



Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia

Licenciatura en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia

Testamento común abierto y videoconferencia

ante la pandemia

(Tesis de Licenciatura)

Marlin Rutilia Cruz Enríquez

Guatemala, noviembre 2020

**Testamento común abierto y videoconferencia
ante la pandemia**
(Tesis de Licenciatura)

Marlin Rutilia Cruz Enríquez

Guatemala, noviembre 2020

Para efectos legales y en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1º, literal h) del Reglamento de Colegiación del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, **Marlin Rutilia Cruz Enríquez** elaboró la presente tesis, titulada: **Testamento común abierto y videoconferencia ante la pandemia.**

AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Rector M. Th. Mynor Augusto Herrera Lemus

Vicerrectora Académica Dra. Alba Aracely Rodríguez de González

Vicerrector Administrativo M. A. César Augusto Custodio Cobar

Secretario General EMBA. Adolfo Noguera Bosque

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Decano Dr. Enrique Fernando Sánchez Usera

Vice Decana M. Sc. Andrea Torres Hidalgo

Director de Carrera M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

Coordinador de Sedes M. Sc. Mario Jo Chang

Coordinador de Postgrados y

Programa de Equivalencias Integrales M.A. José Luis Samayoa Palacios

Coordinadora de Procesos académicos Licda. Gladys Jeaneth Javier Del Cid



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo; adquiere sabiduría"

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, veintidós de julio de dos mil veinte. -----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **TESTAMENTO COMÚN ABIERTO Y VIDEOCONFERENCIA ANTE LA PANDEMIA**, presentado por **MARLIN RUTILIA CRUZ ENRÍQUEZ**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), reúne los requisitos de esta casa de Estudios, es procedente **APROBAR** dicho punto de tesis y para el efecto se nombra como Tutor al **LIC. RUFINO ADOLFO LOBOS GARCÍA**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.



DR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

1779

upana.edu.gt

Diagonal 34, 31-43 Zona 16

Lic. Rufino Adolfo Lobos García.

Abogado y Notario

Col. 6973

Cel. 57597008

E-mail: liclobos@yahoo.com

Guatemala, 30 de septiembre de 2020

Señores Miembros

Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia

Universidad Panamericana

Presente

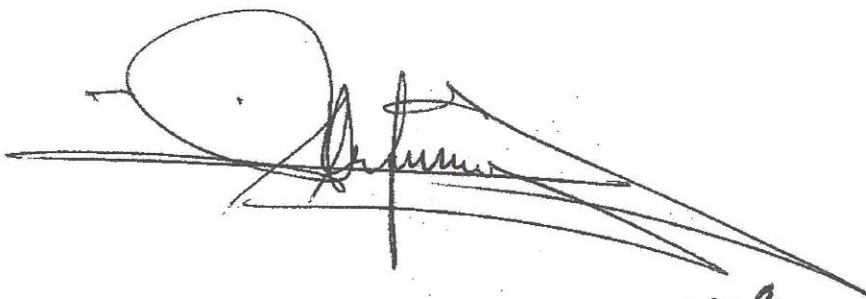
Estimados señores:

Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, haciendo referencia a mi nombramiento como tutor de la estudiante Marlin Rutilia Cruz Enriquez, carné 201902413, ID 86831. Al respecto se manifiesta que:

- a) Brindé acompañamiento a la estudiante en referencia durante el proceso de elaboración de la tesis denominada Testamento común abierto y videoconferencia ante la pandemia.
- b) Durante ese proceso le fueron sugeridas correcciones que realizó conforme los lineamientos proporcionados.
- c) Habiendo leído la versión final del documento, se establece que el mismo constituye un estudio serio en torno al tema investigado, cumpliendo con los requerimientos metodológicos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia para esta modalidad académica.

En virtud de lo anterior, por este medio emito **DICTAMEN FAVORABLE** para que se continúe con los trámites de rigor.

Atentamente,



Lic. Rufino Adolfo Lobos G.
Abogado y Notario



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo; adquiere sabiduría"

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, siete de octubre de dos mil veinte. -----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **TESTAMENTO COMÚN ABIERTO Y VIDEOCONFERENCIA ANTE LA PANDEMIA**, presentado por **MARLIN RUTILIA CRUZ ENRÍQUEZ**, previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), ha cumplido con los dictámenes correspondientes del tutor nombrado, se designa como revisor metodológico a la **M.A. HILDA MARINA GIRÓN PINALES**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.



DR. ENRIQUE FERNANDO SÁNCHEZ USERA
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

☎ 1779

🌐 upana.edu.gt

📍 Diagonal 34, 31-43 Zona 16

Guatemala, 26 de octubre del 2020.

Señores Miembros
Consejo de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Universidad Panamericana
Presente

Respetable Señores:

Atentamente me dirijo a Ustedes haciendo referencia a mi nombramiento como revisora de tesis de la estudiante Marlín Rutilia Cruz Enríquez.

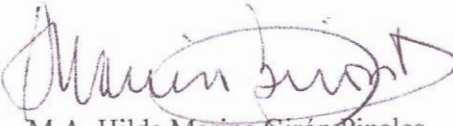
Al respecto informo que brinde acompañamiento a la estudiante en referencia durante el proceso de elaboración de tesis denominada: **Testamento común abierto y videoconferencia ante la pandemia.**

Durante el proceso le fueron sugeridas algunas correcciones que fueron realizadas conforme los lineamientos proporcionados.

Habiendo leído la versión final del documento se establece que el mismo constituye un estudio serio en torno al tema investigado, cumpliendo con los requerimientos metodológicos establecidos por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia para esta modalidad académica.

En virtud de lo expuesto anteriormente por este medio emito DICTAMEN FAVORABLE para que se continúe con el trámite correspondiente.

Atentamente



M.A. Hilda Marina Girón Pinales



ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **MARLIN RUTILIA CRUZ ENRÍQUEZ**

Título de la tesis: **TESTAMENTO COMÚN ABIERTO Y VIDEOCONFERENCIA ANTE LA PANDEMIA**

El Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia,

Considerando:

Primero: Que previo a otorgársele el grado académico de Licenciado(a) en Ciencias Jurídicas, Sociales y de la Justicia, así como los títulos de Abogado(a) y Notario(a), el (la) estudiante: ha desarrollado el proceso de investigación y redacción de su tesis de licenciatura.

Segundo: Que tengo a la vista los dictámenes del Tutor y Revisor, en donde consta que el (la) estudiante en mención ha completado satisfactoriamente los requisitos académicos y administrativos vigentes para el desarrollo de la Tesis de Licenciatura.

Tercero: Que tengo a la vista el documento, *declaración jurada del estudiante*, donde consta que el (la) estudiante autor de la presente tesis manifiesta, bajo juramento, que ha respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y ha reconocido los créditos correspondientes; así como la aceptación de su responsabilidad como autor del contenido de su Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

Se autoriza la impresión del documento relacionado en el formato y características que están establecidas para este nivel académico.

Guatemala, 05 de noviembre de 2020.

