funciones.....	38

### **CAPÍTULO III**

<b>EL TESTAMENTO .....</b>	<b>42</b>	
3.1	Testamento: concepto y caracteres.....	42
3.1.1	Capacidad para testar .....	44
3.1.2	Asistencia de testigos .....	46
3.1.3	Identificación del testador .....	47
3.1.4	Apreciación de la capacidad del testador .....	48
3.2	Clases de testamento .....	49
3.2.1	Testamentos comunes .....	49
3.2.1.1	Diferencia entre herencia y legado .....	52
3.2.2	Formas de testamentos .....	52
3.2.3	Testamento abierto.....	52
3.2.3.1	Obligaciones previas al otorgamiento de la escritura del testamento común abierto.....	59
3.2.3.1.1	Obligaciones posteriores .....	59
3.2.3.1.2	Impuestos .....	60
3.2.3.1.3	Testamento cerrado.....	60
3.2.4	Testamento ológrafo.....	64
3.5	Formas de testar prohibidas .....	67

### **CAPÍTULO IV**

<b>PRESENTACIÓN, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS.....</b>	<b>72</b>
<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>77</b>
<b>RECOMENDACIONES .....</b>	<b>79</b>

**REFERENCIAS..... 80**  
    Referencias bibliográficas..... 80  
    Referencias normativas ..... 81  
    Otras referencias ..... 81

**ANEXOS ..... 82**  
    Anexo I Modelo de entrevista ..... 82

## Resumen

La presente investigación versa en torno a la institución del notariado, que ha acompañado desde siempre a la sociedad guatemalteca, y que formó con matices particulares una línea histórica para edificar junto a cada cambio político, sus pilares jurídicos que hoy la convierten en una figura imprescindible en el desarrollo social de Guatemala.

La evolución histórica del notariado guatemalteco, tiene un profundo trasfondo que en esta investigación se escudriña, desmitificando a esta institución y permitiendo así enfocarla como un todo social, que se transforma como la propia evolución del individuo se va transformando.

El trabajo de investigación que se presenta, tiene como enfoque estudiar los actos de última voluntad que constituyen el traslado de la totalidad de derechos, obligaciones y bienes que no se extinguen con la muerte, por lo que su importancia en el ámbito del derecho es notoria, ya que dicho de otra forma lo que se traslada es una masa compleja que matiza la voluntad del causante que en ocasión de testamento o donación por causa de muerte quiere seguridad y certeza en sus propósitos que afectaran a todos sus herederos, legatarios o donatarios, seguridad y certeza que espera del derecho notarial y del notario en particular. El interés del estudio, radica en buscar una forma más eficaz de cumplir con la realización de salvaguardar la voluntad de las personas en los actos que se otorguen de forma unilateral y bilateralmente y en caso concreto en los actos de última voluntad.

## INTRODUCCIÓN

En el transcurso de la vida, toda persona efectúa un sinnúmero de actos que tienen relevancia para el ordenamiento jurídico; y que, aún después de fallecido el individuo que los produjo, deben continuar rigiendo las relaciones jurídicas de aquellos que le sobrevivan. Así, los actos de última voluntad constituyen el traslado de la totalidad de derechos, obligaciones y bienes que no se extinguen con la muerte, de la persona del causante hacia las personas que él designa (herederos, legatarios o donatarios por causa de muerte) por lo que su importancia en el ámbito del derecho es de sumo valor, partiendo de que, dicho de otra forma, lo que se traslada es una masa compleja que matiza la voluntad del causante, que con ocasión del testamento o la donación por causa de muerte, quiere seguridad y certeza en los designios que afectarán a terceras personas: seguridad y certeza que espera del derecho notarial y del notario en particular. Esta seguridad está preceptuada en la ley, por lo que su observancia debe ser estricta, ya que se está frente a un acto solemnísimo donde el derecho notarial debe actuar junto a sus principios rectores, al amparo de la ley, dotando al notario de las herramientas para que cumpla con sus funciones y roles a cabalidad.

Sin embargo, en la actualidad son muchos los litigios causados con motivo de los actos de última voluntad, cuestión que quizá no pueda ser de otra forma, ni cambiarse de manera alguna, debido a todos los intereses contrapuestos que aparecen en torno a la última voluntad de una persona, particularmente los derivados de los sujetos que se creen con derecho a suceder al causante; no obstante, lo que si puede buscarse, es una forma más eficaz de cumplir con la realización del derecho mediante el ejercicio de la pluma y la fe pública del notario, como instrumentos imprescindibles a efecto de salvaguardar la voluntad de las personas en los actos de última voluntad que, a pesar de existir una problemática en relación a la falta de eficacia de la que muchas veces adolecen, producto de prácticas del notariado erradas, sirven de fundamento para la presente investigación, que parte de un problema que es la falta de observancia de los requisitos y formalidades que preceptúa la ley en el ámbito notarial y permite de esa forma acentuar en dónde radican dichos errores. En todo caso, la presente

investigación también hace hincapié en las propias soluciones que existen para este problema, con el objeto de entretejer la relación de la excelencia notarial en la interacción del notario con el causante y el instrumento público en un acto que, como ya se dijo, es solemnísimo y que exige cautela y probidad a efecto de cumplir con la realización máxima del derecho que es puesto a prueba constantemente, y que en todos los casos debe prevalecer.

En este orden de ideas, se plantea como objetivo general de la presente investigación establecer en qué medida el notario, en el ejercicio de su profesión, hace valer las formalidades específicas durante el otorgamiento de los actos de última voluntad, como son el testamento y la donación por causa de muerte. Resulta evidente que se trata de una meta compleja, que obliga a trazar otros tantos objetivos que permitan la consecución gradual del primero. En tal virtud, es necesario formular los siguientes objetivos específicos:

- I. Conocer los criterios de selección que utiliza el notario, para determinar si un testigo es idóneo o no para fungir como tal, en el otorgamiento de actos de última voluntad.
  
- II. Establecer la influencia del criterio notarial, en la declaración de voluntad de sus clientes en actos de última voluntad.
  
- III. Determinar si en el ejercicio de la profesión notarial, se cumplen o no las formalidades legales relativas al otorgamiento de actos de última voluntad.

Los objetivos, tanto generales como específicos, permiten dar una respuesta satisfactoria a la siguiente pregunta de investigación: En el medio jurídico Quetzalteco, ¿en qué medida el notario, en el ejercicio de su profesión, hace valer las formalidades específicas durante el otorgamiento de los actos de última voluntad, como son el testamento y la donación por causa de muerte?

La elaboración de la presente monografía jurídica descriptiva permite dar respuesta a la interrogante planteada, a través de la cual es posible descomponer en sus diversos

factores, el problema de la observancia de las formalidades notariales en los actos de última voluntad. En todo caso, el trabajo realizado en la presente investigación, se orienta al estudio de las siguientes unidades de análisis: Constitución Política de la República de Guatemala, Código Civil y principalmente, el Código de Notariado.

Para la elaboración de la monografía, se establecen como alcances los siguientes: en el ámbito material, la investigación se centra en el análisis del Derecho Civil y Notarial, ya que estas dos disciplinas jurídicas tienen por objeto de estudio la intervención notarial en los actos de última voluntad, lo cual constituye el punto fundamental del presente trabajo. Temporalmente, el alcance de la investigación se circunscribe al trabajo notarial en materia de actos de última voluntad, realizado por los profesionales del notariado durante el año dos mil dieciséis. El alcance espacial del presente trabajo de tesis, se enfoca en el ámbito notarial del municipio y departamento de Quetzaltenango.

Por otra parte, en el desarrollo de la investigación se hallaron una serie de límites, dentro de los cuales destaca la falta de bibliografía, ya que es muy poco común encontrar en las bibliotecas o librerías, material bibliográfico que trate específicamente sobre la problemática inherente al ejercicio de la función notarial en los actos de última voluntad; lo cual fue superado a través de la consulta por medio de entrevista a distintos notarios de la ciudad de Quetzaltenango.

Las entrevistas indicadas, se realizaron con el auxilio de la guía de entrevista que obra en los anexos del presente trabajo de tesis, a través de la cual fue posible recabar la información proporcionada por los sujetos de la investigación, los cuales, como notarios en ejercicio de su profesión dentro de la ciudad de Quetzaltenango, y como fuentes directas de información, proporcionan datos invaluable para la resolución de la pregunta de investigación.

En este sentido, la presente investigación ofrece como principal aporte para la sociedad guatemalteca, una exposición objetiva en relación con el cumplimiento de las formalidades notariales en los actos de última voluntad en la ciudad de Quetzaltenango.

Asimismo, también aporta soluciones viables para enfrentar la problemática inherente a dicha materia. De conformidad con todo lo anteriormente señalado, es posible concluir que la investigación entrega a todos los guatemaltecos, la posibilidad de profundizar en el conocimiento de la función notarial relativa a los actos de última voluntad, y más concretamente, a conocer integralmente, el cumplimiento de las formalidades notariales aplicables a las mismas.

# **CAPÍTULO I**

## **DERECHO NOTARIAL**

La seguridad que necesariamente deben ofrecer las normas jurídicas es una de las exigencias fundamentales para el adecuado desenvolvimiento de las relaciones humanas. De conformidad con el artículo 2 de la Constitución Política de la República de Guatemala, es deber del Estado guatemalteco proporcionar esta clase de seguridad a sus habitantes. En el caso de la suscripción de actos y negocios jurídicos, particularmente en lo relativo a los contratos y testamentos, la seguridad jurídica estatal se manifiesta a través de la función notarial, que resulta de gran importancia porque sin esta, los guatemaltecos que emiten diariamente todo tipo de declaraciones de voluntad con contenido patrimonial, no podrían alcanzar el grado de certeza suficiente respecto a que la misma producirá los efectos jurídicos deseados, así como que tendrían recelo fundado en cuanto a estar expuestos a defraudaciones o cualesquiera otro tipo de actos de esta índole. En tal virtud, surge el Derecho Notarial, objeto de estudio del presente capítulo, y cuya finalidad radica en ofrecer seguridad jurídica por medio de la actuación notarial. Dentro del capítulo en mención, se abordarán los conceptos fundamentales del Derecho Notarial: la organización del notariado y la función notarial, con el consiguiente análisis jurídico doctrinario de los principios generales aplicables a esta rama del ordenamiento jurídico, sus generalidades, características y contenido, para concluir abordando el estudio de las obligaciones específicas del notario respecto al ejercicio de su función pública.

### **1.1 Generalidades del derecho notarial**

Es innegable en esta coyuntura la valiosa contribución del notario en la relación de la historia y del presente, en los actos en que participa en virtud de esa investidura, facultad que es protagonista en casi todos los actos de la voluntad humana, pues actúa directamente en dar certeza de las decisiones de los hombres y contribuye en gran medida a la transparencia de los actos que ante él se realizan que dicho de otra forma

se traduce en legalidad y justicia: por lo cual el amplio campo que abarca la función notarial en una sociedad pasa por casi todos los actos de importancia en la vida de los seres humanos y trasciende mucho más allá de la vida, cuando actúa directamente en la muerte de estos en relación a las declaraciones de última voluntad de un individuo, que físicamente se extingue pero cuyos efectos reales y patrimoniales subsisten junto a su voluntad gracias al estricto talante y menester de la fidelidad del notario. De esa forma en pro de la construcción de un esquema que permita visualizar la importante labor del notario en los menesteres de la vida y particularmente en los actos de última voluntad, es necesario conocer lo que gira en torno de la función notarial empezando para el efecto a tejer una conceptualización de lo que es el derecho notarial, enmarcándolo por una definición que contenga los elementos necesarios para etiquetar al notario en su función imprescindible en los actos de última voluntad.

## **1.2 Derecho notarial**

Tal como lo afirma el jurista Oscar Salas el derecho notarial puede ser definido como el conjunto de doctrinas y de normas jurídicas que regulan la organización del notariado la función notarial y la teoría formal del instrumento público.<sup>1</sup> He aquí uno de las definiciones más básicas de derecho notarial que sobre una rama de la ciencia del derecho se dibuja para comprender la participación del notario en los actos de última voluntad desglosando dos de sus elementos primordiales los cuales son por una parte la organización del notariado debido a que su estudio y estructura giran en torno a la autonomía del orden en que se funda la institución del notariado y por otra parte se ha visualizado en esta definición se tiene a la función notarial que no es más que aquel oficio que realiza dentro del marco de la ley el notario que cumple con ciertos lineamientos para el cumplimiento de su menester dentro de la sociedad rol eminentemente formalista que en su idoneidad debe cumplir el notario con el objeto de lograr su razón de ser dentro del ámbito social en que se desarrolla. Por su parte Fernando José Quezada Toruño da una definición de derecho notarial la cual dice que

---

<sup>1</sup> Salas Oscar. Derecho Notarial de Centroamérica y Panamá, San José, Costa Rica. Editorial Costa Rica, 1,973, pág. 15, 16, 17.

el derecho notarial es la rama del derecho público que estudia la actividad del notario público en los diferentes sistemas notariales, por lo cual es claro que no se limita al estudio del protocolo notarial y escritura pública, sin embargo, esto ha generado una serie de discusiones, en tal sentido la rama del derecho estudiada regula y estudia otros temas además del mencionado como son las funciones notariales, responsabilidad notarial, procesos notariales, instrumentos públicos notariales protocolares, instrumentos notariales extra protocolares, entre otros temas, los cuales son propios del derecho notarial, y deben ser tratados en el derecho comparado<sup>2</sup> definición que por mucho amplía la conceptualización del notariado expandiéndolo más en sus funciones y que no obstante encuadra la naturaleza del derecho notarial como naturaleza pública contradictoriamente a las anteriores definiciones permite una amplia gama de funciones notariales que van más allá de la realización del Instrumento Público, tocando el fondo de lo que el notario realiza en su menester como los procesos notariales que la legislación guatemalteca define como procesos de jurisdicción voluntaria, al mismo tiempo esta definición más allá del protocolo y el instrumento público resalta la importancia de los documentos extra protocolares que el mismo notario redacta, como lo son las actas de legalización y las actas notariales en sus distintas formas, por otra parte esta definición expansiva refiere la importancia de la responsabilidad del notario en cada uno de los actos en que participa como medio de aseguramiento de la ley del cumplimiento del fin del derecho notarial, tocando de otra forma un tema de gran importancia como es la idoneidad del notario en cuanto a sus características para el cumplimiento eficiente de la función notarial antes, de lo cual es importante escudriñar una definición de notario que permita convencer la importancia de este en todos los actos que realiza particularmente en los actos de última voluntad, que dentro de esta investigación conjuga el foco de atención.

### **1.3 Características del derecho notarial**

Doctrinaria y pragmáticamente sea desde el sentido común o desde el campo

---

<sup>2</sup> Quezada Toruño, Fernando José. *Derecho Notarial Tres*, Instituto Guatemalteco De Derecho Notarial. Guatemala, 1,972, Pág. 9

eminentemente de la ciencia, se puede afirmar con propiedad que el derecho notarial posee características que le son propias, las cuales coinciden la mayoría de juristas que son las siguientes:

- a) Actúa dentro de la llamada fase normal del derecho donde no existen derechos subjetivos en conflicto.
- b) Confiere certeza y seguridad jurídica a los hechos y actos solemnizados en instrumentos públicos.
- c) Aplica el derecho objetivo condicionado a las declaraciones de voluntad y a la ocurrencia de ciertos hechos de modo que se creen, concreten o robustezcan los derechos subjetivos.
- d) Es un derecho cuya naturaleza jurídica no puede encasillarse en la tradicional división entre el derecho público y el derecho privado. Se relaciona con el primero en cuanto los notarios son depositarios de la función pública de dar fe, y con el derecho privado por qué esa función se ejerce en la esfera de los derechos subjetivos de los particulares y porque el notario latino típico es un profesional libre desligado totalmente de la burocracia estatal.<sup>3</sup>

En todas estas características observamos indistintamente la razón de ser del notariado por medio de la investidura que otorga al notario, explicándolo mejor tenemos que el notario pretende mediante la fe que la ley le otorga dar certeza y seguridad jurídica a toda aquella persona que realiza un acto de trascendencia en un estado donde no existe aún un litigio o conflicto previendo precisamente dicho litigio, y salvaguardando la voluntad de las personas que ponen en juego sus intereses ante el notario que en su menester aplica un derecho difícil de encasillar en el derecho público o derecho privado puesto que dicha función que cumple el notario trasciende en casi todos los actos que realiza el ser humano.

---

<sup>3</sup> Muñoz, Nery Roberto. *Introducción al estudio del Derecho Notarial*, Guatemala, Infoconsult Editores. Séptima Edición, 2,000. Pag.4

## **1.4 Contenido del derecho notarial**

En cuanto al contenido del derecho notarial su estudio se hace necesario debido a que partiendo de él se puede conocer el encuadramiento de la función que cumple el notario, así como sus límites en relación a la organización del notariado, su régimen jurídico, la formalidad del notario ante el instrumento público, contenido que con la importancia señalada se detalla a continuación

## **1.5 Organización del notariado**

- a) El derecho notarial incluye, como parte fundamental, las normas relativas al titular de la función notarial el escribano o notario. En este campo se pueden estudiar los requisitos para el ingreso en la carrera, los impedimentos e incompatibilidades para el ejercicio del notariado, la competencia notarial y lo referente a la responsabilidad civil, penal y profesional a que está sujeto. Así mismo, en aquellos casos de excepción en que el notariado es de otra clase, habrá que estudiar todo lo relativo a su competencia en el orden notarial. Esta primera parte está compuesta por normas de carácter administrativo.
- b) Régimen jurídico de la función notarial: Se incluyen aquí las normas que regulan los diversos aspectos o fases de dicha función y los efectos jurídicos que produce su ejercicio, que es de vital importancia para el derecho notarial las relaciones humanas. Esta segunda parte está compuesta fundamentalmente por normas de derecho privado, de carácter material o sustantivo
- c) Régimen formal del instrumento público: El derecho notarial abarca, además, el instrumento público esta tercera parte está formada, casi exclusivamente, por normas de derecho privado de tipo adjetivo o formal aquí se incluye todo lo relativo a protocolo, escrituras, actas, testimonios y certificación y copias.