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"



Dr. Enrique Fernando Sánchez Usera
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

En la ciudad de Guatemala, el día treinta de octubre del año dos mil veinte, siendo las catorce horas en punto, yo, **ELIO RICARDO RUFINO OCHOA**, Notario me encuentro constituido en la sede central de la Universidad Panamericana, ubicada en la Diagonal treinta y cuatro, treinta y uno guión cuarenta y tres zona dieciséis, de esta ciudad, en donde soy requerido por **Marlin Rutilia Cruz Enríquez**, de treinta y siete años de edad, casada, guatemalteca, perito contador, de este domicilio, quien se identifica con Documento Personal de Identificación (DPI), con Código Único de Identificación (CUI) dos mil trescientos treinta y cinco espacio cuarenta mil ochocientos cuarenta y nueve espacio dos mil doscientos doce,(2335 40849 2212), extendido por el Registro Nacional de las Personas (RENAP) de la República de Guatemala. El objeto del requerimiento, es hacer constar su **DECLARACIÓN JURADA** de conformidad con las siguientes cláusulas: **PRIMERA:** Manifiesta **Marlin Rutilia Cruz Enríquez**, bajo solemne juramento de Ley y advertido de la pena relativa al delito de perjurio, ser de los datos de identificación personal consignados en la presente y que se encuentra en el libre ejercicio de sus derechos civiles. **SEGUNDA:** Continúa manifestando bajo juramento el requirente: i) ser autor del trabajo de tesis titulado: "**Testamento común abierto y videoconferencia ante la pandemia**"; ii) haber respetado los derechos de autor de las fuentes consultadas y reconocido los créditos correspondientes; iii) aceptar la responsabilidad como autor del contenido de la presente tesis de licenciatura. No habiendo nada más que hacer constar, finalizo el presente instrumento en el mismo lugar y fecha de inicio, treinta minutos después, la cual consta en una hoja de papel bond, impresa en ambos lados, que numero, sello y firmo, a la cual le adhiero los timbres para cubrir los impuestos correspondientes que determinan las leyes respectivas: un timbre notarial del valor de diez quetzales con serie y número A T guion cero trescientos ochenta y

siete mil setecientos setenta y nueve y un timbre fiscal del valor de cincuenta centavos de quetzal con número cuatro millones ochocientos setenta y siete mil ochocientos dos. Leo lo escrito al requirente, quien, enterado de su contenido, objeto, validez y demás efectos legales, la acepta, ratifica y firma con el Notario que autoriza. **DOY FE DE TODO LO EXPUESTO.**

f-) *Martín*

ANTE MÍ:

E
LICENCIADO
Elio Ricardo Rufino Pineda
ABOGADO Y NOTARIO



Nota: para efectos legales únicamente el sustentante es responsable del contenido del presente trabajo.

Dedicatoria

A Dios, todopoderoso quien dirige mis pasos hacia caminos de conocimiento, quien está conmigo y me da fuerza para alcanzar mis metas en la vida.

A mis padres, Rubén Cruz Barrera y Elly Enríquez Esquivel, quienes con su ejemplo me han enseñado el bien, quienes han sido mi apoyo en todo momento.

A mi abuelita, Mercedes Esquivel quien es una fuente de sabiduría en mi vida, quien con sus consejos me ha guiado, y con su paciencia me ha enseñado que todo es posible si se tiene fe en Dios.

A mi amado esposo, Luis Alberto Carrillo Arévalo, quien me ha motivado y apoyado a buscar siempre la superación, con su amor y comprensión.

A mis hijos, Carlos Alberto, Luisa Fernanda e Isabel Alejandra, quienes son el amor más lindo que Dios ha dado a mi vida para luchar cada día y esforzarme para ser un buen ejemplo para ellos.

A mis hermanos, Erlin, Evelyn, Nelly y Wilson, quienes comparten mis éxitos y se alegran por mi bienestar, de quienes tengo apoyo incondicional.

A mis compañeros, Carlos, Daniel, Ervin, Jenrry, Maribel, Mario, Marleny, Norma, Otty, Raúl, Ricardo, Stephanie y Vivian, quienes forman parte importante en esta etapa de mi vida.

Índice

Resumen	i
Palabras clave	ii
Introducción	iii
Testamento	1
Análisis de las disposiciones adoptadas por los países de España y México en cuanto al uso de videoconferencia en el testamento ante la pandemia	26
Forma de testamento común abierto por videoconferencia	42
Conclusiones	60
Referencias	62

Resumen

La presente investigación se realizó sobre el testamento común abierto y el uso de la videoconferencia en la pandemia generada por la enfermedad de coronavirus 2019 conocido por sus siglas Covid-19 en el ámbito civil y notarial, ya que, en la actualidad las disposiciones gubernamentales para evitar los contagios provocaron en la actividad notarial una suspensión puesto que se le dio prioridad al distanciamiento social. Así mismo se estableció que, en cuanto al uso de videoconferencia en el testamento común abierto en Guatemala no es válido por no contemplarse dentro de la legislación.

Se evidenció que, en España el avance tecnológico y el uso de la videoconferencia fue lo que permitió la continuidad de la actividad del Notario, que en México la utilidad de la videoconferencia permite la asesoría en cuanto a los actos notariales, que el pronunciamiento de las autoridades notariales de los países de España y México sobre la videoconferencia en lo que corresponde al testamento común abierto fue apropiada como una alternativa útil ante la prevención de los contagios generados por la pandemia. También se describió como serían los requisitos de esta forma testamentaria si se regulara en Guatemala.

Se estableció entre los temas importantes, que el testamento común abierto por videoconferencia no implica perder el rigor en cuanto a su certeza jurídica que por años se ha tratado de proteger, además este medio permite cumplir con la mayoría de los requisitos que se encuentran establecidos en la legislación guatemalteca. También se determinaron otras ventajas del uso de videoconferencia en el testamento común abierto, al momento que se genere como una nueva forma testamentaria, siendo esta herramienta sugerida en medio de situaciones como la actual, donde resultó ser un método de comunicación adecuado para continuar actividades que fueron suspendidas ante la pandemia.

Palabras clave

Testamento. Común. Abierto. Videoconferencia. Pandemia.

Introducción

El testamento común abierto en Guatemala es una forma en la cual una persona manifiesta su última voluntad en presencia del Notario y los testigos, este acto jurídico y solemne se encuentra revestido de requisitos esenciales y a la falta de uno de ellos el mismo carece de validez jurídica. En la actualidad la situación de la pandemia del coronavirus covid-2019, interfirió en la función notarial en la historia en virtud de prevenir los contagios, en los gobiernos actuales implementaron en sus disposiciones el distanciamiento social en el caso de Guatemala, esto generó la suspensión en la actividad notarial, sin contemplarse en la regulación legal la alternativa de la videoconferencia para dar continuidad a los actos notariales.

El uso de videoconferencia como un medio alternativo de comunicación tecnológica en el testamento común abierto presentaría ventajas si se incorporará en la legislación guatemalteca, permitiendo cumplir con la función notarial, en otros países es un avance ante las situaciones generadas por la pandemia se ha utilizado como una herramienta segura para continuar y no interrumpir la actividad Notarial, la justificación de este estudio es para evidenciar la importancia de generar una nueva forma de testamento común abierto que permita el uso de videoconferencia.

La presente investigación se aplicará respetando su naturaleza jurídica, en virtud que el tema pertenece a las ramas del Derecho Civil y Derecho Notarial, analizándola en concordancia con las disposiciones legales en cuanto al uso de videoconferencia en el testamento común abierto en los países de España y México. Teniendo relevancia en el contexto actual y las cuestiones que se originan por causa de la pandemia, así también se observará la legislación guatemalteca tomando en cuenta el uso de videoconferencia en los países mencionados, como una forma de establecer la importancia de sus ventajas.

Asimismo, se pretende alcanzar como objetivos; establecer las ventajas de generar una nueva forma de testamento común abierto, para que tenga certeza jurídica ante circunstancias de distanciamiento social; analizar la regulación legal del testamento común abierto enfocando sus limitaciones para otorgarlo por videoconferencia en Guatemala en virtud del distanciamiento social; y, analizar la regulación legal en los países de España y México con respecto a otorgar testamento mediante videoconferencia ante la situación actual por pandemia. Como metodología para el desarrollo del trabajo se utilizará el método de investigación analítico el cual se empleará para comprender los aspectos generales que determinan las ventajas de incluir en las disposiciones legales en Guatemala el uso de la videoconferencia dentro del testamento común abierto en virtud del análisis que se realizará en las disposiciones

adoptadas ante la pandemia específicamente en España y México.

En cuanto al contenido en este estudio se abordarán las generalidades del testamento en Guatemala, así como específicamente la forma de testamento común abierto, requisitos esenciales de validez, revocación, nulidad, falsedad y caducidad de las disposiciones testamentarias, posteriormente se analizará específicamente las disposiciones del testamento común abierto en el Código Civil y Ley de Notariado de España y, el Código Civil Federal y la Ley de Notariado del Estado de México, así también las disposiciones adoptadas ante la pandemia en cuanto al uso de la videoconferencia en el testamento común abierto. Por último, se definirá la forma de testamento común abierto por videoconferencia, se desarrollarán características, requisitos de validez jurídica, y sus ventajas.