## 1.6 El notario

Mucha es la importancia del notario en la vanguardia de la sociedad que precisamente hoy en día toda persona ante la necesidad de actos notariales acude sin más ante un notario para satisfacer dicha necesidad y de esa forma disfrutar de los efectos de los actos autorizados por el notario, pero no obstante pocos pueden decir con propiedad lo que es un notario cuestión que le corresponde con compromiso a los estudiosos del derecho que con cada elemento deben erigir el rompecabezas de definir al notario de la vida moderna sin quitarle ninguno de sus atributos en virtud de la función y rol que cumplen dichos personajes dentro de la sociedad.

De esa forma se tiene el análisis de diversos juristas que califican al notario partiendo de su trabajo, mismo que deviene única y exclusivamente de las atribuciones que la ley le otorga por lo que para contribuir a edificar una construcción científica que conceptualice al notario en relación a su oficio, se hace necesario en primer término acudir a la propia ley y así desglosar lo que el código de notariado guatemalteco establece al respecto de la definición de notario la cual en su artículo primero refiere: El Notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte<sup>4</sup>, referencia de dicho articulado que sin manifestar expresamente, que según el ordenamiento guatemalteco, esta es su definición de notario, ya que tácitamente lo expresa como tal debido que al referirse al notario lo hace aportando ciertos elementos que le son propios al notario guatemalteco, como la fe pública, la legitimidad para hacer constar y autorizar actos, la capacidad de autorizar y realizar contratos, siempre que sea por disposición de la ley o a requerimiento de miembros de la sociedad, cuestión última que es de suma importancia para definir al notario pues hace presumir que el notario actúa siempre con el objeto de satisfacer una necesidad y cumplimentar un requerimiento haciendo ver a primera vista al notario como un servidor público.

En ese mismo orden de ideas, pero doctrinariamente en un análisis más exhaustivo se

---

<sup>4</sup> Código de notariado decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala, artículo 1.

tiene que para Manuel Ossorio, el Notario en términos de la Ley del Notariado española, “funcionario público autorizado para dar fe, conforme a las leyes, de los contratos y demás actos extrajudiciales”. El vocablo, con exclusivo empleo en Europa, reemplaza al anterior de escribano, arcaísmo que persiste en la Argentina y otros pueblos, en parte por algún reparo eufónico, desdeñable en absoluto, contra notario.<sup>5</sup> definición de alto espectro que robustece el que hacer del notario al señalar que en su menester el notario configura, autentica, autoriza y resguarda los documentos que el mismo realiza, así como da certeza al objeto material que es la necesidad para la cual fue requerido.

Por otra definición de notario precisa que notario es todo aquel que haya completado los estudios universitarios exigidos para la obtención de dicho título, pero para cumplir con su misión específica de dar autenticidad a las declaraciones, actos o hechos que se formulan o desarrollan ante él, cuando para ello es requerida su presencia, debe tener la categoría de notario o escribano público.<sup>6</sup> Definición que dicta algo a simplemente evidente pero que adquiere demasiada importancia al meterse en materia tal cual es el caso de los requisitos que la ley establece para que el notario funja como tal, requisitos que la propia ley guatemalteca regula en el artículo dos del código de notariado tema que conlleva a la necesidad de penetrar más en su esencia a efecto de conocer lo elemental en cuanto a sus requisitos y características personales que debe de ser idóneas al notario.

### **1.6.1 Función notarial**

Esta profesión debe ser un servicio a la comunidad y no un negocio; que se requieren estudios jurídicos y éticos muy profundos, sólidos y universales, y que el notariado es una profesión especializada, incompatible con cualquier trabajo u ocupación, particular o pública, para la cual es imprescindible poseer una verdadera vocación y una actitud

---

<sup>5</sup> Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta. Argentina, 2004. Pág 619.

<sup>6</sup> Ib. dem.

de servicio, estudio e independencia.

El estudioso de Derecho, Don Luis Carral y de Teresa, al respecto manifestaba:

“Cuando el hombre que ejerce el notariado no tiene el amor por su profesión, en vez de dignificar ésta, la envilece; y como en el pasado se han dado muchos casos de ineptos y de mercenarios de la profesión, se explican los retratos de Notarios indignos, mezquinos e ignorantes, presentados por maestros de la talla de Moliere, de Quevedo y de tantos otros.”<sup>7</sup>

La actividad del Notario consiste en escuchar, interpretar y aconsejar a las partes; preparar, redactar, certificar, autorizar y reproducir el instrumento. El Notario debe desarrollar tal actividad de la siguiente manera:

a) Escuchar: Cuando alguna persona desea celebrar algún contrato o se encuentra envuelta en un problema jurídico, acude al Notario, y en una primera audiencia, le plantea sus conflictos, los cuales son escuchados con atención. El Notario trata de conocer todas las circunstancias que le puedan dar oportunidad de entender la inquietud de las partes y sus alcances. Probablemente en el bosquejo de las situaciones de hecho presentadas ante su consideración, existan matices que es preciso aclarar, de los que pudieran resultar consecuencias que los clientes no se habían imaginado.

El autor Nery Roberto Muñoz considera a esta como la fase Receptiva e indica que “esta actividad la desarrolla cuando al ser requerido, recibe de sus clientes en términos sencillos la información.”<sup>8</sup>

b) Interpretar: El Notario después de escuchar a sus clientes, se sensibiliza y busca los motivos y causas que han tenido para llevar a cabo una operación, interpretando su voluntad y pretendiendo descubrir sus deseos y el modo de satisfacerlos dentro del

---

<sup>7</sup> Carral y de Teresa, Luis. *Derecho notarial y Derecho registral*. México, Editorial Porrúa. Quinta Edición, 1994. Pág. 9.

<sup>8</sup> Muñoz, Nery Roberto. *Introducción al Estudio del Derecho Notarial*, Guatemala C.A. Séptima Edición. Pág. 25.

ámbito jurídico.

c) Aconsejar: Una vez que los problemas han sido establecidos por las partes y asimilados por el Notario, éste dentro de su repertorio jurídico, se encuentra en actitud de dar un consejo eficaz. Es muy frecuente que un planteamiento jurídico tenga diferentes soluciones, las cuales pueden encontrarse en los negocios jurídicos típicos o buscando una solución atípica particular, se podrá decir, un "traje a la medida". La capacidad, preparación jurídica, conocimientos y experiencia del Notario, son fundamentales para dar una solución y aconsejar lo más adecuado ante los hechos presentados por sus clientes.

A estas dos últimas el Autor Nery Roberto Muñoz las considera como la fase Directiva o Asesora e indica que "Por ser el Notario un Jurista, puede asesorar o dirigir a sus clientes, sobre el negocio que pretenden celebrar, aconsejando sobre el particular".<sup>9</sup>

d) Preparar: Para la preparación y redacción de una escritura pública, se necesitan cumplimentar requisitos previos a la firma. Nery Roberto Muñoz a esta como la fase legitimadora ya que el Notario tiene la obligación de verificar que las partes contratantes, sean efectivamente las titulares del derecho, estando obligado a calificar la representación en los casos que se ejercite, la cual conforme a la ley y a su juicio debe ser suficiente.<sup>10</sup>

e) Redactar: Para la redacción es necesario expresarse con propiedad, claridad y concisión. Además, el Notario debe utilizar lenguaje jurídico.

Las partes han expresado su deseo. El Notario califica y determina el tipo de acto jurídico de que se trata y procede a la redacción de las cláusulas en las que vuelca su creatividad de profesional del derecho, demostrando su calidad de jurisconsulto. Desarrolla su labor de perito en derecho reconocida por la ley, así como su práctica en la redacción adquirida a través de la experiencia. Gracias a su estudio, conoce cuáles

---

<sup>9</sup> Loc. Cit.

<sup>10</sup> Loc. Cit.

son las disposiciones que integran el orden jurídico, sabe adecuarlas y ordenarlas para formar el instrumento necesario a las partes. La redacción de las cláusulas requiere de sabiduría legal y responsabilidad profesional para evitar que en el contrato se declare como verdadero aquello que no es cierto, de suerte que prevalezca el orden jurídico y la buena fe.

Si la redacción del clausulado es jurídicamente correcta y se usa propiedad y sencillez en el lenguaje, no habrá conflicto entre las partes.

Esta es la fase modeladora, ya que cuando se desarrolla esta actividad, el Notario le está dando forma legal a la voluntad de las partes, encuadrándola a las normas que regulan el negocio.<sup>11</sup>

f) Certificar: En la certificación el Notario da fe adecuando la función notarial al caso particular. Es la parte donde manifiesta el contenido de su fe pública, que es fe de existencia de los documentos relacionados en la escritura; fe de conocimiento; fe de lectura y explicación del instrumento; fe de capacidad de los otorgantes y finalmente, fe de otorgamiento de la voluntad.

g) Autorizar: La autorización de la escritura es el acto de autoridad del Notario que convierte al documento en auténtico, quien tiene un respaldo del Estado por la Fe pública que ostenta, da eficacia jurídica al acto de que se trate, permite, en el caso de un hecho, que las circunstancias asentadas produzcan los efectos de prueba plena.

La autorización como lo expresa la doctrina española, es el acto del autor y creador de la escritura o del acta notarial.

A esta se le denomina según Nery Roberto Muñoz como la fase autenticadora, toda vez que al estampar su firma y sello el Notario, le está dando autenticidad al acto o contrato, por lo tanto, estos se tendrán como cierto o auténticos, por la fe pública de la cual está

---

<sup>11</sup> *Ibíd.* Pág. 26.

investido, y tendrán tal carácter, mientras no se pruebe lo contrario.<sup>12</sup>

h) Reproducir: El Notario satisface plenamente a los ideales de seguridad jurídica no sólo por la actividad examinadora que integra su función, sino también porque responde a los principios de conservación y reproducción del documento.

En los documentos privados no hay la posibilidad de reproducción, pues a diferencia del notarial, no existe una matriz que lo conserve en forma permanente.

El protocolo pertenece al Estado y es conservado por el Notario.

Accesorio a estas actividades netamente notariales, las leyes tributarlas le imponen al Notario obligaciones fiscales. Además, si un documento es inscribible en el Registro de la Propiedad, el Notario normalmente se encarga de su inscripción.

En el Registro de la Propiedad la inscripción de derechos reales sobre bienes inmuebles o cualquier derecho real o posesión sobre los mismos, no tiene el carácter de sustantivo ni de constitutivo, solo declarativo, pues el acto jurídico o el contrato se perfeccionan fuera del Registro Público con el solo consentimiento otorgado en la forma establecida por la ley.”<sup>13</sup>

Así pues, es evidente que en todas estas etapas debe caracterizar al Notario su imparcialidad, espíritu conciliador, discreción en los secretos recibidos, equidad en el cobro de los honorarios, preparación técnica y jurídica; desempeño personal; y cumplimiento de las normas éticas y jurídicas.

De no actuar conforme a estos deberes puede incurrir en responsabilidad civil, penal o disciplinaria.

---

<sup>12</sup> Loc. Cit.

<sup>13</sup> Del Castillo, Bernardo Pérez Fernández. *Ética notarial*. México, Editorial Porrúa. Tercera Edición, 1,994. Págs. 148-150

El notariado actual es herencia de una gran tradición histórica que, desde una perspectiva social coloca a la profesión en un sitio privilegiado.

Representa el esfuerzo de generaciones que con honestidad y trabajo han dado honor y prestigio a tan noble tarea.

Bernardo Pérez Fernández del Castillo, en su *Ética notarial* comenta: “La coyuntura de nuestro tiempo, lleno de cambios vertiginosos tanto políticos como sociales y económicos, nos obligan a buscar una adaptación constante al mundo moderno, de tal manera que la profesión notarial continúe mostrando su sello de utilidad y permanencia al ser humano. La continuidad, conservación e incremento de ese prestigio moral e intelectual, es una responsabilidad histórica que corresponde a todo Notario.”<sup>14</sup>

### **1.6.2 Principios notariales**

Dentro de los principios rectores de la disciplina notarial, se encuentran los siguientes:

- a) **Fe Pública:** Es esa certeza, eficacia, firmeza, asentimiento, verdad que tiene el poder público representado por el notario cuando éste interviene en cada acto, documento o contrato. Es la autoridad legítima para que otorgue autenticidad en la relación de verdad entre lo dicho, lo ocurrido y lo documentado.
  
- b) **De la Forma:** El notario debe conocer con exactitud cómo se debe exteriorizar la expresión de voluntad de las partes, teniendo especial cuidado en los requisitos de validez de cada una de las figuras jurídicas. Es responsabilidad de él la formalización y conocimiento de las mismas.
  
- c) **De Autenticación:** El instrumento auténtico es aquel que está garantizado en su certeza, seguridad jurídica por haber intervenido el notario como delegado del Estado. Por tal motivo, dicho instrumento o documento tendrá presunción privilegiada de veracidad y gozará de una credibilidad que hará prueba por sí mismo de su

---

<sup>14</sup> *Ibíd.* Pág. 12.

contenido otorgando coacción para su imposición. Mediante la firma y el sello se establece que un hecho o acto ha sido comprobado y declarado por un Notario.

- d) De Inmediación: Relación directa e inmediata del notario al presenciar hechos u actos que tenga que documentar. Es la presencia física en el mismo momento que ocurren los acontecimientos, y que el escribano constata y documenta. La función notarial demanda un contacto entre el Notario y las partes, y un acercamiento de ambos hacia el instrumento público.
- e) De Rogación: El notario no actúa de oficio, sino a requerimiento de parte. Dentro de las funciones del notario está la de calificar el negocio o acto jurídico que las partes quieren celebrar o el hecho que se dispusieron comprobar.
- f) De Consentimiento: El consentimiento debe estar libre de vicios, si no hay consentimiento no puede haber autorización notarial. La ratificación y aceptación, que queda plasmada mediante la firma de o los otorgantes.
- g) De Unidad del Acto: Establece la simultaneidad en el tiempo respecto de las distintas etapas de una escritura pública. La presencia del notario, de las partes, y de los testigos, en su caso, debe ser única y sin interrupción o suspensión al momento de la lectura y posterior suscripción del documento o instrumento público.
- h) De Protocolo: Es uno de los más importantes, porque exige el protocolo o libro de registro numerado, rubricado o sellado, en donde se encuentran todas las escrituras ordenadas cronológicamente. Se le tiene como un elemento de necesidad por las ventajas que reporta a las garantías de seguridad jurídica, eficacia y fe pública.
- i) Seguridad Jurídica: Este principio se basa en la fe pública que tiene el Notario, por lo tanto, los actos que legaliza son ciertos, existe certidumbre o certeza.

j) De Publicidad: Los actos que autoriza el Notario son públicos; por medio de la autorización notarial se hace pública la voluntad de la personal. Este principio de publicidad, tiene una excepción, y se refiere a los actos de última voluntad, testamentos y donaciones por causa de muerte

### **1.7. Característica y requisitos propios del notario para cumplir con sus funciones**

Debido a su importante función en el pleno de la sociedad el notario o escribano es convertido en un ente provisto de alta investidura el cual antes de serlo debe acercarse a la idoneidad de lo que la sociedad por medio de la ley matiza en las expectativas que de un notario se espera y se exige por lo que tanto el notario histórico como el notario contemporáneo requiere en la coyuntura un perfil lleno de características volitivas, intelectuales, de conocimiento y hasta físicas en muchos casos, coyuntura que cambia durante la historia atendiendo a las propias necesidades de la sociedad

#### **1.7.1. Directrices indispensables para el notariado en el ejercicio de su función**

Desde que la institución del derecho notarial se erigió en Guatemala el poder legislativo siempre procuro por mantener la solemnidad en lo referente a las notarías y notarios o escribanos plasmando para el efecto en ley requisitos fundamentales para ejercer el notariado algo que más allá de ser letrea muerta fue estrictamente cumplido mucho antes de que el notariado fuera una carrera universitaria tal cual es el caso del periodo histórico post independentista donde la figura del escribano sobresalía por su alta investidura y el recelo en que el poder Estatal procuraba en pro de los propios escribanos recelo que lejos de ser un acto de egoísmo o intereses mezquinos era una forma de preservar el derecho de todo ciudadano que necesitaba de la función notarial

De esa forma se tienen los requisitos para ejercer el notariado en la época independentista guatemalteca los cuales eran los siguientes:

a) Ser persona lego y no eclesiástica

- b) Tener 25 años de edad.
- c) Haber adquirido la competente instrucción que sea aprobada con certificación de práctica de dos años antes, uno de los juzgados municipales y en otros ante los tribunales de instancia, calificándose ante el Tribunal Supremo de Justicia.
- d) Información previa sobre sus buenas costumbres.
- e) Presentar el título ante la justicia y ayuntamiento del pueblo donde se estableciera.<sup>15</sup> También se hace referencia a que para poder librarse el título se debía pagar diez pesos a la universidad

De esa misma forma y ya instituido el notariado como carrera universitaria la ley en vigencia durante la época liberal hacia el año de 1,882 hace referencia a las necesidades y expectativas que se tenían de los notarios por parte de la sociedad y en su articulado respectivo señala los requisitos indispensables, a efecto de robustecer la profesión en miras de la gran importancia que en su papel el notario debe cumplir siendo los siguientes los requisitos que para la época debían cumplimentarse a efecto de ejercer el notariado:

- a) Haber obtenido el título con arreglo a las leyes de instrucción pública.
- b) Ser mayor de veintiún años, ciudadano guatemalteco y de estado seglar.
- c) Poseer una propiedad raíz valor de dos mil pesos o en su defecto prestar una fianza por cantidad equivalente<sup>16</sup>

Refiriendo otro articulado que para el efecto de cumplimentar los requisitos para ejercer el notariado es necesario Luego de cumplir con estos requisitos la ley establecía, que el notario debía proceder a la Secretaría de gobernación a inscribir su título, luego de ello

---

<sup>15</sup> Decreto 30 de marzo de 1,854

<sup>16</sup> Congreso de la República de Guatemala. Ley de notariado Decreto número 271.

previa notificación de gobernación al Poder Judicial, este era llamado, para matricularse como notario.<sup>17</sup>

Asimismo, en la actualidad según el ordenamiento que rige los designios del legislador en lo relativo al notariado en Guatemala el Decreto 314, Código de Notariado, preceptúa ciertas directrices y requisitos para optar a investirse con el grado de notario los cuales se encuentran regulados en primer lugar en el artículo dos de dicho decreto mismo que textualmente regula así:

Para ejercer el notariado se requiere:

- a) Ser guatemalteco natural, mayor de edad, del estado seglar, y domiciliado en la República, salvo lo dispuesto en el inciso 2º. del artículo 6º;
- b) Haber obtenido el título facultativo en la República o la incorporación con arreglo a la ley;
- c) Haber registrado en la Corte Suprema de Justicia el título facultativo o de incorporación, y la firma y sello que usará con el nombre y apellidos usuales; y
- d) Ser de notoria honradez

Requisitos que comienzan con la necesidad de que el notario sea guatemalteco natural lo que implica necesariamente que dicho notario haya nacido en el país, al mismo tiempo el mismo texto nos indica que para los efectos de ser facultado para ejercer el arte de la pluma y la fe es necesario contar con capacidad absoluta para ejercer los derechos y las obligaciones que el notariado de manda lo cual implica necesariamente de conformidad al código civil contar cuando menos con dieciocho años de edad, cosa que según el pensum de la educación en Guatemala no podría ser de otra forma puesto que la carrera universitaria que en la actualidad dura seis años junto a la carrera de abogacía y licenciatura en ciencias jurídicas y sociales unificada no permite que sea de otra forma, a lo que la misma ley refiere que para ejercer el notariado es necesario haber culminado los estudios universitarios en la carrera anteriormente mencionada con

---

<sup>17</sup> España García, Julio Cesar. Evolución histórica del notariado en Guatemala. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario. Facultad de Derecho, Universidad Rafael Landívar, Quetzaltenango. 2009.

todos los requisitos necesarios hasta obtener el título mismo que seguidamente deberá inscribirse en la Corte Suprema De Justicia quien es la encargada de supervisar todo lo relacionado al notariado. Por último, como requisito para ejercer el notariado la ley dice que para ser notario se debe contar con una notoria honradez requisito moral difícil de roer por la propia Corte Suprema De Justicia que cuando menos prevé esta situación a efecto de advertir los efectos que la no honradez dentro de la profesión podría acarrear al notario como castigo de malas prácticas notariales.

Por otra parte, el Código De Notariado guatemalteco preceptúa los casos en los que por mandato de ley no se tiene impedimento para ejercer el notariado refiriendo lo siguiente Tienen impedimento para ejercer el Notariado:

- a) Los civilmente incapaces;
- b) Los toxicómanos y ebrios habituales;
- c) Los ciegos, sordos o mudos, y los que adolezcan de cualquier otro defecto físico o mental que les impida el correcto desempeño de su cometido; y
- d) Los que hubieren sido condenados por algunos de los delitos siguientes: falsedad, robo, hurto, estafa, quiebra o insolvencia fraudulenta, cohecho e infidelidad en la custodia de documentos, y en los casos de prevaricato y malversación que señalan los artículos 240, 241, 242, 243, 244 y 288 del Código Penal.<sup>18</sup>

Al igual que en su articulado anterior, continua la ley manifestándose al respecto de la importancia de la capacidad, la cual es imprescindible para el ejercicio del notariado de manera que si no se tiene la edad suficiente o dicha capacidad se perdiese por cualquier causa, se vería mermado el óptimo funcionamiento del notariado lo cual conllevaría a la pérdida del ejercicio de la misma puesto que el notario debe ser una persona íntegra en todo sentido donde la capacidad en primer término lo es todo.

De la misma forma ciertas cualidades físicas son imprescindibles para la ley cuando se trata de ejercer el notariado donde en la historia antes se exageraba sobre cualidades corporales del notario exigiendo de él características que iban desde lo ridículo como

---

<sup>18</sup> Loc cit. Artículo 3.

que fuese el notario un hombre alto con voz varonil, perteneciente a la semi-nobleza, y con un coeficiente intelectual muy alto, no obstante ahora dichas cualidades físicas que se requieren para el ejercicio del notariado y sin los cuales no se podría ejercer tan loable profesión radican en cuestiones lógicas como es el caso de que los ciegos, sordos y mudos o quien adolezca de defecto físico que permita que se escape el óptimo funcionamiento de sus funciones puesto que no podría autorizarse un documento del cual el notario no tenga conocimiento por adolecer de sus sentidos esto ejemplificando el criterio del legislador a la hora de proveer quienes no pueden ejercer el notariado.

Así mismo el mismo articulado refiere que los ebrios y toxico maniacos no pueden ejercer el notariado ni los que hayan sido condenados por ciertos delitos que suponen la falta de honorabilidad, manifiesta que el notariado debe tener, así como su falta de probidad la cual también se menciona en el código de ética profesional, que los mismos agremiados al gremio de notarios ven como un comportamiento idóneo que en ningún momento se debe vulnerar.

En el caso concreto también la ley nos da la pauta de quien no puede ejercer el notariado mencionando el artículo cuatro los casos en que el oficio de la pluma no es permitido o restringido para ciertas personas

No pueden ejercer el Notariado:

- a) Los que tengan auto de prisión motivado por alguno de los delitos a que se refiere el inciso 4º del artículo 3 del Código de Notariado decreto 314 del Congreso de la República de Guatemala el cual establece que los que hubieren sido condenados por alguno de los delitos siguientes: falsedad, robo, hurto, estafa, quiebra o insolvencia fraudulenta, cohecho e infidelidad en la custodia de documentos, y en los casos de prevaricato y malversación.
- b) Los que desempeñen cargo público que lleve ajena jurisdicción;

- c) Los funcionarios y empleados de los Organismos Ejecutivo y Judicial y de las municipalidades, que devenguen sueldos del Estado o del municipio y el Presidente del Congreso de la República;
- d) Los que no hayan cumplido durante un trimestre del año civil, o más, con las obligaciones que impone el artículo 37 del Código anteriormente mencionado. Los notarios que se encuentren en este caso podrán expedir los testimonios especiales atrasados con los requisitos que establece este Código, a efecto de subsanar dicho impedimento

Comprender estos límites y prohibiciones que encasilla la ley es conocer al notario en su funcionamiento idóneo cuestión que trae consigo una gran importancia en el tema de la observancia de las formalidades legales por parte del notario en el otorgamiento de actos de última voluntad puesto que de la misma forma que en el caso concreto el notario no puede ejercer el notariado en los casos preceptuados en este citado articulado así mismo en los casos de donaciones por causa de muerte o declaración testamentaria de última voluntad también se preceptúan los casos en que el notario no puede ejercer el notariado para dar vida a la declaración de última voluntad si este tiene un interés manifiesto en recibir por parte del testador o donante herencia legado o donación donde el código civil guatemalteco parte en dos al notario poniéndolo a decidir si elabora y autoriza el documento de última voluntad o recibe por parte del causante pero no ambas a la vez pues los efectos serian devastadores a lo que el artículo 926 del decreto número 106 establece lo siguiente.

Son incapaces para suceder por testamento

- a) Los ministros de los cultos, a menos que sean parientes del testador;
- b) Los médicos o cirujanos que hubieren asistido al testador en su última enfermedad, si este falleciere de ella, salvo que sean parientes del testador;

- c) El notario que autoriza el testamento y sus parientes, y los testigos instrumentales;
- d) El tutor, el protutor y los parientes de ellos si no se hubieren aprobado las cuentas de la tutela, a no ser que fueren parientes del pupilo; y
- e) Las instituciones extranjeras, cualquiera que sea su finalidad.<sup>19</sup>

### **1.7.2. La elección del notario**

El autor Rufino Larraud, en su curso el derecho notarial afirma que en su sistema rige el principio de la libre competencia electiva para la materia notarial, pero aun así se pregunta: ¿Quién elige al notario que debe de actuar en un asunto determinado? ¿Cuál de las personas que intervienen, tiene el derecho de optar por uno u otro notario?

Hace referencia Eloy Escobar de la Riva, (Tratado de derecho notarial), de que en algunos lugares de España existe una práctica inveterada según la cual “quien paga elige al Notario”, pero manifiesta que está como solución de doctrina debe desecharse por carácter de fundamentos.

“En una correcta solución del problema, la noción de confianza, característica de la relación notarial debe incidir de manera fundamental. La voluntad de elegir al escribano actuante debe pertenecer a la parte más interesada en una correcta y eficaz actuación de la gente: El mayor interés, correspondiente al mayor riesgo dice Martínez Segovia, es la norma de interpretación adecuada; el factor que con carácter general debe decidir el derecho a la elección, es el mayor interés protegido por la actuación notarial.”<sup>20</sup>

En este sentido es de analizar que en Guatemala, la elección del notario es una situación muy variante, puesto que en algunos casos se respeta el hecho que quien compra o es la parte que se va a beneficiar como nuevo titular de un derecho sea quien

---

<sup>19</sup> Decreto Ley 106. Código Civil. Artículo 926.

<sup>20</sup> Muñoz, Nery Roberto. Introducción al estudio del derecho notarial. Décima tercera edición. Infoconsult Editores. Guatemala, 2009. Pag. 86

tenga la libertad de elegir a su Notario de confianza, sin embargo existen también algunos contratos en los cuales la parte otorgante ha determinado con anterioridad que será esta persona quien elija al Notario no obstante a que el pago de honorarios corra a cuenta del nuevo titular del derecho.

Por lo que de suma importancia resulta la relación notarial que el notario mantiene con su cliente en relación a la función de este primero con respecto al requerimiento del segundo. Gran influencia ha tenido en el campo del derecho notarial la noción de las relaciones jurídicas que surgen en el proceso judicial entre las partes entre ellas y el juez y entre aquellas y los terceros relaciones que muchos estiman análogas a las que se establecen entre el notario y los protagonistas del acto que ante él se formaliza, entre estos solamente y entre ellos y los terceros. De estas analogías se pretende sacar muchas consecuencias una de ellas es equipar la obligación del juez de resolver el conflicto entre las partes, aun en caso de silencio u oscuridad de la ley con el deber ineludible que tiene el notario de ejercer su función pública para quienes requieran su actuación como tal. De esta exposición resulta que los sujetos intervinientes en cualquier acto notarial tengan derecho y obligaciones como se indicará.

### **1.7.3. Derechos y obligaciones de los sujetos**

El cliente, así como tiene derecho a que el Notario le preste un buen servicio, tiene varias obligaciones, entre ellas la de informar correctamente al profesional, aportando todos los datos y/o documentos que fueran necesarios; adoptar las soluciones que el profesional le preste y por último pagarle sus honorarios.

Por su parte el Notario tiene la obligación de estudiar el caso y dar al cliente la adecuada y correcta solución al caso como contraprestación el derecho de cobrar sus honorarios y que le sean reintegrados los gastos efectuados. <sup>21</sup>

---

<sup>21</sup> *Ibíd.* Pag. 90.

## **CAPÍTULO II**

### **OBLIGACIONES DEL NOTARIO EN RELACIÓN CON LOS ACTOS DE ÚLTIMA VOLUNTAD**

Conforme lo establecido en el capítulo precedente, los notarios desempeñan una función importantísima en la sociedad, al estar encargados de dotar de certeza y seguridad jurídica los actos y contratos en que la ley les faculta a intervenir. Dentro de los mismos, ocupan un lugar privilegiado aquellos denominados actos de última voluntad. La importancia de estos últimos, radica en que se trata de las manifestaciones que realiza una persona para declarar el destino que desea darle a sus bienes, derechos y obligaciones luego del acaecimiento de su muerte. Evidentemente, se trata de declaraciones de particular complejidad, por su propia vocación de regir a futuro, para luego del fallecimiento del causante; por lo cual, para su realización el ordenamiento jurídico obliga a que sea un notario quien autorice estos actos. En este sentido, el presente capítulo tiene por objeto analizar las distintas obligaciones que el ordenamiento jurídico impone a los notarios dentro del otorgamiento y autorización de los actos de última voluntad: testamentos y donaciones por causa de muerte.

#### **2.1 Obligaciones del notario en relación a los actos de última voluntad**

Ante la imperante necesidad de reorganizar el notariado frente a la revolución dada en octubre de 1,944 en Guatemala se pretendió por todos los medios tener leyes de vanguardia en todos los ámbitos de la ley y sobre todo esto fue una meta preponderante en relación al derecho notarial, que trataba de involucrar mediante una organización estricta y ante las nuevas posibilidades que daba la colegiación profesional el formar un código de notariado, que de manera substancial sentara las directrices en cuanto al funcionamiento del notario dentro de la sociedad es así como refiere un estudio sobre la coyuntura de la época, así fue como con la colaboración de distinguidos juristas guatemaltecos, la comisión legislativa del país, prepara un proyecto del Código de Notariado, que tenía como meta cumplir dos objetivos básicos, que

encajaban perfectamente con la imperiosa necesidad del notariado de la época, y así dicha comisión en la exposición de motivos del proyecto de ley señala que en primer lugar la nueva ley pretendía que las personas que se disponían a celebrar un contrato y el notario mismo se encontraran en posibilidad de formalizarlo debidamente sin la comprobación previa de solvencias fiscales y municipales y sin mayores restricciones personales y por otra lado la ley pretendía que los actos notariales fueran una positiva garantía para el público.<sup>22</sup> Lo que evidencia que el objeto del legislador con respecto a la actual ley de notariado el decreto 314 era un notariado practico al alcance de todos los ciudadanos sin exigir del notario muchos de los requisitos que con anterioridad eran engorrosos y dilatorios en el menester de los notarios sin embargo muchos no obstante la apertura sin precedentes para motivar el notariado el propio legislador por medio de quienes trabajaron el anteproyecto de código de notariado encaminaban también su mira a unos de los principios básicos del notariado como lo son dan certeza y transparencia situación que lleva a que se desplaje y plasme en el propio ordenamiento jurídico ciertas obligaciones para el notario en todos los actos y contratos en los que participaba y autorizaba, obligaciones que resultaban ser más enfáticas en lo relativo a los actos de última voluntad por causa de muerte que el legislador tuvo a bien enfatizarlo y separarlo de los demás actos en los que participaba el notario

### **2.1.1. Obligaciones del notario de conformidad al decreto 49-76 Código de notariado**

Aun y cuando el propio código de notariado es un amasijo de obligaciones de observancia para que el notario cumpla hay ciertas obligaciones de alta importancia que se distinguen de las demás puesto que sintetizan en si las obligaciones de primer nivel que el notario debe cumplir según la doctrina estas son divididas en obligaciones anteriores que el notario debe cumplir, obligaciones simultaneas que el notario debe cumplir y obligaciones posteriores que el notario debe cumplir dicha clasificación parte

---

<sup>22</sup> Quezada Toruño, Régimen Jurídico del Notariado en Guatemala, Guatemala, Instituto Guatemalteco de derecho notarial, 1973, Pág. 2.

de la autorización del documento u acto que el notario realiza como punto cero donde previo a ello debe cumplir con ciertas obligaciones y donde posterior a este momento de cumplir con otras obligaciones.

### **2.1.2. Obligaciones anteriores que debe cumplir el notario en la realización de sus funciones**

En relación al Instrumento Público su otorgamiento se necesita previo a ello un conjunto de obligaciones dirigidas hacia el notario sin las cuales no podría estar frente a dicho acto solemne de autorizar actos por medio de escrituras públicas por lo que las obligaciones posteriores que debe cumplir al notario se enumeran en primer término en el artículo 2 del código el cual textualmente reza de la siguiente: Para ejercer el Notariado se requiere:

- 1º. Ser guatemalteco natural, mayor de edad, del estado seglar, y domiciliado en la República, salvo lo dispuesto en el inciso 2º. Del artículo 6º;
- 2º. Haber obtenido el título facultativo en la República o la incorporación con arreglo a la ley;
- 3º. Haber registrado en la Corte Suprema de Justicia el título facultativo o de incorporación, y la firma y sello que usará con el nombre y apellidos usuales; y
- 4º. Ser de notoria honradez.

Visualizando en este precepto legal que todo notario que hoy por hoy existe es en definitiva guatemalteco natural, así mismo es mayor de dieciocho años es decir con capacidad absoluta de conformidad a la ley civil, también el artículo dos en su inciso uno nos hace referencia a que el notario debe ser del estado seglar es decir ciudadano en el libre ejercicio de sus derechos que no está involucrado en nada con intereses particulares provenientes del Estado o de instituciones que puedan llegar a mermar su alta función investida de facultades especiales y por último dicho inciso del artículo dos del código de notariado decreto 314 nos hace referencia que el notario debe estar domiciliado en la república de Guatemala salvo los casos de los diplomáticos que por el propio puesto que desempeñan requieren estar fuera del país para el cumplimiento del

notariado guatemalteco en el extranjero no obstante para los demás notarios el cumplimiento de estar domiciliado en el territorio nacional es imprescindible tanto así que el mismo cuerpo legal (Código de notariado) refiere en su artículo veintisiete que el notario que se ausente de la república de Guatemala debe depositar el protocolo en el archivo general de protocolos ante otro notario o el juez de primera instancia en su caso.

Por otra parte el inciso dos del artículo anteriormente referido del decreto 314 código de notariado refiere que una de las obligaciones anteriores del notario para que cumpla con su menester es haber obtenido el título facultativo de notario que en Guatemala desde la reforma liberal impuesta por Justo Rufino Barrios va apareja a los títulos facultativos de Abogado y Licenciado en Ciencias Jurídicas Y Sociales pese a los esfuerzos de separar a estas carreras e independizarlas cerrando así la apertura que se tiene en unificar una misma carrera ventaja en la relación a la unificación y conocimiento del derecho total indispensable para el estricto cumplimiento del mismo.

Para el cumplimiento de dicho requisito es necesario un periodo de cuando menos seis años inscritos en una de las universidades donde este la facultad de ciencias jurídicas y sociales y en particular la carrera de derecho de esa misma manera se debe haber concluido el pensum de dicha carrera y someterse a los exámenes técnicos profesionales anterior o posteriormente a el trabajo de investigación de tesis indistintamente y según el criterio de cada universidad seguido a ello y conforme a unas de los decretos más importantes concernientes al ámbito profesional la colegiación profesional obligatoria que se da casi al unisonó de la promulgación del decreto ley 314 Tal como lo refiere el respectivo artículo constitucional Colegiación profesional. La colegiación de los profesionales universitarios es obligatoria y tendrá por fines la superación moral, científica, técnica y material de las profesiones universitarias y el control de su ejercicio. Los colegios profesionales, como asociaciones gremiales con personalidad jurídica, funcionarán de conformidad con la Ley de Colegiación Profesional obligatoria y los estatutos de cada colegio se aprobarán con independencia de las universidades de las que fueron egresados sus miembros. Contribuirán al

fortalecimiento de la autonomía de la Universidad de San Carlos Guatemala y a los fines y objetivos de todas las universidades del país. En todo asunto que se relacione con el mejoramiento del nivel científico y técnico cultural de las profesiones universitarias, las universidades del país podrán requerir la participación de los colegios profesionales,<sup>23</sup> lo que implícito está en dicho artículo es de carácter imperativo por lo que todo estudiante de la carrera de derecho que finalice sus estudios universitarios deberá antes de registrarse ante la Corte Suprema De Justicia colegiarse ante el Colegio De Abogados Y Notarios de Guatemala seguido de lo cual pasamos al inciso tres del artículo dos del código de notariado que dice que todo profesional colegiado debe registrar el título facultativo, sello y firma ante la Corte Suprema De Justicia además de lo cual deberá registrar dicho sello y firma ante los demás registros públicos tal como el registro de la propiedad, el archivo general de protocolo y otros.