Testamento común abierto y videoconferencia ante la pandemia

Testamento

Antecedentes históricos

El testamento es una institución antigua, que pudo haberse originado antes de Cristo, los historiadores le atribuyen a la época romana su surgimiento, entre sus antecedentes se encuentra la Ley de las Doce Tablas, y la época justiniana de donde puede partirse en el ámbito jurídico, en tal sentido Aguilar (2009) afirma:

La influencia romana cabe verla señaladamente en el uso y acuñación de vocabulario e instrumental conceptual, que por razones históricas muy conocidas han sido y en gran medida siguen siendo los de los civilistas actuales, influencia romana que hay que referir fundamentalmente al Derecho justiniano, que unió a la tradición romana más primitiva de limitada libertad de testar la regulación de una parte indisponible de la herencia por el testador (lo que hoy llamamos legitima) y la de un orden de suceder si ab intestato moritur, es decir, si el causante moría sin testamento o éste devenía ineficaz; pero continúa siendo instrumento central de la sucesión por causa de muerte el testamento, sometido a rígidas prescripciones sustanciales y formales.(p.18)

Como lo indica el autor, las bases conceptuales son tomadas de la época romana, en consecuencia, el testamento se incluye en la legislación del Código de Justiniano, el emperador logró unir todo el Derecho Romano en este Código. También se dice que durante esta época la influencia de la iglesia era decisiva en cuanto a la legislación, lo más importante en el orden de ideas civiles era la voluntad de la persona, la familia, y el patrimonio.

Por el contrario, al Derecho Romano, Aguilar (2009) expone: “El Derecho germánico, de formas mucho más groseras y menos evolucionadas, desconoció el testamento durante un largo período de su trayecto histórico.” (p.19). En relación a esta forma de heredar a diferencia de los romanos los herederos no eran elegidos, sino que se seguía en un orden de nacimiento los bienes pasaban a sus familiares más cercanos, según lo indica la historia los hombres tenían preferencia en cuanto a las mujeres. En este mismo orden de ideas, también cabe mencionar que, los bienes eran divididos si resultaba ser de origen maternal recaían en sus descendientes y si por el contrario eran de origen paternal se les entregaba a sus familiares cercanos.

Continuando con la evolución del testamento durante la época feudal, en Francia, este se hacía constar en pliegos y se realizaba ante un notario o sacerdote, en la época monárquica el testamento era considerado un acto religioso, sin embargo, en la monarquía moderna se consideró como un acto civil, con la característica de unilateralidad donde se consignaba la última voluntad del testador. Puede decirse que, en virtud de la influencia romana en el año de 1804 surge el Código Civil francés conocido en la historia como Código de Napoleón, siendo un modelo para muchas otras legislaciones, en este se contemplan una variedad de instituciones que resultan como avances importantes dentro de la legislación civil, se dice por los historiadores que su redacción es de fácil interpretación.

Al respecto González (1992) afirma:

El Código de Napoleón está construido sobre el llamado plan romano-francés y, por lo tanto, dividido en tres libros: el primero que se dedica al derecho de la persona y sus relaciones familiares (salvo las económicas existentes entre los cónyuges); el segundo a los derechos sobre las cosas y las diferentes modificaciones de la propiedad, y el tercero y último, bajo el título de los diferentes modos de adquirir la propiedad, estudia por este orden la herencia, el contrato y las demás fuentes de la obligación (entre las que se encuentran las relaciones económicas entre cónyuges, contempladas como contrato de matrimonio) y algunos otros temas aislados.(p. 199)

En España, según la historia se continuó con el sistema romano en lo que respecta a las Siete Partidas, incluyeron dentro de las solemnidades del testamento la presencia de testigos rogados que podía ser escrito. Posterior se conoció el Ordenamiento de Alcalá, que a su vez reguló el número de testigos a tres, y que debería hacerse ante Notario, también podía realizarse sin presencia del Notario ante cinco testigos. Durante la época prehispánica en México la cultura azteca contemplaba el derecho indígena que permitía adquirir la propiedad post mortem como figura de un derecho de posesión, en época de la conquista española este derecho fue desapareciendo en los pueblos. Se estableció un nuevo orden jurídico y decidía sobre las tierras clasificándolas, dependiendo de ello variaba la forma de ser heredadas. Como requisito se tomó la participación de testigos como parte de los requisitos solemnes en el Derecho de Indias.

En Guatemala como consecuencia de la conquista española, también se impusieron leyes, las cuales eran integradas por el derecho que se refería a poseer bienes, enajenar y transmitir por medio de testamento. Aún después de proclamar la independencia en 1821 las leyes de castilla se mantuvieron, hasta el año de 1877 por disposición del gobierno liberal dirigido por el presidente Justo Rufino Barrios, se promulgó el Código Civil y el Código de Procedimientos Civil, con el objeto de reemplazar la legislación vigente de esa época. Dentro de esta legislación se establece el testamento común abierto a través de escritura privada, posterior a la muerte del testador se elevaba a escritura pública. Así mismo, aparece la figura del testamento del ciego en la cual se exigía como formalidad un testigo, además surgen las figuras jurídicas del testamento cerrado, el testamento militar de los navegantes, del preso, de los que se hallen en lugar incomunicado y el otorgado en el extranjero, en este código existían ciertas limitaciones refiriéndose a la libertad de testar.

En el año 1933 se crea un nuevo Código Civil, en el cual las limitaciones de libertad de testar se eliminan, con la salvedad del derecho de las personas de ser alimentadas, en esta disposición se regula el testamento del ciego y se incluye a la clasificación del testamento del sordo, se establecen formalidades y requisitos en cuanto a faccionar la escritura pública. También se prohíbe el testamento mancomunado, este Código fue derogado en el año de 1964, entrando en vigencia el 1 de julio el Decreto

Ley número 106, Código Civil que se encuentra vigente en la actualidad con los cambios incluidos en este Código en donde se amplía la libertad de testar y aparece la disposición de nombrar a un tercero la distribución de herencias o legados, surgiendo la figura del albacea, conocido en la antigüedad como *familiae emptor* en Roma.

Definición

El testamento es una institución en la cual se materializa la voluntad del testador, esta nace a la vida jurídica y produce efectos sobre los bienes que se transmiten a los herederos después de la muerte del otorgante. “La palabra testamento viene de las voces latinas *testatio*, que significa testimonio y *mens, mentis*, que quiere decir, mente o voluntad, o sea el testimonio de la voluntad o querer del testador” (Aguilar, 2009, p.79). La mayoría de los autores dentro de sus definiciones incluyen de forma importante la declaración de voluntad del testador ya que esta característica es la base para ejercer el derecho de testar.

Al respecto, Ferrero (2005) expone que el testamento es: “La declaración de última voluntad que hace una persona disponiendo de sus bienes y de asuntos que le atañen, para después de su muerte.” (p. 345). Tal y como lo define el autor, esta manifestación de última voluntad implica no solo disponer de sus bienes, sino que también de otras cuestiones que pueden

ser contenido del testamento. Al respecto Baqueiro y Buenrostro (2007) indica que: “El testamento, asimismo, es el documento en el que consta la voluntad última de carácter patrimonial y que puede contener también otras cuestiones (nombramiento de tutor, reconocimiento de hijos, disposiciones funerarias, etcétera).” (p.36). De acuerdo al autor el testamento reúne una serie de disposiciones que implican además de la distribución de bienes, también otras cuestiones idóneas y permitidas en el mismo, concernientes a lo que el testador desee incluir.

La definición legal se encuentra regulada en el artículo 935 del Decreto Ley número 106, Código Civil el cual establece que: “El testamento es un acto puramente personal y de carácter revocable, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes, para después de su muerte.” De acuerdo a esta definición puede indicarse que el testamento es personal, por lo cual no puede ser determinado por la voluntad de otra persona, solo lleva implícita la voluntad del testador. El testamento es un acto solemne esto dado que se debe realizar de la forma que establece la ley para producir efectos jurídicos sin estos requisitos carece de total validez. Asimismo, es un acto revocable puesto que el testador tiene la facultad de dejar sin efecto el mismo. Destaca entonces, en la definición legal las características esenciales del testamento como acto jurídico, personal, revocable y de última voluntad.