Por último, quien ejerza el notariado debe ser de reconocida honradez requisito que pretende mantener como objetivo las facultades morales del notariado. Al mismo tiempo el notario tiene la obligación previa de necesariamente comprar papel de protocolo para de esa forma autorizar escrituras públicas lo que necesariamente implica cumplir con lo que preceptúa la ley al respecto de la compra del papel de protocolo en el artículo nueve Las oficinas fiscales venderán exclusivamente a los notarios en ejercicio, el papel para protocolo, en lotes de veinticinco pliegos, por lo menos, guardando en éstos el orden correlativo. Dichas oficinas anotarán la venta en un libro de registro, en el que se consignarán la serie y los números del papel, y el nombre y firma y sello del Notario que recibe el papel para sí, o por encargo de otro Notario<sup>24</sup> lo que de la misma manera adquiere gran importancia debido a que el mismo artículo refiere en su párrafo primero que Las escrituras matrices, actas de protocolación y razones de legalización de firmas se extenderán en papel sellado especial para protocolos<sup>25</sup> lo que también nos hace ver que en el artículo 11 de la ley de notariado se menciona cuanto se ha de pagar por el derecho de apertura de protocolo.<sup>26</sup> Y por último el artículo doce nos refiere otra de las

---

<sup>23</sup> Constitución Política de La República de Guatemala, artículo 90.

<sup>24</sup> Congreso de la República de Guatemala, Código de Notariado, Decreto 314, artículo 9.

<sup>25</sup> Loc. Cit.

<sup>26</sup> *Ibíd.* artículo 11

obligaciones anteriores del notario antes de llegar al Instrumento Público. El protocolo se abre con el primer instrumento que el Notario autorice, el que principiará en la primera línea del pliego inicial. Se cerrará cada año el 31 de diciembre, o antes si el Notario dejare de cartular. La razón de cierre contendrá: la fecha; el número de documentos públicos autorizados; razones de legalización de firmas y actas de protocolación; número de folios de que se compone; observaciones, si las hubiere; y la firma del Notario.

Además, el notario deberá procurar por todos los medios y dentro del marco de sus obligaciones anteriores cumplir los postulados que al respecto señala el propio código de ética el cual lo menciona en dicho acuerdo del gremio de abogados bajo el título postulados y de la manera siguiente:

- 1.- Probidad: El abogado debe evidenciar siempre rectitud, honradez e integridad de pensamiento y acción, lo que debe manifestarse especialmente en la lucha contra los abusos y la corrupción en el ejercicio profesional.
- 2.- Decoro: El abogado debe vivir con dignidad y decencia. Se abstendrá de llevar una vida licenciosa y evitará vicios y escándalos. A las audiencias y actos de su ministerio, asistirá decorosamente, Y en toda oportunidad dará a su profesión el brillo y honor que merece, observando una conducta honesta y discreta.
- 3.- Prudencia: El abogado debe actuar sin precipitaciones y con juicio sereno en el ejercicio de su profesión.
- 4.- Lealtad: El abogado debe guardar fidelidad a la justicia y a su cliente, lo cual conlleva, además la observancia rigurosa del secreto profesional, honorabilidad en el litigio, respeto y consideración al juez, a la autoridad y al adversario.
- 5.- Independencia: Debe ser una cualidad esencial del abogado la independencia, la cual debe entenderse en el sentido de que dispone de una completa libertad en el ejercicio de su Ministerio. Debe estar libre ante el juez o cualquier autoridad del

estado, así como ante su cliente y el adversario. Nada, salvo el respeto a las leyes y el orden público. Limitarán su libertad de pensamiento y de acción.

6.- Veracidad: En el ejercicio de la profesión el abogado debe evitar escrupulosamente toda alteración de la verdad.

7.- Juricidad: El abogado debe velar por la más rigurosa legitimidad y justicia en el ejercicio profesional.

8.-Eficiencia: El ejercicio de la abogacía impone los deberes de preparación y eficiencia. En mérito de ello, corresponde al abogado la obligación de investigación y estudio permanente del Derecho, así como de toda disciplina que contribuya a su mejor formación humanística y técnica.

9.- Solidaridad: En las relaciones con sus colegas, el abogado debe guardar la mayor consideración y respeto. La fraternidad entre colegas, fundada en la noble misión que los une y los hace partícipes de las mismas preocupaciones e inquietudes, es una virtud que debe practicarse<sup>27</sup>

Postulados que constituyen obligaciones verdaderas para los notarios so-pena de la poca importancia que en realidad se les da a estos por muchos notarios en el ejercicio de su profesión.

### **2.1.3. Obligaciones simultáneas que debe cumplir el notario en la realización de sus funciones**

Las obligaciones simultaneas en torno a la figura del notario lo constituyen todos aquellos actos en los que el notario participa directamente en ocasión del otorgamiento y autorización de actos y contratos por lo que constituyen obligaciones de carácter importante pues se enfocan directamente en la función del notario, en su menester, en

---

<sup>27</sup> Código de ética profesional capítulo I postulados

lo que realiza en ocasión del requerimiento de las partes o por mandato de ley.

Es de enfatizar que al respecto de las obligaciones simultaneas que el notario estrictamente debe cumplir se encuentran en su gran mayoría en el artículo veintinueve del código de notariado vigente decreto 314 cuyo acápite del título que lo antecede es nominado “ INSTRUMENTOS PUBLICOS” por lo que se puede denotar que las obligaciones simultaneas del notario tienen referencia directa con el faccionamiento del Instrumento Público y todo lo relativo a las solemnidades que de dichos Instrumentos Públicos se desprendan refiriendo el articulo veintinueve del código de notariado lo siguiente: Los instrumentos públicos contendrán:

- 1º. El número de orden, lugar, día, mes y año del otorgamiento;
- 2º. Los nombres, apellidos, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, ocupación u oficio y domicilio de los otorgantes;
- 3º. La fe de conocimiento de las personas que intervienen en el instrumento, y de que los comparecientes aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles;
- 4º. La identificación de los otorgantes cuando no los conociere el Notario, por medio de la cédula de vecindad o el pasaporte, o por dos testigos conocidos por el Notario, o por ambos medios cuando así lo estimare conveniente;
- 5º. Razón de haber tenido a la vista los documentos fehacientes que acrediten la representación legal de los comparecientes en nombre de otro, describiéndolos e indicando lugar, fecha y funcionario o Notario que los autoriza. Hará constar que dicha representación es suficiente conforme a la ley y a su juicio, para el acto o contrato;
- 6º. La intervención de un intérprete nombrado por la parte que ignore el idioma español, el cual, de ser posible, deberá ser traductor jurado. Si el intérprete no supiere o no pudiera firmar, lo hará por él, un testigo;

- 7º. La relación fiel, concisa y clara del acto o contrato;
- 8º. La fe de haber tenido a la vista los títulos y comprobantes que corresponda, según la naturaleza del acto o contrato;
- 9º. La transcripción de las actuaciones ordenadas por la ley o que a juicio del Notario, sean pertinentes, cuando el acto o contrato haya sido precedido de autorización u orden judicial o proceda de diligencias judiciales o administrativas;
- 10º. La fe de haber leído el instrumento a los interesados y su ratificación y aceptación;
- 11º. La advertencia a los otorgantes de los efectos legales del acto o contrato y de que deben presentar el testimonio a los registros respectivos; y
- 12º. Las firmas de los otorgantes y de las demás personas que intervengan y la del Notario, precedida de las palabras: "Ante mí". Si el otorgante no supiere o no pudiera firmar, pondrá la impresión digital de su dedo pulgar derecho y en su defecto, otro que especificará el Notario firmando por él un testigo, y si fueren varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo haré un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho. Cuando el propio Notario fuere el otorgante, pondrá antes de firmar, la expresión: "Por mí y ante mí".

Acá tenemos lo que constituye un verdadero modelo prediseñado para el notario a la hora de enfrentarse en la construcción de los Instrumentos Públicos requisitos que en doce incisos suman directrices indispensables en un orden lógico donde empieza a referir dicho artículo que dentro del protocolo y en sus hojas especiales debe el notario en primer término colocar el número de orden, lugar, día, mes y año del otorgamiento es decir detallar lo mejor posible el documento solemne que esta por otorgarse. De igual forma el inciso dos de dicho artículo refiere algo de vital importancia para la legalidad de todo documento otorgado por el notario tal cual es la individualización de

los comparecientes al acto solemne lo que permitirá en lo adelante hacer que se hagan valer los derechos que dentro del documento se plasmen subscribiendo los nombres de los comparecientes apellidos, edad, Estado civil, nacionalidad, profesión u ocupación y domicilio de los otorgantes; de esa misma forma y complementariamente a lo antes expuesto como es la identificación de los otorgantes identificación que el notario deberá exigir como obligación pidiendo a los comparecientes la cedula de vecindad cuestión que desde la existencia del Registro Nacional De Las Personas, RENAP, se toma suplementariamente con el Documento De Identificación Personal DPI y en ausencia de esto el notario deberá a identificar a los comparecientes por medio de testigos a menos que como preceptúa el inciso tres del artículo veintinueve del código de notariado si los otorgantes fueran conocidos del notario deberá dar fe de lo mismo poniendo razón de cualquiera de las situaciones es decir si los comparecientes son conocidos del notario, presentaron sus respectivos documentos de identificación o por medio de testigos.

De conformidad al mismo artículo el notario está obligado a involucrar dentro del procedimiento de Instrumentación Pública a un intérprete cuando alguno de los comparecientes no hablara el idioma oficial es decir el español esto con el objeto de que en su línea de construcción el notario no deje ninguna duda al aire sobre su imparcialidad a la hora de la realización de documentos solemnes.

Siguiendo con el desglose del mismo cuerpo legal en relación a el otorgamiento de Instrumentos Públicos se dice que el notario debe plasmar en dicho documento solemne la relación fiel y concisa y clara del acto o contrato debiendo plasmar en todo momento de la forma más amplia y clara posible la voluntad de las partes; luego de ello como si se tratase de un broche de seguridad el notario deberá leer a los comparecientes su voluntad una vez plasmada en el Instrumento Público a manera de que los comparecientes puedan rectificar algo que no responda a su voluntad o por el contrario ratifica y aceptar los términos de construcción del documento dando en todo momento el notario fe de ello.

Asimismo, se debe advertir a los otorgantes los efectos legales que devengan de dicho acto solemne, así como advertirles de la obligación de presentar el testimonio que le otorgue el notario algo que consuetudinariamente es realizado por el notario sin que esta sea una obligación posterior de este.

Por último, el notario hará que se plasmen dentro del documento las firmas de los otorgantes o su respectiva huella digital en caso de que ellos no puedan firmar a manera de ratificación de la voluntad de las partes obligación que también es una obligación simultánea del notario precedido de la palabra Ante Mí, o por mí y ante mí, obligación que de conformidad al artículo veintinueve del código de notariado también le corresponde al funcionario de la fe y la pluma.

#### **2.1.4. Obligaciones simultáneas que debe cumplir el notario en la realización de sus funciones dentro de los actos de última voluntad**

De gran importancia también lo es todo lo relativo a las obligaciones simultáneas que el notario debe cumplir en su menester en relación a los actos e otorgamiento de actos de última voluntad ya que al respecto un derecho que debe preservarse sin que su titular tenga oportunidad en un futuro que casi siempre es próximo de protestas o reclamar su resarcimiento ante los Tribunales de Justicia hace necesario que estrictamente el notario ponga particular énfasis en lo relativo a esta clase de otorgamientos siendo o debiendo ser dicho notario sigiloso al respecto a manera de perpetuar dicha voluntad y trasladar dichos derechos a los donatarios, legatarios herederos o sucesores en general que deban de disfrutar de la voluntad del causante por lo que al respecto el mismo código de notariado con relación a los actos de última voluntad preceptúa en un apartado especial lo relativo a los requisitos que al notario le son obligatorios en la realización de dichos menesteres en relación a los actos de última voluntad. De esa forma el artículo cuarenta y dos del título IV del código de notariado se preceptúa lo siguiente: La escritura pública de testamento además de las formalidades generales, contendrá las especiales siguientes:

a. La hora y sitio en que se otorga el testamento;

- b. La nacionalidad del testador,
- c. La presencia de dos testigos que reúnan las calidades que exige esta ley;
- d. Fe de la capacidad mental del testador, a juicio del Notario;
- e. Que el testador exprese por sí mismo su voluntad;
- f. Que el testamento se lea clara y distintamente por el testador o la persona que él elija; y se averigüe al fin de cada cláusula, viendo y oyendo al testador, si lo contenido en ella es la expresión fiel de su voluntad;
- g. Que, si el testador no habla el idioma español, intervengan dos intérpretes elegidos por él mismo, para que traduzcan sus disposiciones en el acto de expresarlas;
- h. Que el testador, los testigos, los intérpretes en su caso y el Notario, firmen el testamento en el mismo acto; y
- i. Que, si el testador no sabe o no puede firmar, ponga su impresión digital y firme por él un testigo más, que deberá reunir las mismas calidades de los testigos instrumentales.<sup>28</sup>

Como se puede observar dichos requisitos que constituyen en sí mismo meras obligaciones simultaneas para el notario son encaminados a poner al máximo un circuito de seguridad encaminado a salvaguardar los derechos del causante requisitos y obligaciones tales como la hora y el sitio del otorgamiento indispensables para la certeza, la nacionalidad del testador como un otorgante más la necesidad imperiosa de dos testigos más puesto que el testamento es un acto solemnísimos, así mismo el notario interactúa en este acto como un psicoanalista para al respecto dar fe con todos los medios a su alcance de la capacidad mental del testador o causante para de esa forma dar certeza jurídica dando certeza así de la voluntad del testador que pone en conocimiento del notario para que este mediante la fe pública coadyuve al respecto de dar forma legal certeza y transmitir dicha voluntad a efecto de que se perpetúe.

Luego de ello necesaria la intervención en la lectura de dicho documento solemnísimos por parte del propio notario además del mismo testador o la persona que este elija para

---

<sup>28</sup> Congreso de la República de Guatemala, Código de Notariado, Decreto 314, artículo 42.

dicho fin a efecto de realizar un sistema de seguridad y de protección a la voluntad del causante así mismo en el caso concreto de que el testador no hable el idioma español sumado a ello será necesaria la intervención no de un intérprete si no de dos cuyo requisito indispensable es que dichos testigos sean elegidos por el causante o testador y que de esta misma forma estos no tengan interés directo en heredar por parte del testador a todo esto el notario deberá responder con su investidura de fe pública para dar fe de todo lo que pase en dicho acto.

También que de conformidad al principio de unidad del acto el testador, los testigos, los intérpretes y el notario firmen en el mismo acto dicho documento en ocasión de lo cual el notario debe custodiar porque ello suceda sin dejar escapar ningún detalle de la ratificación de las personas que intervienen en dicho acto y en el dado caso de que el testador no pueda firmar ponga su huella digital y firme en su lugar un testigo más cuya función se limite a eso precisamente a firmar como reafirmando que el propio testador plasma su voluntad con su huella digital con el refrendamiento de dicho testigo más la legalidad que el notario da del acto contribuyendo a dar certeza del mismo mediante estas obligaciones en particular en los actos de última voluntad.

### **2.1.5 Obligaciones posteriores que debe cumplir el notario en la realización de sus funciones**

Las obligaciones en relación a lo que posteriormente debe cumplir el notario por mandato de ley son todos aquellos actos en los que termina la participación de un notario ante el requerimiento hecho por su cliente para responder de esa forma ante las instituciones que se relacionan con el derecho notarial particularmente la Corte Suprema de Justicia y más concretamente ante el Archivo General de Protocolos por lo que de esa forma señala la ley ordinaria de notariado particularmente en el artículo treinta y siete lo siguiente: El notario y los jueces de la Instancia, cuando estén facultados para cartular, deben cumplir las siguientes obligaciones:

a) Remitir al Director del Archivo General de Protocolos, dentro de los veinticinco días hábiles siguientes al otorgamiento de cada escritura pública, testimonio especial en

papel sellado del menor valor, con los timbres notariales adheridos de conformidad con la ley. En los departamentos de la República excluyendo al de Guatemala, el Notario podrá entregar dichos testimonios al juez de la Instancia, quien extenderá el comprobante respectivo y los remitirá inmediatamente al Archivo General de Protocolos. Cuando se trate de testamentos o donaciones por causa de muerte, así como sus modificaciones o revocaciones, el testimonio se entregará en plica firmada y sellada por el Notario, expresando en la misma, el número de orden, lugar, fecha, hora y objeto del instrumento, nombre del otorgante, así como el número y registro de las hojas de papel de protocolo en el que fue extendido;

b) Dar aviso dentro del término indicado en la literal anterior, y ante la misma dependencia de la Corte Suprema de Justicia o ante los funcionarios judiciales indicados, según el caso, de los instrumentos públicos cancelados, de los cuales no podrá extender copia o testimonio. El aviso se enviará en papel sellado del menor valor y contendrá el número y la fecha del instrumento cancelado;

c) Remitir un aviso al Archivo General de Protocolos, o a los Jueces de Primera Instancia, en su caso, dentro de los 25 días hábiles siguientes al vencimiento de cada trimestre del año calendario, en papel sellado del menor valor, indicando el número y fecha del último instrumento público autorizado o cancelado, o en su caso que no autorizó ninguno durante el trimestre que corresponda.

Al finalizar el término a que se refiere la literal c) de este artículo, el Director del Archivo General de Protocolos publicará dentro de los diez días hábiles siguientes a dicho vencimiento, en el Diario Oficial y en otro de los de mayor circulación en el país, la lista de los notarios que no hayan enviado la totalidad de los testimonios especiales, y los avisos a que se refieren las literales b) y c) del presente artículo. Con posterioridad publicará trimestralmente las listas de los notarios que permanezcan o incurran en esa situación. Sin perjuicio de la sanción que establece el artículo 100 de este Código, no se venderá papel de protocolo ni especies fiscales al Notario que haya dejado de enviar, durante un trimestre del año civil, la totalidad de sus testimonios especiales con los timbres notariales respectivos, al Archivo General de Protocolos, o a los Jueces de Primera Instancia, en su caso. Para tal efecto, el Director de dicha dependencia enviará

a la Dirección General de Rentas Internas, con copia a sus delegaciones departamentales, una lista de los notarios que hayan incurrido en tal omisión, una vez vencidos el término previsto en el inciso c) de este artículo. El notario a quien se le hubiere incluido en la lista referida quedará comprendido automáticamente para en el impedimento para el ejercicio de su profesión, establecido en el inciso 4º. Del artículo 4º. Del Código de Notariado, tal y como aparece modificado por la presente ley; empero una vez subsanado el impedimento en forma legal, podrá solicitar al Director del Archivo General de Protocolos que se le excluya de la lista, quien previa comprobación del caso, hará la comunicación a las dependencias respectivas. Los empleados de la Dirección General de Rentas Internas o de sus delegaciones departamentales, que vendan papel de protocolo y especies fiscales a los notarios comprendidos en la lista a que se refiere el párrafo anterior, incurrirán en las sanciones que se prevé para el caso de que se venda especies fiscales a personas no patentadas. El Colegio de Abogados de Guatemala, podrá designar a su costa el personal que se considere necesario, para que verifique en el Archivo General de Protocolos, el correcto y exacto pago del timbre notarial en los testimonios especiales y colabore, bajo las órdenes del Director de dicha dependencia, en cualquier labor que tienda al cumplimiento de esta ley y de cualquier otra norma legal o reglamentaria, relativo al Plan de Prestaciones del Colegio de Abogados. El Director del Archivo General de Protocolos micro fotografiará los testimonios especiales a que se refiere este artículo con excepción de los entregados en plica. Las microfotografías referidas tendrán los mismos efectos legales que los testimonios especiales reproducidos. La Corte Suprema de Justicia reglamentará la forma y requisitos que deben llenar las microfotografías y los demás aspectos de aplicación del sistema micro fotográfico por el Archivo General de Protocolos.<sup>29</sup>

Otras obligaciones posteriores del notario están contenidas en la Ley Del Organismo Judicial particularmente en lo relacionado la protocolización de documentos donde refiere dicho texto legal lo siguiente: Además de los requisitos indicados en el artículo anterior, los poderes o mandatos, así como los documentos que proceda inscribir en los registros públicos, deberán ser protocolizados ante notario y las autoridades actuarán

---

<sup>29</sup> Congreso de la República de Guatemala, Código de Notariado, Decreto 314, artículo 37.

con base en los respectivos testimonios, los cuales serán extendidos en papel sellado[14] del menor valor dando fe el notario de que el impuesto respectivo ha sido pagado en el documento original. Al revisar los protocolos notariales el Director del Archivo General de Protocolos hará constar en el acta respectiva si en los documentos protocolizados se han cubierto los impuestos legales correspondientes. En caso que no hayan sido cubiertos, dará aviso a las oficinas fiscales para los efectos legales consiguientes<sup>30</sup> hecho que constituye en sí una de las obligaciones posteriores en la función del notario.

Así mismo y por ultimo otra obligación posterior del notario se encuentra definida en el artículo cuarenta de la Ley del Organismo Judicial que textualmente reza: Artículo 40. Obligaciones notariales. Los notarios deberán dar aviso al archivo general de protocolos dentro del plazo de diez días, de cada protocolización que hagan de acuerdo con esta ley, indicando la fecha y lugar en que fue expedido el documento, funcionario que lo autorizó, objeto del acto y nombres y apellidos de los otorgantes o personas a que se refiera, así como de los impuestos que hubieren sido pagados en el acto de protocolización. El archivo extenderá recibo por cada aviso y llevará índices anuales por orden alfabético de los otorgantes. La omisión o demora del aviso hará incurrir al notario en una multa de veinticinco quetzales (Q.25.00) que impondrá el Director del Archivo General de Protocolos e ingresará a los fondos judiciales. Lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio de la obligación relativa al testimonio especial y al registro de poderes. El testimonio especial deberá contener transcripción o reproducción integra del documento protocolizado.<sup>31</sup>

Sumado a ella el notario también deberá cumplir con todas las obligaciones fiscales mediante el uso de especies de dicha naturaleza y demás impuestos de ley como timbres notariales, así como el impuesto respectivo que grava el valor de los negocios que se pongan a su disposición en ocasión de requerimiento de parte mediante todas las formas permitidas por la ley.

---

<sup>30</sup> Congreso de la República de Guatemala, Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89, artículo 38.

<sup>31</sup> Congreso de la República de Guatemala, Ley del Organismo Judicial, Decreto 2-89, artículo 40.

## CAPÍTULO III

### EL TESTAMENTO

Dentro de los actos de última voluntad que los notarios autorizan, el testamento ocupa un lugar preponderante, toda vez que constituye la declaración de voluntad más amplia que un individuo realiza para que surta efectos después de su muerte, disponiendo así que personas le sucederán en la titularidad de sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguirán a su fallecimiento. Dentro del presente capítulo se abordarán las cuestiones relativas al significado y caracteres del testamento, su regulación legal en Guatemala, clasificación de los mismos, sujetos que intervienen en su otorgamiento, y las obligaciones específicas que tiene el notario frente a esta forma de acto de última voluntad.

#### 3.1. Testamento: concepto y caracteres

De acuerdo con lo establecido por la doctrina y en algunas legislaciones como la española, se entiende por testamento, el acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos.<sup>32</sup> Esta definición ha sido censurada por inútil, incompleta e inexacta, ya que, se dice, podría suprimirse sin perjuicio para la economía del Código, prescinde de los caracteres esenciales del testamento (acto personalismo, revocable, etcétera) y, finalmente, igual puede comprender disposiciones patrimoniales, que declaraciones sobre relaciones familiares (reconocimiento de hijos naturales, nombramiento de tutores, etc.) Otros preceptos completan la definición legal al proclamar determinados caracteres esenciales del testamento; así, es un acto unilateral, al no permitirse la intervención más que de una persona; es un acto personalísimo, pues no puede realizarse por mediación de un tercero; es un acto solemne, pues ha de otorgarse en la forma prescrita; y es un acto revocable esencialmente.

---

<sup>32</sup> Espín, Diego; Manual de Derecho Civil Español, Volumen V Sucesiones; España; 1970, Tercera Edición, Pág. 227

Algunas de estas características figuran en las definiciones de otros Códigos, como la revocabilidad,<sup>33</sup> así como en las definiciones doctrinales, como en la del autor Barassi, que recoge dicha nota de la revocabilidad: negocio jurídico revocable por el que alguien dispone para el tiempo posterior a la muerte<sup>34</sup>. Combinando la deficiente definición legal con los caracteres esenciales del testamento que resultan de los indicados preceptos, podemos indicar como características del mismo las siguientes:

- a) Acto unilateral: tan sólo individualmente se puede otorgar testamento; de modo absoluto se dispone así al decir que no podrán testar dos o más personas mancomunadamente, o en un mismo instrumento, ya lo hagan en provecho recíproco, ya en beneficio de un tercero.
- b) Acto personalísimo: El testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo.
- c) Acto solemne: Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas para cada caso.
- d) Acto revocable: Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, aunque el testador exprese en el testamento su voluntad o resolución de no revocarlas.
- e) Acto dispositivo de bienes: Así lo establece el Código en su definición al considerar el testamento como el acto por el que una persona dispone de todos o parte de sus bienes, pero esta característica es muy discutible, dado que el testamento podrá comprender tan sólo disposiciones referentes a las relaciones familiares.
- f) Acto mortis causa: así resulta de la propia definición legal, configurando el testamento como acto por el que una persona dispone para después de su muerte.

---

<sup>33</sup> Decreto Real número 262. 16/03/1942. Código Civil Italiano. Art. 587.

<sup>34</sup> BARASSI, *Le successioni per causa de muerte*, Milano, 1947, 3.ª ed., pág. 285

La posición seguida por nuestro algunos de los códigos civiles de América Latina, se inspira en la tradición romanista del testamento como acto dispositivo del patrimonio, pero al dar cabida en el mismo a no escasos actos de derecho familiar, es preciso admitir que, si bien excepcionalmente, pueda limitarse su contenido a actos no patrimoniales; por otra parte, el propio Código ordena que la revocación testamentaria no afecta al reconocimiento en el testamento de un hijo ilegítimo, por ejemplo.

En cuanto a la naturaleza jurídica del acto testamentario, la doctrina trata de precisar el momento de su perfección y eficacia, dado el carácter esencialmente revocable del testamento, y la no producción de efectos hasta la muerte del testador, manteniéndose, entre otras, las siguientes posiciones: a) el testamento es un acto imperfecto, un simple proyecto que puede ser revocado ad nutum; b), según la opinión más extendida, el testamento es un acto en sí mismo válido y perfecto, si bien su eficacia depende de la muerte del testador sin haberlo revocado, sin que mientras se produzca efecto alguno preliminar; c) hay que distinguir entre la esfera del testador y la esfera jurídica de los terceros, pues mientras para el primero el testamento opera ya, desde su otorgamiento algunos efectos, no así para los segundos, a los que sólo afecta desde la muerte del testador; esta teoría expuesta en Italia por Giampiccolo, es seguida por la mayoría de doctrinarios como por ejemplo Jordano Barea, según el cual "para los terceros, antes de la muerte del testador, el testamento carece de relevancia, es todavía un simple hecho histórico que no existe jurídicamente; sin embargo, el testamento, aun en el estadio anterior a la muerte, puede imponerse erga omnes en la vida de relación jurídica como elemento de la esfera personal del sujeto y exigir la consiguiente tutela", adquiriendo relevancia "como simple expresión de la personalidad de su autor. Como tal es, en efecto, tutelado por varias normas que tienden a garantizar la espontánea formación del querer, el libre ejercicio del poder o facultad de revocación y la conservación del documento

### **3.1.1. Capacidad para testar**

En los Códigos Civiles modernos, se concede con gran amplitud la capacidad para

otorgar testamento, a diferencia del Derecho romano, que restringía la *testamenti factio activa*, privando de la misma a numerosas personas, ya que era preciso tener no sólo la capacidad de obrar, sino la plena capacidad jurídica, y, por tanto, sólo podía testar quien fuese libre, ciudadano romano y pater- familias<sup>35</sup>.

Nuestro Código sienta el principio general permisivo de la facultad de testar, al decir que no poniendo mayores dificultades a aquellos que deseen otorgar testamento. El momento en que se ha de tener la capacidad es tan sólo el del otorgamiento del testamento, desapareciendo así también las restricciones romanas que exigían perderse la capacidad hasta el momento mismo de la muerte del testador. El Código civil guatemalteco contiene una enumeración de las personas a quienes se priva de la capacidad de testar, por lo que en virtud del principio general permisivo, dicha enumeración ha de considerarse exhaustiva.

Sin embargo, aunque el Código no limita la capacidad de testar del sordomudo que no sepa y pueda escribir, entiende generalmente la doctrina, con buen criterio, que dada la imposibilidad de observar las formas testamentarias por parte del mismo, no podrán otorgar testamento.<sup>36</sup>

En cuanto a la prueba de la capacidad, la jurisprudencia sienta una presunción favorable al declarar que la capacidad para testar se presume siempre, y la afirmación del Notario y testigos de la capacidad del testador sólo puede ser destruida por prueba evidente en contrario, afirmando también que hay que distinguir entre el incapaz declarado y el incapaz de hecho, siendo en este segundo caso de cargo de quien afirma la incapacidad su prueba, con mayor rigor frente a la afirmación de capacidad que hace el Notario en el testamento abierto.

---

<sup>35</sup> Espín, Diego. Óp. Cit. Pág. 231

<sup>36</sup> BELTRÁN DE HEREDIA , Incapacidad de testar del que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio, Revista Jurídica Española, 1966, Pág. 247 (Citado por Diego Espín)

### 3.1.2. Asistencia de testigos

Para otorgar testamento, se exigen en casi todas las formas testamentarias, la intervención de testigos que presencien el acto de otorgar el testador su última voluntad, siendo su asistencia decisiva para, la validez del testamento, ya que se trata, como hemos visto, de un acto solemne, en que la omisión de alguna de las formalidades establecidas en cada caso acarrea su nulidad. La asistencia de testigos es, pues, uno de los requisitos esenciales, ad solemnitatem, para la validez del acto<sup>37</sup>.

El Código de Notariado guatemalteco establece determinadas causas de incapacidad de los testigos en el artículo 57, según el cual, no podrán ser testigos: en los testamentos:

- a) Las personas que no sepan leer y escribir o que no hablen o no entienden el español;
- b) Las personas que tengan interés directo en el acto o contrato;
- c) Los sordos, mudos o ciegos;
- d) Los parientes del Notario; y
- e) Los parientes de los otorgantes, salvo el caso de que firmen a su ruego, cuando no sepan hacerlo y no se trate de testamentos o de donaciones por causa de muerte.

A lo largo de la aplicación práctica global de los actos de última voluntad, ha sido objeto de una doble modificación la incapacidad derivada de dependencia o parentesco con el Notario al mejorar la denominación de las personas que trabajan en la Notaría (antes se hablaba de dependientes, amanuenses, criados) e incluir junto a los parientes, al cónyuge, justamente mencionado, ya que el vínculo derivado del matrimonio entre los cónyuges no es propiamente de parentesco.<sup>38</sup>

En cuanto a la incapacidad para testar, ésta ha de ser apreciada en el momento del otorgamiento, pues el Código dispone expresamente que "para que un testigo sea declarado inhábil, es necesario que la causa de su incapacidad exista al tiempo de

---

<sup>37</sup> Espín, Diego. Óp. Cit. Pág. 231

<sup>38</sup> Brañas, Alfonso; Manual de Derecho Civil Libros I, II, III; Séptima Edición. Editorial Estudiantil Fénix, Guatemala (2003); Pág. 244

otorgarse el testamento", tal como se da en la legislación comparada.

Los testigos que no estén incapacitados, en virtud de los anteriores preceptos son idóneos, requisito que se exige a los testigos en diversos preceptos sin determinar en qué consista la idoneidad, que por tanto estará determinada por la ausencia de toda causa de incapacidad.

Los testigos no sólo constituyen, dando fe del otorgamiento del testamento, un requisito esencial de su validez, sino que, aprovechando su presencia en el acto, cumplen también otras funciones importantes ligadas a la anterior, a saber: servir de medio de identificación, de la personalidad, del testador, cuando le conozcan, y servir también para apreciar la capacidad legal del testador para este acto, lo que tendrá especial trascendencia práctica en cuanto se refiere a las facultades mentales del mismo. En efecto, como veremos a continuación, el Código se sirve de los testigos para ambas funciones complementarias<sup>39</sup>.

### **3.1.3. Identificación del testador**

La validez del testamento depende, como es lógico, de que no haya duda alguna acerca de la identidad del testador, por lo que el Código procura preventivamente eliminar las dudas sobre su personalidad, estableciendo para ello entre otras, las medidas siguientes:

- a) El Notario debe corroborar fehacientemente la identidad del testador. A través de su cédula de vecindad, o su documento personal de identificación.
- b) Asimismo, debe hacerlo con los testigos.
- c) Determinar la capacidad legal y la lucidez del testador, de acuerdo con su leal saber y entender, y su experiencia práctica.

---

<sup>39</sup> Espín, Diego. Óp. Cit. Pg. 235

- d) Corroborar la titularidad del testador sobre los bienes, derechos o acciones de los que dispone en el testamento, a través de certificaciones de los respectivos registros, o de una mejor forma con testimonios de escrituras públicas. O en todo caso, mediante copias simples legalizadas de escrituras públicas debidamente autorizadas.

#### **3.1.4. Apreciación de la capacidad del testador**

Los testigos no sólo coadyuvan con el Notario a la identificar la personalidad del testador, en los términos expuestos, también se les impone la obligación que pesa sobre el Notario cerciorarse de que el testador tiene capacidad; dispone, en efecto, que una vez corroborados tales extremos, también procurarán el Notario y los testigos que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar. Estas expresiones, procurarán, a que emplea el Código, dan a entender claramente que no se trata de una apreciación de carácter pericial que exija razonamientos que induzcan al sometimiento del testador a ningún examen previo por parte del Notario y de los testigos, por lo cual esa apreciación de la capacidad de tales sujetos podrá ser destruida mediante la oportuna prueba ulterior que demuestre la falta de capacidad del testador.

Aun dentro de este carácter no pericial de la indicada apreciación de la capacidad del testador, ha sido criticada esta exigencia legal, sobre todo con referencia a los testigos, que por su falta de conocimientos jurídicos tropiezan con más dificultades de apreciación.<sup>40</sup>

El cumplimiento de este requisito es esencial para la validez del testamento conforme al precepto general que sanciona con la nulidad el testamento en que no se hayan observado las formalidades prescritas por el Código, y, confirmando este criterio, la jurisprudencia declara que es nulo el testamento en que el Notario no da fe de hallarse el otorgante en sus facultades mentales.

---

<sup>40</sup> Loc. Cit.

### **3.2. Clases de testamento**

Doctrinariamente, y de acuerdo a vestigios de legislaciones comparadas, puede hacerse una clasificación sobre los testamentos, desde diversos puntos de vista: a) según que se exija intervención de un funcionario público o no, se dividen en públicos y privados/ b) por razón de la normalidad o anormalidad de circunstancias en que se otorgan, en comunes y especiales, pudiéndose distinguir estas circunstancias especiales en referentes a la persona del testador (testamento del loco, ciego, sordomudo, hecho en lengua extranjera, en inminente peligro de muerte, y el del militar, aunque en este último intervienen también otros factores no subjetivos), referentes al lugar del otorgamiento (el testamento marítimo y el hecho en país extranjero) y referentes al peligro ambiental (el testamento en caso de epidemia).