En cuanto a otras definiciones doctrinarias por su parte Luca (2004) indica que “El testamento es, en esencia no solo un documento, sino principalmente un acto jurídico de naturaleza dispositiva que la mayoría de los autores consideran de carácter negocial.” (p.34) resalta la idea de que el testamento es dispositivo en cuanto a la voluntad del testador.

Características del testamento

De acuerdo a lo que establece el Código Civil guatemalteco en el artículo 935 resultan la mayoría de las características del testamento, lo cual permite analizar las siguientes:

Es un acto personal, siendo la única voluntad manifestada en el testamento por el testador, por lo cual no puede ser otorgado por representación o por poder debido a que dicho acto es indelegable, en consecuencia, no se puede otorgar testamento por dos o más personas en un mismo acto, esto es conocido en la doctrina como testamentos mancomunados.

Aguilar (2009) afirma:

En este ámbito nuestro Código Civil sigue el modelo del Código Civil francés, puntualizando el peligro de captación de voluntad, la merma de la libertad del testador y el riesgo de fraude que supone que dos personas otorguen testamento mancomunado y luego una de ellas unilateralmente revoque su parte. (p.84)

En relación a esta característica la base del testamento es brindar certeza a lo que se expresa en él, siendo la voluntad del testador, a través de este instrumento busca suceder sus bienes. Algunos autores señalan que esta característica lo diferencia de lo que es un contrato, ya que además de ser un acto personalísimo, no es necesario que otras personas se manifiesten en el mismo, sin embargo, es permitida la asesoría y la presencia de testigos, esta característica personal está íntegramente ligada al requisito de capacidad de la persona, de lo cual el Notario dará fe.

Es un acto revocable, de acuerdo con Herrera y Pellegrini (2016) “la revocabilidad de testamento es uno de sus caracteres fundamentales. El testamento debe reflejar la última voluntad del causante y para ello, es imprescindible que se permita modificar dicha voluntad tantas veces como sea considerado necesario por el causante.” (p.423). En este sentido la legislación guatemalteca le permite al testador dos presupuestos para revocar de forma tácita, la primera se encuentra regulada en el artículo 983 del Código Civil guatemalteco, el cual considera que puede dejar sin efecto el testamento por otorgamiento de un posterior, en este caso el otorgante puede dejar vigente de manera expresa todo o parte del testamento anterior, y la segunda forma se encuentra establecida en el artículo 985 e indica que el testamento quedará revocado por la enajenación que realice el testador del todo o parte de los bienes otorgados en el testamento al menos que vuelva a su dominio.

Es un acto mortis causa: con relación a esta característica el efecto jurídico del testamento es generado por un hecho natural como lo es la muerte del testador, Acedo (2014) indica que “los bienes, y muchas relaciones jurídicas, trascienden a la vida de las personas, lo que supone que no desaparecen cuando muere un individuo.” (p.19) por consiguiente, los efectos jurídicos son en cuanto a la distribución de sus bienes y los asuntos que haya manifestado en el testamento. Esta característica resulta del concepto legal en el artículo 935 del Código Civil guatemalteco cuando el legislador después de describir el testamento incluye las palabras “para después de su muerte”, con ello al expresar su voluntad el objeto de materializarla se completa cuando muere.

Libertad de testar, esta característica también es un derecho que reviste a la persona para disponer de sus bienes por medio de testamento a favor de otra persona. La Constitución Política de la República de Guatemala al respecto de la propiedad privada en el artículo 39 ordena que “... Toda persona puede disponer libremente de sus bienes de acuerdo con la ley”. El artículo 936 del Código Civil guatemalteco establece “Límites de la libertad de testar. La libertad de testar sólo tiene por límite el derecho que algunas personas tienen de ser alimentadas”. Tal cual la norma lo expresa este derecho se limita ante el derecho de alimentos. El fundamento legal se encuentra regulado en el artículo 934 del Código Civil guatemalteco, el cual inicia indicando que la capacidad civil de la persona

es el requisito legal para disponer libremente de sus bienes.

Es un acto solemne, para que el testamento sea válido debe cumplir con los requisitos establecidos en la ley siendo estos exigidos siempre, el testamento tiene como característica principal la formalidad para su certeza, por lo cual es un acto garantizado e importante, “... dado que solo puede ser realizado en alguna de las formas forzosas instituidas por la ley, sin que pueda considerarse como testamento cualquier disposición que no satisfaga los requisitos esenciales ...” (Baqueiro y Buenrostro, 2007, p.35) como puede considerarse la formalidad es un aspecto de garantía y debe cumplirse, la legislación regula distintos requisitos dependiendo la clase de testamentos. En el caso de otorgar testamento común abierto se considera como requisito esencial de validez que se redacte en escritura pública, y asimismo cada forma testamentaria contempla distintas estipulaciones con la finalidad que el acto sea protegido.

Clasificación de las formas de testamento en el Código Civil guatemalteco

En Guatemala la clasificación legal se encuentra en el Código Civil, artículo 954 el cual establece que de acuerdo a su forma el testamento puede ser común este a su vez se divide en abierto o cerrado, y especiales. Dentro de las clases de testamento común se encuentran:

a) Testamento común abierto: Los artículos 955 y 967 del Código Civil guatemalteco regulan esta forma de testamento establecen que se otorga en un solo acto, en escritura pública como requisito esencial para su validez, en el cual el testador entrega una minuta o manifiesta de palabra su última voluntad al Notario para que lo redacte en el testamento, procediendo a leerlo en presencia de los testigos. Dentro de esta clase de testamento también puede otorgar el que padece de ceguera, de acuerdo al artículo 957 del Código Civil guatemalteco, con la diferencia que debe intervenir un testigo más y se leerá dos veces, la primera por el Notario autorizante y la segunda, por uno de los testigos elegido al efecto por el testador, haciendo constar la circunstancia. Además del testamento del ciego el artículo 958 del mismo Código, regula el testamento del sordo, en este caso la formalidad exige que el testador lea por sí mismo en voz inteligible el instrumento en presencia del notario y testigos, lo cual se hará constar.

b) Testamento común cerrado: es aquel en virtud del cual el testador entrega al notario en una cubierta cerrada el papel donde se encuentre el testamento escrito por él.

Aguilar (2009) considera que:

Este testamento consta de tres fases: a) redacción de lo escrito por el testador (lo escribe de su puño y letra) que contiene su última voluntad, que lo coloca en un sobre cerrado y sellado; b) el otorgamiento ante Notario, c) la conservación del testamento por el testador, otra persona

o el propio Notario. Su presentación ante el Juez competente cuando fallece el testador. (p. 115)

En cuanto a lo que indica el texto anterior, estas fases pueden encuadrarse dentro de las formalidades que establece el artículo 959 del Código Civil guatemalteco, el cual indica:

1ª. El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada, de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta.

2ª. En presencia del Notario y los testigos, y los intérpretes en su caso, manifestará el testador que el pliego que presenta contiene su testamento y si está escrito y firmado por él o escrito por mano ajena y si, por no poder firmar, lo ha hecho a su ruego otra persona, cuyo nombre expresará;

3ª. Sobre la cubierta del testamento extenderá el notario el acta de su otorgamiento, dará fe de haberse observado las formalidades legales, y

4ª. Extendida y leída el acta, la firmarán el testador, los testigos, los intérpretes si los hubiere y la autorizará el notario con su sello y firma.

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

Ante todo, puede notarse que, a diferencia del testamento común abierto en el caso del testamento cerrado la voluntad del testador no se conoce, porque él en forma secreta realiza la distribución de sus bienes o las disposiciones que considera pertinentes para después de su muerte por escrito, por lo cual el Notario dando fe de que el testador realizó su testamento y lo presentó en forma cerrada, en presencia de los testigos e interprete si fuere el caso.

A diferencia del testamento común abierto el Código Civil guatemalteco en el artículo 960, ordena que el ciego, el que no sepa leer y escribir no pueden otorgarlo de esta forma. Considerando que como formalidad especial debe ser escrito con el puño y letra del testador, esta formalidad no podría cumplirse por la discapacidad física que en estos casos presentarían para hacerlo.