El Código expresamente recoge la clasificación tradicional en nuestro Derecho de testamentos comunes o especiales, enumerando, incluso, los comprendidos en cada categoría: El testamento puede ser común o especial. El común puede ser abierto o cerrado; se consideran testamentos especiales el militar, el marítimo y el hecho en lugar incomunicado. Pero esta enumeración legal es incompleta, pues hay otras modalidades o subespecies testamentarias, no comprendidas en la misma, como veremos al exponer las formas testamentarias. De todos modos, se puede decir, y sin duda es lo que el Código quiere expresar, que los tipos fundamentales son los enumerados, significando los restantes que se citan por la doctrina, o simples modalidades de algunos, o un desdoblamiento posible de uno de los tipos fundamentales que se permite, según los casos, varias formas de otorgamiento<sup>41</sup>.

#### **3.2.1. Testamentos comunes**

Ya hemos visto en el apartado anterior que el Código se limita a enumerar entre los testamentos comunes, el abierto y el cerrado; pero, como también indicábamos, existen modalidades de estos testamentos que se apartan de la normal reglamentación de los

---

<sup>41</sup> Espín, Diego. Óp. Cit. Pg. 237

mismos, dando lugar la existencia de estas modalidades a la subdistinción de la corriente adoptada en nuestra doctrina, de testamentos comunes ordinarios y extraordinarios. Los ordinarios son los ya indicados: abierto y cerrado. Los extraordinarios, son los siguientes:

- a) Testamento del loco en intervalo lúcido.
- b) Testamento en lengua extranjera.
- c) Testamento abierto del sordo.
- d) Testamento abierto del ciego.
- e) Testamento cerrado del sordomudo y del mudo que pueden escribir.
- f) Testamento otorgado en peligro de muerte.
- g) Testamento otorgado en tiempo de epidemia<sup>42</sup>.

Vale destacar que la clasificación anterior, es tomada de la legislación española, dado que la bibliografía consultada nos sugiere a ésta como la clasificación ideal, sin menospreciar claro, la hecha por el Código Civil guatemalteco, la cual será analizada conjuntamente en las próximas líneas.

El Código Civil guatemalteco regula toda persona capaz civilmente puede disponer de sus bienes por medio de testamento a favor de cualquiera que no tenga incapacidad o prohibición legal para heredar. El testador puede encomendar a un tercero la distribución de herencias o legados que dejare para personas u objetos determinados.<sup>43</sup> La libertad para testar solo tiene por límite el derecho que algunas tienen para ser alimentadas. Queda prohibido el contrato de sucesión recíproca entre cónyuges o

---

<sup>42</sup> Espín, Diego. Óp. Cit. Pg. 241

<sup>43</sup> Decreto Ley 106. Código Civil Guatemalteco. Artículo 934.

cualesquiera otras personas; y es nulo el testamento que se otorgue en virtud de contrato, se prohíbe que dos o más personas otorguen testamentos es un mismo acto. Las cédulas o papeles a que se refiere el testador en el testamento no podrán considerarse como parte de este, aunque el testador lo ordene.

Con relación a los artículos transcritos y al testamento en generales prudente aclarar:

- a) Los herederos no necesariamente deben ser parientes, pueden ser extrañas
- b) El tercero que se designa para la distribución de los bienes recibe el nombre de albacea testamentario.
- c) La libertad para testar tiene por límite el derecho que algunas personas tienen para ser alimentadas, es decir, si un testador tiene obligación de prestar alimentos, y no hace una previsión para esa obligación, de la herencia los herederos, tendrán que pagar los alimentos, ya que no pueden dejarse desprotegidos los derechos de las personas que tienen derechos a ser alimentadas.
- d) No puede establecerse por contrato la sucesión recíproca, o sea contratar que A dejara a B, y que a su vez B dejara la herencia a A.
- e) En el mismo acto solo una persona puede otorgar testamento
- f) Solo es válido lo que conste escrito en el testamento, cualquier documento adicional a que se haga referencia no es parte de él.
- g) Se pueden reconocer hijos en un testamento
- h) Es importante establecer lo relativo a que si los bienes objeto del testamento son únicamente del testador o son parte de gananciales, ya que si dispone de todo habiendo gananciales, al heredero testamentario se le reducirá la herencia al darse la reclamación de gananciales.

- i) Es aconsejable constituir un heredero universal, aunque no existan más bienes, para el caso de que el testador adquiriera otros bienes después de otorgado el testamento o aparezcan otros bienes que el testador olvido o no tomo en cuenta

### **3.2.1.1. Diferencia entre herencia y legado**

Con respecto a la herencia, se trata de una asignación a título universal. Es universal cuando se sucede al causante en todos sus bienes, pero también es sus obligaciones transmisibles el heredero responde de las deudas y cargas de la herencia hasta donde alcancen los bienes de esta.

Por su parte, el legado es la asignación que realiza el causante a título particular. Es particular cuando se sucede en uno o más bienes determinados. El legatario responde únicamente de las cargas que expresamente le haya impuesto el testador, si es que lo hizo

Si toda la herencia se distribuye en legados, a los legatarios se les considera como herederos para las obligaciones existentes

### **3.2.2. Formas de testamentos**

Los testamentos en cuanto a su forma, son comunes y especiales son comunes el abierto y el cerrado. Son especiales el testamento militar, marítimo, en lugar incomunicado, el del preso, y el otorgado en el extranjero.

### **3.2.3 Testamento abierto**

El Código y la doctrina definen cada uno de los testamentos comunes, haciéndolo en cuanto al abierto, en los siguientes términos: es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone. Dentro de esta

definición se comprenden, tanto el testamento abierto ordinario o ante Notario, como los testamentos abiertos extraordinarios, sin Notario, en inminente peligro de muerte y en caso de epidemia. Igualmente quedan comprendidos en esta definición del testamento abierto algunos especiales, en su forma oral, como sucede con el militar en los supuestos especiales comprendidos en la ley, y el marítimo. Hemos de tener en cuenta, por tanto, que la clasificación legal en testamentos comunes y especiales, enumerando como especies de los primeros el abierto y el cerrado, no quiere decir que en los especiales no existan formas abiertas y cerradas del testamento. El Código, al definir el testamento abierto, da una definición suficientemente amplia para comprender todas esas manifestaciones de esta forma testamentaria y no, como podría parecer ante la lectura de algunos artículos, la definición de la forma abierta del testamento común. Esta definición legal, pues, si es acertada precisamente por su carácter comprensivo y aplicable tanto al testamento común, como a los especiales, es por ello mismo inaplicable, por deficiente, para definir el testamento abierto común<sup>44</sup>.

Desde el punto de vista de la bipartición de formas testamentarias, abierta y cerrada, la mencionada definición legal, permite su diferenciación de las otras dos. El testamento abierto requiere en su otorgamiento la intervención de personas distintas del testador, que autorizan el acto, y en eso coincide con el cerrado, diferenciándose del ológrafo, por el contrario. Pero el testamento abierto exige que las personas que intervienen autorizando el acto reciban la declaración de voluntad del testador, quedando enteradas del contenido del testamento, mientras que en el testamento cerrado, como veremos, dichas personas no conocen el contenido del testamento, que se entrega por el testador sin manifestarlo.

Fuera de esta noción genérica a todas las formas testamentarias abiertas, comunes o especiales, el concepto del testamento abierto común, hay que deducirlo de la reglamentación específica del mismo, muy señaladamente del siguiente precepto: "el testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento, y tres testigos idóneos que vean y entiendan al testador.

---

<sup>44</sup> Espín, Diego. Óp. Cit. Pg. 241

Combinando este último precepto y la definición genérica del testamento abierto, podríamos considerar como concepto legal del testamento común abierto, el otorgado ante Notario y dos testigos, por lo menos, en el que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de dichas personas, que quedan enteradas de lo que en él se dispone.

El examen de este concepto legal del testamento común abierto nos muestra un doble aspecto del mismo, subjetivo y objetivo: subjetivamente caracteriza a este testamento la presencia del Notario y los tres testigos que han de intervenir; objetivamente se caracteriza por la manifestación de la voluntad testamentaria a presencia de dichas personas, quedando enteradas del contenido de la misma. Examinamos a continuación, más detenidamente, ambos aspectos.

El Notario y los testigos que han de intervenir deben reunir ciertos requisitos exigidos expresamente por el artículo 53 del Código de Notariado. El Notario ha de ser hábil para actuar en el lugar del otorgamiento, requisito que hay que determinar con arreglo a la legislación notarial<sup>45</sup>. Los dos testigos han de ser idóneos, circunstancia que, como ya vimos en el anterior apartado, resulta de la no concurrencia de las causas de incapacidad para ser testigo en los testamentos. Tanto el Notario como los testigos es menester, finalmente, que vean y entiendan al testador.<sup>46</sup>

Como hemos visto, lo esencial del testamento común abierto consiste en la manifestación de su última voluntad por el testador ante el Notario y tres testigos; pero dicha voluntad ha de plasmarse en un documento redactado por el Notario, que finalmente ha de ser leído, aprobado por el testador y firmado, o en su caso leído en altavoz por la persona que designe el Notario, previendo el código una acertada situación que pudiese darse en el caso de que el testador sea hábil para leer pero que en ese momento no pueda hacerlo, designando al efecto a persona de su entera confianza o inclusive al propio Notario. Comprende, pues, el acto de otorgar este

---

<sup>45</sup> Congreso de la República de Guatemala, Código de Notariado, Decreto 314, artículos 1, 2, 3, 4.

<sup>46</sup> Espín, Diego. Óp. Cit. Pg. 243

testamento estas tres fases: expresión de la voluntad, redacción del testamento y aprobación del mismo.

a) Expresión de la voluntad: El testador ha de manifestar el contenido de su testamento ante el Notario y los testigos, permitiéndose por el Código que dicha manifestación se haga oralmente o por escrito; a la primera forma se alude al decir que el testador expresará su última voluntad, al Notario y a los testigos; a la forma escrita se refiere el Código al prever el supuesto de que el testador que se proponga hacer testamento abierto presente por escrito su disposición testamentaria, entregando para el efecto la minuta de sus disposiciones al Notario para que este en ejercicio de su función modeladora lo acoja a las prescripciones legales.

b) Redacción del testamento: Manifestada su última voluntad por el testador, bien oralmente o por medio de minuta, el Notario redactará el testamento con arreglo a dicha voluntad, si bien en el caso de que no sea expresada adecuadamente deberá dar forma jurídica a la voluntad testamentaria. El Notario, al redactar el testamento, deberá cumplir con los requisitos generales que para la redacción de instrumentos públicos impone la legislación notarial, pero, además, el Código impone como requisitos propios de este testamento: la expresión en el mismo del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento; que el Notario dará fe, al final del testamento, de haberse cumplido todas las formalidades exigidas en el Código y de haber cumplido con la inmediación que se requiere entre él y el testador y los testigos, así como de que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento. Por tanto, el Notario, además de dar fe del otorgamiento del testamento, y de haberse observado las formalidades legales, ha de darla, especialmente, de estos dos requisitos referentes a la identificación del testador y a su capacidad, cuya regulación fue expuesta en el apartado que precede. Asimismo, será posible apreciar inmediatamente, que en el caso de que por no saber o poder firmar el testador lo haga en su nombre uno de los testigos instrumentales u otra persona, e igualmente cuando sea uno de éstos quien no pueda firmar, el Notario ha de auxiliarse por testigos rogados o de asistencia con el fin de que éstos firmen en nombre de quienes no saben o no pudieron firmar en ese momento por

cualquier circunstancia.

c) Aprobación de la redacción: Una vez redactado el testamento conforme a la voluntad del testador, manifestada oralmente o por escrito, el Notario lo leerá en voz alta en presencia de los testigos, para que manifieste el testador si su contenido es la expresión de su última voluntad, es decir, si está conforme el testamento que se ha leído con su voluntad, si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador y los testigos que puedan hacerlo. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él, y a su ruego, uno de los testigos instrumentales u otra persona, dando fe de ello el Notario. Lo mismo se hará cuando alguno de los testigos no pueda firmar.

d) Unidad de acto: El Código, siguiendo la tradición romanista representada en nuestra Patria por las Partidas, exige la unidad de acto en el otorgamiento del testamento abierto, ordenando que todas las formalidades expresadas serán cumplidas en un solo acto, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero. Este requisito, procedente de las especiales características del testamento romano, en sus formas más antiguas, ha sido interpretado por la jurisprudencia de modo racional y circunscrito a lo que propiamente constituye el otorgamiento: lectura, expresión por el testador de su conformidad y firma.<sup>47</sup>

En el cúmulo de cuestiones relacionadas con las disposiciones testamentarias, se debe tomar el tiempo necesario para el estudio y redacción de sus cláusulas, si después, en el día señalado, se cumple con el requisito de leerlas en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad, firmándolo en el acto, así como el Notario y testigos, en la forma prescrita en las leyes, es decir, que no es indispensable y esencial que la expresión de la voluntad, redacción y lectura se realicen seguidamente, porque esto equivaldría a hacer imposible, quizá en la mayoría de los casos, el otorgamiento de testamentos complicados que requieren gran reflexión, o se obligaría a los otorgantes y autorizantes a figurar en un acto lo que realmente hubiera pasado en

---

<sup>47</sup> Espín, Diego. Óp. Cit. Pg. 245

varios; que la unidad del acto que para practicar todas las formalidades al testamento abierto exige ese artículo, ha de referirse al momento del otorgamiento, el cual comprende tan sólo la declaración de la voluntad del testador, su lectura en voz alta, la conformidad del testador con su redacción y la firma del testamento; y siendo el propósito a que obedece ese esencial requisito el de evitar la realización de actos ajenos, que quitarían seriedad al acto o que pudieran modificar la voluntad del testador, claro es que no puede entenderse que interrumpa dicha unidad la intervención de los facultativos requeridos por el Notario, pues más que un acto extraño a su otorgamiento, sólo fue un complemento del mismo como medio de que pudieran, el Notario y los testigos, asegurarse, conforme les obligaba el código civil, de que él o la testadora tenía, a su juicio, la capacidad legal necesaria para testar.

El acto en su unidad necesaria, no principia hasta que, reunidos, el testador, testigos y Notario, se comienza por éste la lectura del testamento que llevaba redactado (si fuera el caso), según instrucciones de aquél, equivaliendo la expresión de la conformidad del testador con él al cumplimiento del primer requisito de que trata el artículo 695 del código Civil Español (citando legislación comparada), el cual establece que el testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario. Redactado por este el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo y, en su caso, por los testigos y demás personas que deban concurrir. Si el testador declara que no sabe o no puede firmar lo hará por él a su ruego uno de los testigos. Pues no es indispensable que las instrucciones previas se den ante los testigos instrumentales del testamento, ni por esto puede sostenerse que deje de ser personalísimo.

Se menciona el Código Civil Español en esta sección precisamente en su artículo 695 con el propósito de enriquecer el contenido de la presente investigación, y en virtud de que dicho cuerpo legal ha producido gran influencia en la formación y promulgación de las leyes guatemaltecas en general, según criterios doctrinarios, debe existir la unidad

de acto y se observan las solemnidades requeridas para la validez del testamento, cuando redactado, según previas instrucciones del otorgante, el Notario da lectura del instrumento en voz clara e inteligible a presencia del testador y los testigos, sin que el acto del otorgamiento sea interrumpido por un solo momento, expresando el primero su conformidad y aun haciendo observaciones y rectificaciones de detalle, que por demostrar la minuciosa atención del otorgante excluyen la sospecha de su inconsciencia y corroboran la formalidad del acto; aunque según otras opiniones doctrinarias, el hecho de haber recibido el Notario del testador, las instrucciones previas para su redacción, y no en presencia de los testigos, no implica una falta de formalidad del acto,<sup>48</sup> cuestión de la cual, el autor de la presente difiere ampliamente.

Se deduce, por tanto, de estas opiniones, que la unidad de acto no incluye las instrucciones que el testador dé previamente al Notario y se limita a la lectura del testamento, aprobación del mismo por el testador y firma por todos los asistentes al acto<sup>49</sup>.

En la legislación guatemalteca, se conoce al TESTAMENTO ABIERTO como aquél que se otorga en escritura pública como requisito esencial de validez, en estos casos el testador entrega al notario una minuta o le dicta de palabras su última voluntad. El notario redacta el testamento, cumpliendo las formalidades del código civil y las contenidas en los artículos 29, 31, 42, 44 del código de Notariado y procede a su lectura en presencia de dos testigos instrumentales, en un solo acto sin interrupción, tal y como lo hemos venido analizando, y es éste uno de los tantos casos en los que se evidencia la influencia de la doctrina y la ley española.

Si fuera de una persona ciega, deben comparecer tres testigos instrumentales, en este caso el testamento se lee en voz alta dos veces, la primera haciendo constar esta circunstancia. En el caso de que una persona sorda, otorgue testamento común abierto adicionalmente se requiere que lea en voz inteligible el instrumento en presencia del

---

<sup>48</sup> Espín, Diego. Óp. Cit. Pg. 244

<sup>49</sup> Muñoz, Nery Roberto; La Forma Notarial en el Negocio Jurídico Escrituras Públicas, Guatemala (2005), Infoconsult Editores; cuarta edición; Pg. 93.

notario y los testigos, lo que se hace constar en el testamento.

### **3.2.3.1 Obligaciones previas al otorgamiento de la escritura del testamento común abierto**

- a) La cedula de vecindad del testador si no fuere conocido por el Notario. (En opinión del autor de la presente tesis, el Notario debiera cumplir con esta obligación, aún y cuando los comparecientes fueren sus conocidos).
- b) La presencia de dos testigos instrumentales, sino fueren conocidos por el Notario deberán también identificarse.<sup>50</sup>
- c) De ser posible. Los títulos de propiedad de los que se van a disponer en el testamento para verificar números de registros y demás datos

#### **3.2.3.1.1 Obligaciones posteriores**

- a) Remitir Testimonio especial al Archivo General de Protocolos dentro de los veinticinco días hábiles siguientes a la autorización de la escritura. No obstante es un testamento común abierto, el testimonio especial se envía en plica, para que se mantenga la secretividad del mismo.
- b) Copia, testimonio o primer testimonio para el testador únicamente. (Aspecto que en la práctica notarial guatemalteca se acostumbra a entregar el interesado únicamente la copia legalizada del testamento).
- c) Aviso a los Registros de la Propiedad dentro de los quince días siguientes al otorgamiento, comunicando que el testador otorgo testamento, <sup>51</sup> no es necesario indicar bienes, ni herederos, ya que todo se mantiene bajo reserva hasta el

---

<sup>50</sup> Loc. Cit.

<sup>51</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código de Notariado. Decreto 314, artículo 46; y Decreto Ley 106. Código Civil artículo 1193.

fallecimiento del testador.

Al fallecer el testador se debe presentar el testimonio con duplicado al registro de la propiedad para su anotación, para iniciar el proceso sucesorio testamentario.

### **3.2.3.1.2 Impuestos**

1. Sobre la plica que contiene el testimonio especial se cubre el impuesto del timbre notarial, por tratarse de testamento es de veinticinco quetzales.<sup>52</sup>
2. Testimonio o copia para el testador<sup>53</sup>, en el testimonio no cubre ningún impuesto fiscal por el valor indeterminado. El impuesto sobre herencia se pagara hasta fallecido el testador y conforme el inventario de la herencia al finalizar el proceso sucesorio testamentario, cuando se efectúa la liquidación fiscal, donde se establece el capital líquido imponible.

### **3.2.3.1.3 Testamento cerrado**

Según el Código Civil Español<sup>54</sup>, "el testamento es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a la persona que ha de autorizar el acto. Ocurre con esta definición lo mismo que hemos indicado a propósito de la definición legal del testamento común abierto, es decir, que es aplicable no sólo al testamento común, en su forma cerrada, sino también a las formas cerradas de algunos testamentos especiales, lo que parece contradecir la clasificación legal de los testamentos en comunes y especiales, sub- dividiendo los primeros en ológrafo, abierto o cerrado<sup>55</sup>. En efecto, además de la forma cerrada del testamento común, es de aplicación dicha forma en el testamento militar (arts. 717 y 721) y en el marítimo (art. 722).

---

<sup>52</sup> Congreso de la República de Guatemala. Ley del Timbre Forense y Timbre Notarial. Decreto 82-96, artículo 3.

<sup>53</sup> Congreso de la República de Guatemala. Código de Notariado. Decreto 314, artículo 75.

<sup>54</sup> Espín, Diego. Óp. Cit. Pg. 242

El testamento común cerrado según la legislación española, se otorga ante Notario y cinco testigos; es, pues, un testamento notarial, igual que el testamento común abierto, por razón de la persona que lo ha de autorizar. Podemos, por tanto, completar la definición genérica de las formas cerradas testamentarias contenida en la doctrina en general, con esta intervención de las personas que han de autorizar el testamento común o notarial, diciendo que dicho testamento cerrado común es aquel en que el testador, sin revelar su última voluntad, declara ante el Notario que haya de autorizarlo y el número respectivo de testigos, de acuerdo a lo requerido por la ley, que dicha voluntad se halla contenida en el pliego que presenta.

El testamento cerrado coincide con el abierto en ser un testamento otorgado ante el Notario y cierto número de testigos, pero a diferencia de éste, en que dichas personas conocen la última voluntad del testador, en el cerrado el contenido de su voluntad permanece secreto limitándose aquéllos a dar fe y testimonio de su otorgamiento. En relación con el ológrafo se diferencia netamente, ya que en éste no interviene nada más que el testador en su otorgamiento y ha de escribirlo él mismo de su puño y letra, mientras que, en el cerrado, como veremos, puede estar escrito por persona distinta del testador.

Como el testamento cerrado puede estar escrito por otra persona, son capaces para su otorgamiento los que no puedan escribir (por algún impedimento, con tal que puedan leer; lo esencial es, por tanto, saber y poder leer para cerciorarse de que lo escrito se corresponde fielmente con el testamento que se quiere otorgar; pero en cuanto a los ciegos, incluso aunque sepan leer (conforme a los modernos métodos pedagógicos), no se estima prudente que puedan otorgar este testamento, que requiere no sólo poder leer, sino asegurarse de que lo escrito es efectivamente lo que se contiene en el pliego cerrado que se presenta al Notario<sup>55</sup>. Por estas razones las leyes disponen que no puedan hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer.

---

<sup>55</sup> Real Decreto del 24/07/1989. Código Civil Español, artículo 676

<sup>56</sup> Espín, Diego. Óp. Cit. Pg. 245

El testamento cerrado tiene tres fases con características diversas: en una primera fase, de carácter privado, y por tanto secreto, se ha de escribir el testamento; en la segunda fase, de comparecencia ante Notario y testigos, tienen lugar todas las formalidades que tienden a acreditar que en el pliego cerrado presentado por el testador se contiene su última voluntad; finalmente, en la tercera fase, tiene lugar la conservación del testamento para que una vez ocurrido, el fallecimiento del testador, pueda surtir efecto, mediante su presentación ante la Autoridad judicial, que ordenará la comprobación de la autenticidad de su cubierta externa y protocolización en la Notaría en que se hubiese otorgado<sup>57</sup>.

Dentro de la llamada fase privada, el testamento cerrado podrá ser escrito por el testador, o por otra persona a su ruego, en papel común, con expresión del lugar, día, mes y año en que se escribe. Por tanto, el testamento cerrado puede ser escrito tanto por el propio testador como por otra persona a su ruego, pero tanto en un caso como en otro se exigen determinadas garantías de autenticidad a través de la firma y rúbrica del testamento, que varían sin embargo en ambos casos, a saber:

- a) Si lo escribiere por sí mismo el testador, rubricará todas las hojas y pondrá al final su firma, después de salvar las palabras enmendadas, tachadas o escritas entre renglones.
- b) Si lo escribiere otra persona a su ruego, el testador pondrá su firma entera en todas las hojas y al pie del testamento. Cuando el testador no sepa o no pueda firmar, lo hará a su ruego y rubricará las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad.

Una vez escrito el testamento ha de procederse a cerrarlo en un pliego para mantener su carácter secreto. El Código Civil Español, al igual que el nuestro, con carácter excesivamente detallista, ordena que el papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada y sellada, de suerte que no pueda extraerse aquél sin

---

<sup>57</sup> Loc. Cit.

romper ésta, y hasta con la misma redacción.<sup>58</sup>

Dentro de la llamada fase Notarial, según la legislación española, el testador ha de comparecer ante el Notario y cinco testigos, manifestando que el pliego cerrado que presenta contiene su testamento, extendiéndose entonces sobre la cubierta de dicho testamento un acta, que una vez leída y conforme ha de ser firmada por los asistentes al acto.

Autorizado el testamento cerrado, el Notario lo entregara al testador, después de poner en el protocolo reservado copia autorizada del acta de otorgamiento. Con esto se puede apreciar que el Código Civil Español, analizado en el presente trabajo de investigación, ha sido de gran influencia en la legislación guatemalteca.

Así también, el testador puede conservar por sí mismo el testamento, o bien encomendar a otra persona su guarda o depositarlo en el archivo del propio Notario autorizante. Dispone, en efecto, el Código que el testador podrá conservar en su poder el testamento cerrado, o encomendar su guarda a persona de su confianza, o depositarlo en poder del Notario autorizante para que lo guarde en su archivo. En este último caso, el Notario dará recibo al testador y hará constar en su protocolo reservado, al margen o a continuación de la copia del acta de otorgamiento, que queda el testamento en su poder. Si lo retirase después el testador, firmará un recibo a continuación de dicha nota.

La persona que tenga en su poder el testamento cerrado tiene la obligación de presentarlo al Juez competente, desde que sepa el fallecimiento del testador, exigiéndose determinadas responsabilidades por el incumplimiento de la misma, para lo cual cuenta con un plazo establecido por la ley.

---

<sup>58</sup> Real Decreto del 24/07/1989. Código Civil Español, artículo 707.

### 3.2.4. Testamento ológrafo

Esta figura testamentaria no regulada por el código civil guatemalteco, pero sí por el español, pero no da una definición completa del testamento ológrafo, sino que se remite a otro precepto, el que encabeza la sección dedicada especialmente a dicha forma testamentaria. Dice, en efecto, que se llama ológrafo el testamento cuando el testador lo escribe por sí mismo en la forma y con los requisitos determinados; y según lo cual, para que sea válido este testamento, deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue. Combinando ambos preceptos, podemos decir que el testamento ológrafo es aquel que el testador escribe íntegramente por sí mismo, de su puño y letra, firmándolo, con expresión del año, mes y día en que se otorgue<sup>59</sup>.

La característica esencial de esta forma testamentaria es la no intervención de personas ajenas al testador, así como la de autografía total. Por tanto, su diferenciación con las formas notariales, abierta y cerrada, es evidente, constituyendo una forma estrictamente privada y de absoluto secreto, a diferencia del testamento cerrado, pues en éste lo secreto es tan sólo el contenido del testamento, pero no el hecho de su otorgamiento, aparte de que el cerrado puede ser escrito por otra persona, en cuyo caso ni siquiera el contenido es secreto. Esas dos características de autografía y ausencia de otras personas convergen en la nota de secreto propia de este testamento. Respecto a la denominación de ológrafo de este testamento, se dice con razón que más bien debiera llamarse autógrafo, pero que sin duda sobreentendiendo la autografía se quiere dar a entender de acuerdo con la etimología.

Se exige especial capacidad para otorgar este testamento, pues, según el Código Civil Español en su artículo 688, el testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad. Esta exigencia de plena capacidad por razón de edad, contraria a la regla general de capacidad para testar desde los catorce años, cualquiera que sea el sexo, se debe evidentemente al mayor peligro que ofrece esta forma testamentaria de

---

<sup>59</sup> Espín, Diego. Óp. Cit. Pg. 250

que falte plena conciencia del acto que se realiza, por la total carencia de asesoramiento que implica.

El testamento ológrafo, una vez ocurrido el fallecimiento del testador, ha de ser presentado a la Autoridad judicial por la persona que lo conserve, para la comprobación de su autenticidad y protocolización. Exponemos, por tanto, en primer lugar, su otorgamiento y, después, las diligencias judiciales que han de practicarse para que surta efecto.

En cuanto al idioma en que se escriba el testamento ológrafo, dispone el Código español, que los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma. Respecto a los españoles, la Resolución de 22 de noviembre de 1916 ha declarado que el Código civil no prohíbe que puedan otorgarlo en cualquier idioma, cuestión indiferente para este testamento.

Además de estos requisitos específicos, el testamento ológrafo, hade reunir los generales a todo testamento y por tanto el testamento ológrafo será nulo si es mancomunado.

Dicho Código no dicta ninguna medida en orden a la conservación del testamento ológrafo, que por tanto podrá conservarse por el mismo testador o entregarse a otra persona o incluso a un Notario, para que lo custodie. Ocurrido el fallecimiento del testador, ya hemos dicho que hay que presentar el testamento al Juzgado, para que éste proceda a practicar las diligencias necesarias para acreditar que es autógrafo, ordenando después su protocolización. El Código dicta las siguientes reglas para practicar dichas diligencias:

a) El testamento ológrafo deberá protocolizarse, presentándolo con este objeto al Juez de primera instancia del último domicilio del testador o al del lugar en que éste hubiese fallecido, dentro de cinco años, contados desde el día del fallecimiento. Sin este

requisito no será válido.<sup>60</sup>

b) La persona en cuyo poder se halle depositado dicho testamento deberá presentarlo al Juzgado luego que tenga noticia de la muerte del testador, y, no verificándolo dentro de los diez días siguientes, será responsable de los daños y perjuicios que se causen por la dilación. También podrá presentarlo cualquiera que tenga interés en el testamento como heredero, legatario, albacea o en cualquier otro concepto<sup>61</sup>.

En estos preceptos se impone un deber de presentación del testamento a aquellas personas que sean depositarías del mismo, deber que la doctrina extiende a los que tengan la posesión del testamento, aunque no fueren los depositarios. Por otra parte, se permite la presentación a los interesados, aunque no sean depositarios o poseedores del documento, pues sí lo fueren tendría ya el deber de su presentación; por esto se interpreta por la doctrina que se autoriza a los interesados en la sucesión, para gestionar de quien lo posea su presentación.

Independientemente de este deber de presentación, el Código establece el plazo quinquenal de validez o eficacia del testamento, transcurrido el cual no podrá ya intentarse su protocolización ni por tanto tendrán eficacia las disposiciones testamentarias que contuviere. Presentado el testamento ológrafo, y acreditado el fallecimiento del testador, el Juez lo abrirá si estuviere en pliego cerrado, rubricará con el actuario todas las hojas y comprobará su identidad por medio de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador, y declaren que no abrigan duda racional de hallarse el testamento escrito y firmado de mano propia del mismo. A falta de testigos idóneos, o si dudan los examinados, y siempre que el Juez lo estime conveniente, podrá emplearse con dicho objeto el cotejo pericial de letras.

Para la práctica de las diligencias expresadas en el apartado anterior, serán citados, con la brevedad posible, el cónyuge sobreviviente, si lo hubiere, los descendientes y los

---

<sup>60</sup> Real Decreto del 24/07/1989. Código Civil Español, artículo 689.

<sup>61</sup> Loc. Cit.

ascendientes legítimos del testador, y, en defecto de unos y otros, los hermanos. Si estas personas no residieren dentro del partido, o se ignorare su existencia, o siendo menores o incapacitados carecieren de representación legítima, se hará la citación al Ministerio fiscal, Órgano al que en Guatemala equivale a la Procuraduría General de la Nación. Los citados podrán presenciar la práctica de dichas diligencias y hacer en el acto, de palabra, las observaciones oportunas sobre la autenticidad del testamento. Si el Juez estima justificada la identidad del testamento, acordará que se protocolice, con las diligencias practicadas, en los registros del Notario correspondiente, por el cual se darán a los interesados las copias o testimonios que procedan. En otro caso, denegará la protocolización. Cualquiera que sea la resolución del Juez, se llevará a efecto, no obstante oposición, quedando a salvo el derecho de los interesados para ejercitarlo en el juicio que corresponda.

### **3.5 Formas de testar prohibidas**

a) Testamento mancomunado o de mancomún es el otorgado en un solo acto por dos personas, bien se instituyan recíprocamente herederos o nombren heredero de ambos a un tercero. Precedentes: De gran frecuencia en la práctica del pasado, sobre todo en la modalidad de institución recíproca entre cónyuges, fue muy criticado por el peligro de captación de voluntad de un cónyuge sobre el otro y la posible revocación por el cónyuge supérstite de sus disposiciones, que quizá tuvieran carácter compensatorio para las del premuerto, ya que según declaró reiteradamente nuestro Tribunal Supremo, la mera coincidencia de dos últimas voluntades en un solo acto testamentario no le privaba de su carácter esencialmente revocable por cada uno de los testadores de sus respectivas disposiciones

b) El Proyecto isabelino de Código civil de 1851 prohibió ya este testamento de mancomún, criterio seguido también por buena parte de los Códigos del pasado siglo. En cambio, el Código alemán lo permite entre esposos, si bien se procura evitar el inconveniente apuntado de la revocación de sus disposiciones por el cónyuge supérstite, disponiendo que si la disposición de un esposo no se habría otorgado sin la

recíproca del otro, la nulidad o revocación de la disposición de un cónyuge acarrea la del otro.

Claro está que no tienen carácter de testamento mancomunado ni por tanto quedan comprendidos en la prohibición legal del mismo, los testamentos separados, en que los respectivos otorgantes se instituyen recíprocamente herederos.

La jurisprudencia declara la nulidad de un testamento escrito y firmado por el marido en el que la mujer estampaba su huella dactilar por no saber firmar, y en que se instituían recíprocamente herederos ambos cónyuges, considerando nulo el testamento ológrafo del marido, ya que en el mismo intervenía también la mujer, no pudiendo separarse las declaraciones recíprocas de ambos testadores, por lo que como verdadero testamento mancomunado era nulo.

El problema que plantea el testamento mancomunado, en orden a su revocación, es resuelto permisivamente. El testamento mancomunado puede ser revocado o modificado por ambos cónyuges en un mismo acto u otorgamiento, y por uno de ellos en cuanto a sus inopias disposiciones”.<sup>62</sup>

Pero la modificación unilateral tiene repercusión en todo el testamento mancomunado en virtud de la reciprocidad de disposiciones que pueda contener: la revocación o modificación unilateral, otorgada por un cónyuge en vida del otro, producirá la ineficacia total de aquellas disposiciones que, por voluntad declarada de ambos en el mismo testamento o en documento público, estén recíprocamente condicionadas. Dicha revocación o modificación unilateral deberá hacerse en testamento abierto ante Notario, quien notificará al otro cónyuge, dentro de los ocho días hábiles siguientes, el mero hecho de haber quedado revocadas o modificadas tales disposiciones. Esta posibilidad de revocación o modificación unilateral está condicionada a la vida del otro cónyuge por lo que se dispone que, muerto un cónyuge, no podrá el otro revocar o modificar las disposiciones respectivas que se hallen en vigor.

---

<sup>62</sup> Espín, Diego. Óp. Cit. Pg. 275

Una norma especial se contiene también para los supuestos de nulidad y separación matrimonial, pues las sentencias de nulidad de matrimonio y de separación personal hacen ineficaces las liberalidades que los cónyuges se hubieran concedido en el testamento mancomunado y todas las disposiciones respectivas<sup>63</sup>.

c) El testamento por comisario es contrario al carácter personalísimo del testamento; en efecto, dicho testamento tiene lugar cuando una persona (comitente) confiere poder a otra (comisario) para que otorgue en su nombre testamento, valiendo, por tanto, como si fuese otorgado por la primera.<sup>64</sup>

Este testamento, contrario al carácter del testamento romano, como acto personalísimo, llegó a introducirse en nuestro Derecho histórico, aunque a veces con ciertas restricciones en las facultades del comisario para que se respetase la voluntad del comitente. Pero bajo el Derecho anterior a nuestra codificación civil, se censuraba grandemente esta institución, siendo suprimida por el Proyecto de Código civil de 1851.

El Código Español vigente también sigue este criterio prohibitivo, disponiendo que el testamento es un acto personalísimo: no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente; este criterio prohibitivo se extiende a la facultad de mejorar, al disponer expresamente que la facultad de mejorar no puede encomendarse a otro, si bien tiene una importante atenuación al permitirse, como veremos al tratar de la mejora, que, no obstante esta prohibición en relación con la misma, podrá válidamente pactarse, en capitulaciones matrimoniales, que, muriendo intestado uno de los cónyuges, pueda el viudo o viuda que no haya contraído nuevas nupcias, distribuir a su prudente arbitrio los bienes del difunto y mejorar en ellos a los hijos comunes, sin perjuicio de las legítimas y de las mejoras hechas en vida por el

---

<sup>63</sup> Loc. Cit.