El artículo 961 del mismo cuerpo legal, permite otorgar testamento común cerrado a aquellas personas que no pueden hablar, pero sí escribir ordenando como formalidad el testamento en el acta de la plica y deba ser escrito por y firmados por el puño y letra del testador. Posterior a autorizar el testamento el acta de otorgamiento debe protocolizarse y firmarse el instrumento por todos los que intervengan en el acto de conformidad a lo que establece el artículo 963 del Código Civil guatemalteco.

Así mismo, el artículo 963 del Código Civil guatemalteco, preceptúa tres formas para conservar el testamento común cerrado, a) el testador puede guardarlo en su poder, b) encomendarlo a persona de su confianza, o c) depositarlo en poder del notario haciéndose constar en el acta. Posterior al fallecimiento del testador el artículo 964 del mismo Código indica que, “el Notario o la persona que tenga en su poder el testamento cerrado, deberá presentarlo al juez competente luego que sepa el fallecimiento del testador y, a más tardar, dentro de diez días, bajo pena de responder de los daños y perjuicios”.

Dentro de las formas testamentarias se encuentran los testamentos especiales, tuvieron su origen en el derecho romano, debido a las circunstancias en las que se encuentra el testador deben otorgarse con distintas formalidades, dado que, ante estas formas de testamentos especiales, la presencia del notario es suplida por la persona que represente autoridad al momento que el disponga de su libertad de testar y frente a testigos idóneos.

Aguilar (2009) considera que:

Por circunstancias excepcionales o especiales que pueden rodear al testador, al momento de testar, la ley ha erigido el testamento menos solemne o privilegiado relevado de algunas formalidades exigidas para los ordinarios. No resultaría lógico, tratándose de situaciones apremiantes, reclamar el cumplimiento de la plenitud de las ritualidades de difícil cumplimiento, para el otorgamiento de testamentos que deben formalizarse en el menor tiempo posible. Se autoriza la intervención como funcionario a las personas que por su intermediación pueden hallarse presentes, y solo se reclama de los testigos capacidad sensorial y síquica para que se den cuenta del acto. (p.118)

Tal como lo expresa en el texto citado el autor, esta clase de testamentos se establecen en la legislación con la intención de atender de forma inmediata el derecho de testar, ya que está en riesgo que no pueda hacerse por las condiciones especiales en las cuales el testador puede encontrarse, así también es necesaria la intervención de testigos que reúnan la calidad que exige el Código Civil guatemalteco y el Código de Notariado para ser idóneos.

Se consideran testamentos especiales los siguientes:

1) Testamento militar: Tiene su origen en el Derecho Romano, se otorga ante el peligro que representa una guerra, esta clase de testamento tiene por objeto que los militares puedan ejercitar la libertad de testar ante la autoridad de más alto rango, o quien haga sus veces, esta forma testamentaria especial puede ser utilizada por militares, voluntarios, rehenes o prisioneros, o demás empleados del ejército, con la presencia de dos testigos que deben saber leer y escribir. Este testamento únicamente podrá ser abierto de acuerdo a lo que establece el artículo 965 del Código Civil guatemalteco.

2) Testamento marítimo: de conformidad al artículo 967 del Código Civil guatemalteco, se presentan dos formas en los cuales podría otorgarse de acuerdo al buque en el que se encuentre el testador, si se tratara de un buque de guerra este se otorgará ante el contador o ante quien ejerza sus funciones en presencia de dos testigos que sepan leer y escribir y que vean y entiendan al testador, el comandante del buque o el que haga sus veces pondrá su visto bueno. El segundo caso es si se tratara de un buque mercante, el acto se realizaría ante el capitán o el que haga sus veces con la asistencia de dos testigos con el requisito que sepan leer y escribir. Este testamento especial puede ser abierto o cerrado.

3) Testamento en lugar incomunicado: de conformidad con el artículo 971 del Código en mención este testamento debe otorgarse en caso de epidemia, contempla como formalidad que sea ante el juez local y en presencia de dos testigos que sepan leer y escribir. Ante la situación que generó el Covid-19 en Guatemala, en la actualidad esta formalidad se encuentra fuera del margen de cumplimiento ya que el aislamiento social no lo permite.

4) Testamento de preso: el artículo 972 del Código Civil en Guatemala, establece que este se otorga por el que se encuentre preso, la formalidad para otorgar este testamento consiste en realizar el acto ante el jefe de la prisión pudiendo ser testigos los detenidos o presos.

Los testamentos anteriores surten efectos al momento de la muerte del testador durante esta situación, establece el artículo 973 del Código Civil guatemalteco un plazo de noventa días posteriores a la cesación de ella.

5) Testamento en el extranjero: el artículo 974 del Código en mención establece que el guatemalteco fuera del territorio nacional puede testar sujetándose a las normas establecidas por las leyes de la nación en donde se encuentre o en alta mar durante su navegación en buque extranjero, en el artículo 976 del Código Civil guatemalteco, establece que esta clase especial de testamento se otorgara ante el agente diplomático o consular de esta República, residente en el lugar del otorgamiento con el requisito

que sea notario, puede realizarse en forma de testamento común o abierto.
Generalidades del testamento común abierto

De acuerdo con los antecedentes históricos en Roma la característica de este testamento consistía en declarar la última voluntad del testador a viva voz en presencia de siete testigos, se consideraba como un acto público ante los comicios. Conocido también como testamento nuncupativo aplicado al derecho de otorgar testamento de palabra. Las disposiciones legales implementadas en las doce tablas fueron integrando solemnidades especiales para esta clase de testamento, se exigieron para su autorización ya en el siglo XII en España de acuerdo a las normas romanas la presencia de testigos, a unidad de acto y la autorización de los escribanos públicos. En la actualidad es llamado también testamento notarial.

Aguilar (2009) indica que:

El testamento abierto como testamento notarial ordinario, se admite en los sistemas germanistas y romanistas y se desconoce en la familia escandinava y anglosajona. El rasgo común es que la declaración de voluntad mortis causa se produce ante notario normalmente en presencia de testigos como requisito. (p. 87)

De acuerdo al autor indica que el testamento común abierto como característica importante se otorga ante un Notario y testigos, debido a la formalidad especial para su validez. En cuanto a la participación del Notario en el testamento común abierto esto es en virtud de la fe pública que le otorga el Estado para autorizar este acto voluntario, personal y

solemne. El Notario debe verificar que los requisitos que la ley establece se cumplan al otorgar el testamento. En cuanto a los testigos, se indica que son parte de las solemnidades del testamento común abierto, su presencia permite que sean receptores de la última voluntad del testador, estos deben reunir los requisitos que la ley establece para ser idóneos. Por consiguiente, el testamento común abierto de acuerdo a lo que establece el Código Civil guatemalteco es el acto jurídico otorgado en escritura pública en el cual se redacta la última voluntad del testador, en un solo acto que deberá leerse en presencia de los testigos y sin interrupción, cumpliendo con las formalidades que establece el Código de Notariado.

Aguilar (2009) considera que:

...se puede definir al testamento común abierto como el otorgado ante Notario (y testigos), manifestando la voluntad testamentaria. Esta manifestación de la voluntad testamentaria, es en forma abierta, es decir, que el Notario, y los testigos, quedan enterados, es el rasgo esencial de este testamento. (p.110)

En virtud de lo que establece el Código Civil en su artículo 955 y 956 el testamento común abierto tiene como características las siguientes:

a) Solemne: establece el artículo 955 del mismo cuerpo legal en mención, que el testamento común abierto debe otorgarse en escritura pública para que tenga validez jurídica. De acuerdo al Código Civil deben además cumplirse con las formalidades establecidas en el Código de Notariado guatemalteco el cual establece que estas son generales, especiales y esenciales en virtud a la escritura pública para que este sea válido.

b) Voluntario y personalísimo: de conformidad con el artículo 956 del Código Civil guatemalteco el testador manifiesta su voluntad expresándola oralmente ante el Notario y los testigos sin que exista violencia, dolo o fraude para otorgar el testamento. La manifestación de voluntad puede realizarse de dos formas una de ellas consiste en que el testador de forma oral le indique al Notario la distribución de sus bienes u otras cuestiones que deben establecerse en el testamento, o bien que de forma escrita el testador presente al Notario un texto escrito por el para que este sea transcrito y se le dé la forma legal en la escritura pública.

Colín y Capitán (2002) consideran que:

El testamento es obra exclusiva de la voluntad del otorgante, y esta voluntad unilateral basta para hacer a los legatarios acreedores o propietarios a la muerte del testador. Además, el testamento es la obra de una voluntad rigurosamente personal; es el único acto, con el matrimonio, que no admite representación y por eso no se puede testar por mandatario legal ni voluntario. (p.348)

c) Notarial: por ser el testamento común abierto un acto jurídico la actuación del Notario consiste en hacer constar que se cumplen con los requisitos establecidos en la ley, darle forma legal a las disposiciones de última voluntad del testador en escritura pública, leer el testamento ante el testador y los testigos, y dar fe que todo lo que contiene el instrumento público ha sido leído en presencia del testador y los testigos en voz alta y que el testador se encuentra de acuerdo con lo establecido procede a autorizar el acto. El artículo 1 del Código de Notariado guatemalteco

establece que: “El Notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte”. Por lo cual su intervención en la elaboración de la escritura pública como requisito de validez es fundamentada por la fe pública que le reviste.

d) Unidad del acto: como formalidad el artículo 956, segundo párrafo del Código Civil guatemalteco ordena que debe otorgarse testamento “en un solo acto sin interrupción”, por lo que debe existir continuidad en cuanto a las formalidades que se exigen para otorgarlo.

Requisitos esenciales de validez del testamento común abierto en el Código de Notariado guatemalteco

El Código de Notariado Decreto Número 314 de Guatemala en el artículo 44 remite a tomar en cuenta los requisitos esenciales para la escritura pública establecidos en el artículo 31 que fueran pertinentes para el testamento y establece como formalidades para el testamento común abierto las siguientes:

1. La hora en que se otorga; este requisito constituye una diferencia a otros actos autorizados por escritura pública ya que esencialmente solo la fecha es necesaria sin embargo al considerarse el testamento que debe otorgarse en un solo acto la hora es una formalidad esencial que debe hacerse constar

al principio y al final de la escritura pública.

2. La presencia de dos testigos; el Código de Notariado guatemalteco establece un número de dos testigos idóneos, estos reúnen la calidad de testigos instrumentales “la función que cumplen es establecer que el acto se celebró y que lo expuesto en el instrumento es la voluntad del que lo otorgó” (Muñoz, 2007, p.17) por lo cual el Notario lee en voz alta la escritura pública para que a través de sus sentidos sea válido lo consignado en el acto. Además de los dos testigos instrumentales si el testador no sabe o no puede firmar debe firmar posterior a su impresión digital un testigo en doctrina denominado a ruego.

3. La expresión del testador de su última voluntad; en consecuencia, que otorgar testamento constituye un derecho en el cual el testador dispone de su patrimonio y surte efectos después de su muerte por lo tanto siendo un acto jurídico importante la voluntad del testador siendo la última implica que esta expresión sea un requisito esencial que no debe faltar en el testamento común abierto el Notario debe hacer constar la capacidad civil del testador para disponer de sus bienes.

4. La lectura del testamento; con este requisito esencial el testador en presencia de los testigos, al escuchar en voz alta al Notario de lo que hizo constar en la escritura pública se asegura que sus palabras fueron atendidas

sin ninguna excepción en relación a su última voluntad, asimismo los testigos cumplen su función de presenciar el acto y se concluye con el quinto requisito esencial que establece el Código de Notariado en el artículo citado con anterioridad.

5. Las firmas del otorgante o su impresión digital, en su caso; de los testigos y del Notario, y de los intérpretes si los hubiere. Este requisito es muy importante para que se establezca que todo el contenido del testamento ha sido conocido, leído, y aceptado por los sujetos que intervinieron en el acto dándole certeza a la escritura pública. El Notario al firmar y sellar el testamento da fe y legalidad del acto.

Revocación, nulidad, falsedad y caducidad de las disposiciones testamentarias

La revocación, nulidad, falsedad y caducidad de las disposiciones testamentarias se regulan en el capítulo III del Título II del Código Civil guatemalteco, en cuanto a la revocación es un derecho del testador para dejar sin efecto su testamento, el Código en mención establece dos formas tacitas que consisten en: la primera que regula el artículo 983 indica que todo testamento queda revocado por el otorgamiento de otro posterior. Sin embargo, aclara este artículo que el testador puede de manera expresa dejar todo o parte vigente del testamento anterior. La segunda forma de

revocar que establece en forma tácita el artículo 985 del Código Civil guatemalteco, es por la enajenación que haga el testador del todo o parte de una cosa dejada en testamento, esto significa que si el otorgante decide vender o entregar el dominio de los bienes incluidos en el testamento este no surtirá efectos al menos que vuelvan a ser del dominio del testador. También regula el artículo 986 del mismo cuerpo legal, que el testamento queda revocado todo o en parte cuando el testador recibe en pago el todo o parte de la cantidad que se le debía o si por cualquier razón ha cancelado el crédito.

Al respecto de la nulidad y anulabilidad del testamento Aguilar (2009) afirma: "...la nulidad implica un defecto o vicio concurrente en el otorgamiento del testamento, que determina su invalidez; la anulabilidad significa que el testamento ha sido otorgado con violencia, dolo o fraude ...” (p. 186)

Para que se dé la figura de falsedad del testamento, debe existir la falta de la verdad o autenticidad en el mismo, por lo que al acreditarse y ser declarado falso no producirá efectos jurídicos. En el Derecho Penal la falsedad se encuentra tipificado como delito y se clasifica en falsedad material, que consiste en la variación o alteración del contenido del testamento, y la falsedad ideológica que consiste en que dentro de la escritura pública se haga constar una disposición que no ha expresado el testador.

En relación a la caducidad del testamento el artículo 988 del Código Civil guatemalteco establece que “caduca la disposición testamentaria en que se deja por condición, si el heredero o el legatario a que se refiere, muere antes de que se verifique” al respecto de esto el Código Civil establece el artículo 989 que no se produce la caducidad si el testador nombró heredero sustituto en el caso que muera el heredero instituido muera antes de haber llegado el día o vencido el tiempo que fijó el testador. En todo caso la herencia pasará a los herederos legales así lo contempla en artículo 992 del código citado.

Limitaciones para otorgar testamento común abierto por videoconferencia en Guatemala

El testamento es un acto jurídico caracterizado por una serie de formalidades esenciales previstas en la legislación guatemalteca implica obedecer tal cual establecen las disposiciones jurídicas para cada clase de testamento, ante las circunstancias dadas por la pandemia las formalidades para la validez jurídica del testamento común abierto poseen ciertos fundamentos por los cuales otorgarlo por videoconferencia resultaría nulo. En ese sentido el legislador no incluyó el uso de este método de comunicación electrónica. Por lo que tal cuestión es el límite más importante para testar de esta forma. Siendo el testamento como anteriormente se indicó un acto solemne la falta de uno de sus requisitos

esenciales permitiría la nulidad del acto.

Al analizar los requisitos de validez el Notario no puede dar fe del testamento común abierto por videoconferencia en virtud a su celebración además de no encontrarse regulado implica que la firma del testador no pueda ser puesta en presencia del Notario en la escritura pública. No tendría seguridad jurídica en consecuencia resultaría ineficaz el acto. La expresión de voluntad del testador queda en una situación vulnerable ante el distanciamiento social.

En Guatemala a diferencia de otros países, no existe una plataforma notarial que permita brindar seguridad jurídica a los actos que elabore mediante usos telemáticos, el uso de videoconferencia solo se ha permitido en el proceso penal dentro de las audiencias, y en el área mercantil para la celebración de Asambleas Generales de las sociedades. A pesar de la adopción de la firma electrónica, como aspecto fundamental el Notario quedo fuera en actos o contratos que celebre. El Notario se encuentra en la capacidad intelectual de hacer uso de medios como la videoconferencia para autorizar asuntos en forma excepcional en virtud de ocasiones que impidan su presencia en el lugar donde sea requerido. Sin embargo, la función notarial guatemalteca no se ha contemplado.