<sup>64</sup> Loc. Cit.

finado.

El testamento contrario a esta prohibición sería nulo, como prohibido expresamente, pero se estima por algún autor, que estando admitida la validez de las disposiciones hechas con arreglo a las leyes, no obstante la nulidad parcial del testamento, si un testador dictase ciertas disposiciones facultando a un comisario para que disponga del resto de sus bienes, el testamento sería válido en la parte en que el testador dispuso personalmente.

Cuestión distinta al testamento por comisario es la posibilidad prevista por el Código, según la cual podrá el testador encomendar a un tercero la distribución de las cantidades que deje en general a clases determinadas, como a los parientes, a los pobres o a los establecimientos de Beneficencia, así como la elección de las personas o establecimientos a quienes aquéllas deban aplicarse.

d) Los antiguos Codicilos, procedentes del Derecho romano, y las memorias testamentarias, permitían introducir algunas modificaciones en un testamento anterior con menos solemnidades que otro testamento. En nuestro Derecho anterior al Código eran admitidas dichas memorias testamentarias autógrafas o firmadas por el testador, pero el Código las ha suprimido, pues no pueden tener la función que las caracteriza de modificar un testamento anterior, salvo que reúnan los requisitos del testamento ológrafo, en cuyo caso son verdadero testamento.

Dispone, en efecto, el Código, que toda disposición que sobre institución de heredero, mandas o legados haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo<sup>65</sup>.

e) En virtud de la disposición transitoria del Código civil español, los actos y contratos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior, y que sean válidos con arreglo a

---

<sup>65</sup> Loc. Cit.

ella, surtirán todos sus efectos según la misma, con las limitaciones establecidas en estas reglas. En su consecuencia serán válidos los testamentos, aunque sean mancomunados, los poderes para testar y las memorias testamentarias que se hubiesen otorgado o escrito antes de regir el Código, y producirán su efecto las cláusulas ad cautelam, los fideicomisos para aplicar los bienes según instrucciones reservadas del testador y cualesquiera otros actos permitidos por la legislación precedente; pero la revocación o modificación de estos actos o de cualquiera de las cláusulas contenidas en ellos no podrá verificarse después de regir el Código, sino testando con arreglo al mismo<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> Loc. Cit.

## CAPÍTULO IV

### PRESENTACIÓN, ANÁLISIS Y DISCUSIÓN DE RESULTADOS

#### 4.1 Presentación, análisis y discusión de resultados

Durante el desarrollo del presente trabajo de investigación de tesis, se analizaron diversos aspectos, que se consideran elementales en relación a la observación de formalidades por parte del Notario en el otorgamiento de actos de última voluntad del causante, que con ocasión del testamento o donación por causa de muerte quiere seguridad y certeza en sus designios que afectaran a todos sus herederos, legatarios o donatarios, aspectos que se encuentran plasmados en la ley y cuya observancia debe ser al todo por ciento estricta ya que se está frente a un acto solemnísimos donde el derecho notarial debe actuar junto a sus principios rectores y el amparo de la ley otorgando al notario un paradigma discrecional para que cumpla con sus funciones y roles a cabalidad, lo que crea entonces la necesidad de que todos los Notarios deban observar las formalidades por parte del Notario en el otorgamiento de actos de última voluntad.

El punto de partida de la presente investigación se originó de la controversia que existe en el ejercicio del Derecho Notarial, toda vez que se ha considerado que el hecho de que el Notario deje de observar las formalidades esenciales y específicas en el otorgamiento de actos de última voluntad, influye en la eficacia y seguridad jurídica de los otorgantes, así como también se ha puesto en discusión el hecho de si el criterio de los Notarios, al calificar la idoneidad de los testigos en el otorgamiento de actos de última voluntad es el correcto, toda vez que los mismos no siempre son criterios fundados en ley, es decir su decisión es una situación de liberalidad que puede repercutir enormemente en todo acto de declaración de voluntad.

Como ya fue analizado, esta clase de complicaciones, conlleva a un perjuicio para la parte otorgante o causante, especialmente en la seguridad jurídica de sus actos de

última voluntad. Complicaciones e incomodidades que bien pueden ser solucionadas con mayor celeridad, certeza y eficacia si se aplicara la selección de los testigos por parte de los Notarios, con razones fundadas y generando en ellos una idoneidad plena, tal y como es el objetivo del trabajo de tesis.

En la elaboración del trabajo de campo, se entrevistaron a informantes claves, como lo son los siguientes Notarios que se encuentran en el ejercicio de su profesión:

- a) Mario Fernando Rojas,
- b) Antonio Ramiro Morales González,
- c) Paul Alberto Barillas Acosta,
- d) Marco Antonio Díaz Cabrera,
- e) Carlota Catalina Pérez Mancilla,
- f) Francisco Eduardo de León Cifuentes,
- g) Luis Carlos Laparra Rivas,
- h) Carlos Roberto Aguilar Leiva,
- i) Mynor José Cifuentes Ochoa,
- j) Jorge Pablo Pérez Silva.

A quienes se les formularon las interrogantes que a continuación se indican, y producto de sus respuestas, analizando términos comunes, así como aportes especiales, se logró obtener una respuesta en forma conjunta, tal y como se indicará.

1.- ¿Qué es para usted el Acto de Última Voluntad?

Producto de las respuestas aportadas por los notarios, se logró determinar que el Acto de última voluntad, debe considerarse como aquel acto solemne, voluntario, unilateral o bilateral, por medio del cual una persona en vida, dispone ya sea de uno solo de sus bienes o derechos o de la totalidad de los mismos, para que, al momento de su muerte, sus decisiones puedan tener efectos sobre los mismos, y que en ocasiones deberán ser cumplidas por terceras personas.

2.- ¿Qué actos de última voluntad regula la legislación Guatemalteca?

Al obtener las respuestas de forma individual, se logró establecer que, al reunir los conocimientos de los Notarios entrevistados, se pueden mencionar los siguientes:

Testamento, que puede ser abierto o cerrado, así como especial o común;

Donación por causa de muerte;

Fideicomiso de planeación Matrimonial;

3.- ¿En el ámbito notarial, que es un testigo?

Los profesionales del Derecho en el ejercicio notarial, tienen conceptos propios con respecto de que es un testigo, por lo que al obtener diversas características, se genera el siguiente concepto: “Testigo, es una persona capaz, que puede tener diversas funciones en el ámbito notarial, dentro de las cuales algunas consisten en coadyuvar en la decisión de fe con el Notario; otras en poder identificar a una persona que carece del documento de identificación personal, así como firmar en nombre de una persona que por cualquier circunstancia se vea imposibilitada en poder firmar. Así también puede decirse que testigo es toda persona que se considera idónea para dar fe de algún hecho, toda vez que lo percibe, lo escucha y observa visualmente, y que lo hace sin ningún interés particular, generando la reproducción de su testimonio por medio escrito o de palabra.”

4.- ¿Qué tipos de testigo existen?

Los notarios han coincidido en que nuestra legislación Guatemalteca, clasifica a los testigos como, testigos presenciales, testigos instrumentales y de conocimiento o asistencia.

5.- ¿Cuáles son las características de los actos de última voluntad?

Para el ejercicio del Notariado, cada uno de los notarios entrevistados, han manifestado la vital importancia que recae en el hecho de que los actos de última voluntad deben cumplir con sus propias características para que generen los efectos para los cuales han sido creados, sien las características expuestas, las siguientes: Son actos personales, solemnes toda vez que deben constar por escrito y cumplir formalidades,

que en algunas ocasiones pueden considerarse privados o secretos, que pueden ser revocables y que se crean con el objeto de que surtan efectos después de la muerte.

6.- ¿Qué criterio maneja usted como Notario, para determinar si un testigo es idóneo o no, en el otorgamiento de actos de última voluntad?

La presente interrogante es quizás una de las que mayor importancia posee en el presente trabajo de investigación, la cual al ser resuelta por cada notario, se ha logrado determinar que la calificación del testigo es un aspecto que la propia ley dejó abierto al permitir que sea subjetiva o libre, pues es el notario quien deberá decidir por su propia voluntad si una persona es idónea o no para ser testigo, con el simple hecho de que pueda identificarse a través de su Documento Personal de Identificación. Sin embargo las respuestas e información brindada, sustenta la problemática que originó el presente trabajo de investigación, toda vez que los notarios consideran importante que una persona que comparezca en calidad de testigo, para ser idóneo, deba cumplir, en primer lugar con portar Documento Personal de Identificación, ser una persona capaz mentalmente para que su presencia sea de utilidad a la certeza y seguridad jurídica del acto, que no sea pariente del testador, heredero o persona que pueda resultar beneficiada con el acto de última voluntad, que se trate de una persona conocida por el notario que tenga la capacidad de comprender la trascendencia e importancia del acto, para que de esta manera pueda dar mayor solemnidad al acto así como seguridad jurídica.

7.- De acuerdo a su experiencia, ¿Es eficaz la declaración de voluntad del causante o donante por causa de muerte?

Existe concordancia en la opinión de los Notarios al considerar que los actos de última voluntad si son efectivos, toda vez que se refieren a una forma ordenada y preventiva que adopta una persona, de decisión sobre sus bienes, derechos y obligaciones que evita conflictos y gastos posteriores a la muerte del causante, siempre que se observen las solemnidades y requisitos legales en el otorgamiento del mismo.

8.- ¿Cuáles son las obligaciones del Notario en el otorgamiento de actos de última voluntad?

Las obligaciones notariales que nacen al otorgar un acto de última voluntad, por aporte de los Notarios entrevistados, se consideran como simultáneos o propios del acto y obligaciones posteriores al acto, consistiendo los primeros en que el Notario debe observar las formalidades para la celebración del mismo, percatarse de la capacidad mental del testador y asegurarse de que el testador exprese por sí mismo su voluntad y explicarle las consecuencias y efectos jurídicos del acto; al haberse realizado el acto de última voluntad, deberá enviar los avisos correspondientes al Registro General de la Propiedad y Segundo Registro de la Propiedad; también deberá extender el testimonio especial al Archivo General de Protocolos, tomando en cuenta que si el testamento es cerrado, deberá salvaguardar el mismo.

Por los resultados expuestos, interpretados y analizados, se considera que se han alcanzado los objetivos trazados en la investigación, respondiendo con ello la pregunta de investigación siguiente: ¿Es efectivo el criterio de los Notarios, respecto de la idoneidad de los testigos en el otorgamiento de actos de última voluntad? De la siguiente manera: El criterio de los Notarios, al momento de calificar la idoneidad de los testigos en el otorgamiento de actos de última voluntad, no es efectivo, toda vez que si bien es cierto la propia ley les faculta para poder tomar la decisión de manera personal en dicha calificación, es necesario que todos los notarios tengan parámetros o requisitos mínimos en dicha calificación, tal y como lo expusieron los notarios entrevistados en el trabajo de campo del presente trabajo de investigación, ya que cada uno ha aportado criterios distintos que al ser reunidos en un mismo cuerpo legal, brindarían mayor certeza y seguridad jurídica a los actos de última voluntad

## CONCLUSIONES

1. Los notarios en el ejercicio de su profesión en el municipio y departamento de Quetzaltenango, generalmente cumplen y hacen valer las formalidades específicas previstas en ley, para el otorgamiento de los actos de última voluntad; sin embargo, dichas formalidades resultan insuficientes porque su cumplimiento no se enfoca en la calificación que deben realizar los notarios de los testigos de quienes se auxilien.
2. Pese al cumplimiento estricto de las formalidades previstas en ley por parte de los notarios de Quetzaltenango, la problemática principal en relación con la materia radica en que el propio ordenamiento jurídico no prevé criterios generales de calificación respecto de los testigos que intervienen en el otorgamiento de los actos de última voluntad, sino que deja a discreción de cada notario en particular, la calificación de los mismos, lo cual no ofrece la suficiente seguridad jurídica que se requiere en situaciones especialmente trascendentes como las de esta índole.
3. Los principales criterios que los notarios actualmente utilizan en Quetzaltenango para la calificar la idoneidad de los testigos de quienes se auxilian para autorizar los actos de última voluntad, son: que porten Documento Personal de Identificación; que sean personas capaces mentalmente para que su presencia sea de utilidad a la certeza y seguridad jurídica del acto; que no sean parientes del testador, donante por causa de muerte, heredero o persona que pueda resultar beneficiada con el acto de última voluntad; que se trate de una persona conocida por el notario; que tenga la capacidad de comprender la trascendencia e importancia del acto se realizará. Se determinó que estos criterios no son efectivos, ya que la libertad otorgada a los notarios para dicha calificación, repercute en que, en ciertas ocasiones, las características de un testigo no sean idóneas para otorgar certeza y seguridad jurídica al acto.
4. Existirían un menor número de controversias en los actos de última voluntad otorgados ante un Notario, si la idoneidad de los testigos debiera calificarse en base

a ciertas directrices o criterios generales para todos los casos. En este sentido, debe resaltarse que el propio ordenamiento jurídico dejó a criterio de cada notario establecer la idoneidad o no, de los testigos que intervienen en la autorización de un acto de última voluntad. En este sentido, en la práctica notarial la influencia que tiene el profesional del notariado en la selección de los testigos y la determinación de su idoneidad, es enorme, toda vez que, al no existir parámetros generales ni lineamientos legales en relación con los mismos, es el notario que autoriza quien deberá, bajo sus propios criterios, establecer si acepta o rechaza la intervención como testigo de una persona para el otorgamiento de los actos de última voluntad.

## RECOMENDACIONES

1. Que los Notarios por iniciativa propia o a través del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, estimen establecer parámetros puntuales y generales para que la calificación de idoneidad de un testigo que pueda auxiliar al Notario en actos de última voluntad, se realice en un mismo sentido y bajo las mismas condiciones.
2. Que los notarios consideren para calificar la idoneidad de un testigo, en primer lugar que el mismo deba portar Documento Personal de Identificación, así como ser una persona capaz mentalmente para que su presencia sea de utilidad a la certeza y seguridad jurídica del acto, que no sea pariente del testador, heredero o persona que pueda resultar beneficiada con el acto de última voluntad, que se trate de una persona conocida por el notario que tenga la capacidad de comprender la trascendencia e importancia del acto, para que de esta manera pueda dar mayor solemnidad al acto así como seguridad jurídica.
3. Que el Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, realicen una estadística o estudio a nivel nacional entre todos los notarios en el ejercicio de su cargo, con el objeto de poder determinar qué aspectos debieran considerarse mínimos y necesarios calificar en un testigo para poder determinar su idoneidad.

## REFERENCIAS

### Referencias bibliográficas:

- Barassi, Le successioni per causa de morte, Tercera Edición. A. Giuffré Milano, Italia 1947.
- Brañas, Alfonso. Manuel de Derecho Civil Libros I, II, III. Séptima Edición. Editorial Estudiantil Fénix. Guatemala 2008.
- Carral y de Teresa, Luis. Derecho notarial y Derecho Registral. Editorial Porrúa, Quinta Edición. México 1994.
- Del Castillo, Bernardo Pérez Fernández. Ética Notarial. Editorial Porrúa. Tercera Edición. México 1994.
- Espín, Diego. Manuel de Derecho Civil Español, Volumen V Sucesiones; Tercera Edición. España 1970.
- Muñoz, Nery Roberto. Introducción al Estudio del Derecho Notarial. Infoconsult Editores. Séptima y Décima Tercera Edición. Guatemala. 2000.
- Muñoz, Nery Roberto. La Forma Notarial en el Negocio Jurídico Escrituras Públicas. Infoconsultores Editores, Cuarta Edición. Guatemala. 2005.
- Ossorio, Manuel. Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales. Editorial Heliasta. Argentina, 2004.
- Quezada Toruño, Fernando José. Derecho Notarial tres, Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Guatemala 1972.
- Quezada Toruño, Fernando José. Régimen Jurídico del Notariado en Guatemala, Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Guatemala 1973.

**Referencias Normativas:**

- Asamblea Nacional Constituyente de Guatemala. Constitución Política de la República de Guatemala.
- Congreso de la República de Guatemala. Código de Notariado. Decreto 314
- Congreso de la República de Guatemala. Ley del Organismo Judicial. Decreto 2-89.
- Decreto Real número 262, del 16 de marzo de 1942. Código Civil Italiano.
- Enrique Peralta Azurdia. Jefe del Gobierno de la República. Decreto Ley 106. Código Civil.
- Enrique Perlata Azurdia. Jefe del Gobierno de la República. Decreto Ley 107. Código Procesal Civil y Mercantil.
- Real Decreto del 24 de Julio de 1989. Código Civil Español.

**Otras referencias:**

- Beltrán de Heredia, Incapacidad de testar del que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio. Revista Jurídica Española. 1966.
- España García, Julio César. Evolución histórica del notariado en Guatemala. Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales, Abogado y Notario. Facultad de Derecho, Universidad Rafael Landívar. Quetzaltenango. 2009.

## ANEXOS

### ANEXO I

#### MODELO DE ENTREVISTA



Universidad  
Rafael Landívar

Tradición Jesuita en Guatemala

#### **BOLETA DE ENTREVISTA ESCRITA:**

Nombre del Notario:

Colegiado Número: \_\_\_\_\_

**Tema de Investigación:** Observancia de las formalidades por parte del Notario en el otorgamiento de actos de última voluntad.

**INSTRUCCIONES:** A continuación encontrará una serie de interrogantes, las cuales se le suplica contestar de acuerdo con la experiencia que usted ha adquirido en el ejercicio de su profesión o cargo. La información recaudada en esta entrevista será utilizada para estudio académico.

- 1.- ¿Qué es para usted el Acto de Última Voluntad?
- 2.- ¿Qué actos de última voluntad regula la legislación Guatemalteca?
- 3.- ¿En el ámbito notarial, que es un testigo?
- 4.- ¿Qué tipos de testigo existen?
- 5.- ¿Cuáles son las características de los actos de última voluntad?
- 6.- ¿Qué criterio maneja usted como Notario, para determinar si un testigo es idóneo o no, en el otorgamiento de actos de última voluntad?
- 7.- De acuerdo a su experiencia, ¿Es eficaz la declaración de voluntad del causante o donante por causa de muerte?
- 8.- ¿Cuáles son las obligaciones del Notario en el otorgamiento de actos de última voluntad?