Análisis de las disposiciones adoptadas por los países de España y México en cuanto al uso de videoconferencia en el testamento ante la pandemia

Código Civil España

Antes de abordar el tema principal de este análisis, es decir, el uso de videoconferencia en el testamento ante la pandemia en España, es conveniente profundizar en algunos aspectos sobre el testamento común abierto en el Código Civil de España, por consiguiente, el artículo 679 del Código en mención establece que “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”. Tal como lo regula el artículo citado, es característica principal que el testador exprese su última voluntad en presencia de los que intervienen en el acto. En la legislación española a diferencia de Guatemala el nombre de este testamento es distinto ya que existen dos clases en las cuales se divide, el primero es el testamento abierto notarial, siendo este el más utilizado en España y el Testamento abierto no notarial, la diferencia en uno y otro es la presencia del Notario, ya que en casos especiales puede realizarse testamento sin que el Notario se encuentre presente.

Por su parte Rams, Moreno y Rubio (2014) exponen:

Hay un testamento abierto notarial ordinario, que es el regulado en los art. 694 a 696 CC y concordantes; hay variedades especiales del testamento abierto ordinario notarial, pensadas para personas físicamente disminuidas (sordos, ciegos) y testamentos abiertos no notariales otorgados en circunstancias extraordinarias (en peligro de muerte y en tiempo de epidemia, ante testigos, por la urgencia del caso). (p. 107)

De acuerdo a los autores citados, el Código Civil español clasifica distintos tipos de testamento abierto, en el artículo 694 regula que: “El testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento.” De acuerdo a la doctrina española, en este artículo se describe el testamento abierto notarial ordinario, el cual para que su otorgamiento sea válido deberá ser celebrado ante Notario, el cual debe estar habilitado para actuar en el lugar donde se otorgue el testamento. Este testamento notarial ordinario en cuanto a sus requisitos es similar a lo que establece la legislación guatemalteca.

Por su parte, en los artículos 695 y 696 del Código en mención, se señalan los requisitos que deben cumplirse al otorgarse esta clase de testamentos ante notario, los cuales son:

1. “El testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario.” Este requisito, es esencial en este acto jurídico, ya que se encuentra emparejado con la capacidad del testador en cuanto a manifestar su última voluntad, esta se da a conocer ante el Notario y las personas

presentes en el acto. Este requisito puede cumplirse de forma oral o escrita. Por lo cual la voluntad del testador es dar a conocer al Notario, los testigos y personas presentes en el acto.

2. Redacción: en cuanto a la elaboración del instrumento público el Notario debe adecuar con arreglo a la voluntad del testador la redacción del mismo, ya que el objeto de hacer un testamento es que se encuentre esa manifestación voluntaria que motivo el acto jurídico. Por lo cual la función del Notario en darle forma legal a las palabras del testador dentro del instrumento público es importante y un requisito esencial para que la voluntad del mismo quede dentro de un marco legal y cumpla con las solemnidades establecidas.

3. “lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento” el Notario hará constar en la redacción estos datos como requisito de validez. Este requisito también se encuentra contemplado en la redacción de la escritura pública en la legislación guatemalteca.

4. Derecho del testador de leer lo redactado por el Notario: el artículo 695 estipula “y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí” entonces para seguridad jurídica de que todo lo expuesto ha sido leído por el testador el Notario le indica que debe leerlo si puede hacerlo.

5. “lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad.” La lectura del testamento antes de ser firmado es muy importante porque al escuchar la redacción que ha hecho el Notario se corrobora que se percibió completamente la voluntad del testador y se hizo constar en el instrumento público elaborado por él, al constatarlo el testador procede a manifestar su conformidad.

6. Firma: de acuerdo al artículo citado con anterioridad, el testador manifiesta su conformidad al firmar el testamento, asimismo si “declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos”.

7. Por consiguiente, al otorgamiento del testamento abierto notarial ordinario el artículo 696 del Código Civil español establece que:

El Notario dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado debidamente y, en su defecto, efectuará la declaración prevista en el artículo 686. También hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.

Con respecto a las variedades especiales del testamento abierto ordinario, Rams, Moreno y Rubio (2014) exponen que:

Se trata de los supuestos en los que el Código requiere la presencia de otras personas diferentes al testador y al notario, los denominados testigos idóneos. Es el caso del testador que declare que no sabe o no puede firmar su testamento o el del ciego, aunque pueda firmarlo, el del que no sabe o no puede leer por sí. Si el testador que no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento siempre en presencia del notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada (art. 697 CC). (p. 109)

Tal como lo expresan los autores citados, en estos casos la intervención de los testigos es en cuanto a que el testador no sabe o no puede firmar o en el caso del ciego que no sabe o no puede leer por sí, entonces los testigos tienen la función de asegurar que la voluntad del testador sea expresada en el testamento. El artículo 698 del Código Civil español ordena que todas las formalidades expresadas en ambos testamentos notariales abiertos se han de realizar en “un solo acto que comenzará con la lectura del testamento, sin que sea lícita ninguna interrupción, salvo la que pueda ser motivada por algún accidente pasajero.”

Ley de Notariado España

Respecto a los testamentos en forma oral la Ley de Notariado en España en la “Sección 4ª. de la presentación, adverbación y protocolización de los testamentos otorgados en forma oral” artículo 64 inciso 2 y 3 establece:

2.Cualquier interesado podrá solicitar al Notario que otorgue la correspondiente acta de protocolización del testamento otorgado en forma oral.

3.Deberán acreditarse los datos identificativos del causante y, mediante información del Registro Civil y del Registro General de Actos de Última Voluntad, el fallecimiento del otorgante y si ha otorgado otras disposiciones testamentarias. Si fuese extraño a la familia del fallecido, además, deberá expresar en la solicitud la razón por la que crea tener interés en la presentación del testamento. A la solicitud se acompañará la nota, la memoria o el soporte en el que se encuentre grabada la voz o el audio y el vídeo con las últimas disposiciones del testador, siempre que permita su reproducción, y se hubieran tomado al otorgarse el testamento. Igualmente se expresarán los nombres de los testigos que deban ser citados por el Notario para que comparezcan ante él a los efectos de su otorgamiento.

De conformidad a lo escrito anteriormente, en la Ley de Notariado de España a diferencia de lo que se establece en la legislación guatemalteca, permite el uso de audio y video para que puedan verificarse las últimas disposiciones de voluntad del testador, es importante señalar con relación a lo anterior, lo que dispone esta ley en mención en el artículo 24 el cual establece:

Los instrumentos públicos notariales otorgados con arreglo a lo dispuesto en la ley producen fe respecto a la realización del acto jurídico y de los hechos y circunstancias que el notario presencie. Asimismo, producen fe aquellos que autoriza el Notario utilizando la tecnología de firmas y certificados digitales de acuerdo a la ley en materia.

En consecuencia, que la Ley en materia faculta la adopción de estos medios electrónicos que permiten reproducir la voluntad del testador en concordancia a las consecuencias generadas por Covid-19. Cabe señalar que en España la aplicación de tecnologías es un camino que viene recorriéndose desde años atrás para poder hoy en día tener una comunicación abierta notarial.

Entonces, luego de analizar la legislación que corresponde a los testamentos abiertos notariales y su otorgamiento en España, es necesario exponer las disposiciones sobre el uso de la videoconferencia ante las circunstancias generadas por la pandemia en cuanto al testamento, por lo cual el Consejo General del Notariado en Madrid (2020), se pronunció en un comunicado en su página web el cual adoptado por unanimidad, se

refiere en uno de sus apartados denominado “Testamentos en caso de epidemia” considera que:

Los notarios estarían también en disposición de autorizar por video conferencia otros documentos como, testamentos en caso de epidemia; poderes especiales, revocaciones de poderes (lo que impediría su utilización fraudulenta), y actos societarios.

La utilización de la videoconferencia para el otorgamiento de todos estos actos permitiría reducir los desplazamientos físicos a las notarías hasta un 40%.

También permitiría que, tras el fin del confinamiento, todas las personas inmunodeprimidas o, en su caso, que debieran mantener cuarentena, pudieran desarrollar ese tipo de actos con plenas garantías jurídicas. Recuperado <https://www.notariado.org/portal>, 28/08/2020.

De acuerdo a esta disposición por parte del Consejo General del Notariado, desde cualquier dispositivo inteligente los ciudadanos podrían relacionarse con el Notario que decidan a través de la plataforma electrónica notarial, programar la fecha para la videoconferencia, y el otorgamiento se realizaría utilizando la firma electrónica que ha sido incorporada en el Documento Nacional de Identidad, esta tecnología le permite a los ciudadanos españoles realizar trámites en línea con la misma validez jurídica que una firma puesta de forma presencial ante el Notario, permitiéndose así también enviar de forma electrónica la escritura pública y autorizarla por medio de la firma y sello electrónico que poseen los Notarios gracias a la inclusión de la tecnología en España, de esta forma el acto testamentario quedaría totalmente legalizado en virtud a los antecedentes en la legislación notarial y civil que permiten el uso de la videoconferencia y otros medios de comunicación telemática en este país.

En relación a esta publicación, la revista electrónica española *Autónomos y Emprendedores* (2020) en una entrevista a la directora de comunicación del Consejo General del Notariado en Madrid, publicó lo siguiente:

Estos trámites online son posibles gracias a que “el notariado está muy avanzado a nivel tecnológico y cuenta con los medios técnicos necesarios para que sea posible realizar su trabajo telemáticamente” afirmó Togores. El consejo cuenta, desde hace años, con una red de conexión segura y exclusiva que se utiliza en muchos actos jurídicos, y que está reconocida nacional e internacionalmente como “plenamente segura para la función pública de los notarios”. A través de esta plataforma se intercambian millones de copias electrónicas de las escrituras entre notarios y la Administración. Recuperado <https://www.autonomosyemprendedor.es/>, 28/08/2020.

Como puede notarse la publicación hace énfasis del avance tecnológico en España el cual hace posible el uso de videoconferencia en actos notariales, también es importante señalar que, en este país desde el año 2002 se constituyó la Agencia Notarial de Certificación, Ancert la cual permitió la introducción moderna y el control de toda la implantación de la firma electrónica notarial en siglas FEREN, desde entonces los notarios practican la comunicación telemática en la actividad que realizan permitiéndoles atender actos testamentarios.

Código Civil Federal de México

De la misma forma que se abordaron las generalidades del testamento abierto notarial en la legislación de España, en este apartado es necesario también conocer aspectos generales de la legislación mexicana en cuanto

al testamento común abierto, previo a analizar las disposiciones tomadas por México ante los efectos ocasionados por la pandemia a nivel mundial y el uso de la videoconferencia en cuanto al testamento.

El Código Civil Federal de México, regula el testamento público abierto en el Libro Tercero de las Sucesiones, Título III de la Forma de los Testamentos, Capítulo II, en el artículo 1,511, el cual señala: “Testamento público abierto es el que se otorga ante notario, de conformidad con las disposiciones de este Capítulo” Asprón (2008) indica:

Este tipo de testamento es público porque consta en un instrumento público, es decir, la escritura ante notario, y es abierto porque la voluntad del testador es conocida por el notario y, en su caso, por los testigos que hayan intervenido; además, aunque cualquiera se entere de su contenido ello no afecta su validez. (p.54)

Como lo indica la cita anterior de igual forma que en Guatemala y España el testamento público abierto en México tiene como característica la solemnidad, puesto que se otorga a través de escritura pública, otra similitud en cuanto a su definición en México al igual que España y Guatemala, el testador manifiesta su voluntad, de tal forma que la da a conocer ante el Notario quien redactará el testamento y lo leerá en voz alta para que el otorgante exprese si está conforme a lo que él ha indicado que debe quedar establecido, para después de su muerte. De igual forma en cuanto a que, el testador no pueda o no sabe firmar uno de los testigos a ruego firmará y este imprimirá su huella digital. Respecto a los testigos,

estos serán requeridos sólo si el Notario o el testador los soliciten en este caso serán dos testigos los que podrán llamarse.

Asprón (2008) indica que:

A partir de la reforma que entró en vigor el 7 de enero de 1994 este testamento ya no requiere de testigos, excepto cuando, el testador no sepa o no puede firmar, sea sordo, ciego o no sepa o pueda leer, o cuando el testador o el Notario lo solicite, casos en los cuales se requiere de la presencia de dos testigos instrumentales, llamados así porque sin su concurrencia no hay instrumento, es decir, no hay testamento...” (p.55)

La ley en mención, faculta en el artículo 1,518 sobre la participación del intérprete cuando el testador ignore el idioma del país, este comparecerá como testigo de conocimiento. Regula también, el testamento público abierto hecho en el extranjero en el artículo 1594, el cual se realizará “ante el jefe de oficinas consulares en ejercicio de funciones notariales, celebrados dentro de su circunscripción y que estén destinados a surtir efectos en el Distrito Federal”.

Ley de Notariado del Estado de México

Al analizar, la característica de solemnidad que se debe cumplir en el Testamento público abierto en México al igual que en Guatemala y España, es necesario que este se redacte en escritura pública, a diferencia de Guatemala en México la incorporación de la firma electrónica notarial reformó desde el año 2016 lo concerniente a los actos autorizados por el Notario en la Ley de Notariado del Estado de México, por lo cual el

artículo 78 de la ley en mención establece “Escritura es el instrumento original que el notario asienta en el protocolo físico o electrónico para hacer constar uno o más actos jurídicos, autorizados con firma autógrafa o electrónica y sello”, como puede notarse al igual que España en México también se ha implementado el uso de la firma electrónica lo cual es un aporte digital que permite que la tecnología se implemente dentro de los actos notariales.

En cuanto a las formalidades del otorgamiento del testamento público abierto, la Ley de Notariado del Estado de México no establece un apartado específico, sino que se consideran los requisitos para la escritura pública, por lo cual es necesario referir que, continuando con la implementación de medios electrónicos en la escritura pública, dentro de la reforma del año 2016 en el artículo 86 de la Ley de Notariado del Estado de México se adiciona lo siguiente “en los actos jurídicos realizados por medios electrónicos, el Notario la autorizará de forma preventiva con la razón ANTE MI y su firma electrónica notarial”. Así también respecto a la autorización y la firma el artículo 90 de la Ley en análisis, indica que existe un plazo de “treinta días hábiles a partir de la fecha que haya sido extendida en el protocolo ordinario” para que los comparecientes firmen la escritura pública.

De acuerdo al artículo señalado anteriormente continúa indicando que en el caso de los “actos jurídicos electrónicos el Notario se abstendrá de autorizarlos si no son firmados electrónicamente de forma inmediata por los otorgantes” por lo cual se considera importante el uso de la firma electrónica ya que con ello los Notarios pueden de forma eficaz autorizar dichos actos. La formalidad en la escritura pública cambia en comparación con Guatemala ya que aún en la legislación guatemalteca ya que en el Código de Notariado no se han contemplado estos avances tecnológicos. Si bien es cierto que en Guatemala ya se regula la firma electrónica, está aún no tiene alcance a todos los actos jurídicos autorizados por el Notario, lo cual hace diferencia entre España y México.

Por consiguiente, luego del análisis de las generalidades del testamento público abierto en México, es considerable atender lo que corresponde al uso de la videoconferencia ante la situación generada por la pandemia en cuanto a las disposiciones adoptadas en México, en contexto al tema el 1 de abril se publicó el “Tercer acuerdo por el que se determinan acciones extraordinarias en la ciudad de México para atender la declaratoria de emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, en concordancia con el Acuerdo del Consejo de Salubridad General del Gobierno Federal, con el propósito de evitar el contagio y propagación del Covid-19” dentro de esta publicación en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México, se consideró en el inciso c que los sectores notariales son esenciales por lo cual no se

debían suspender.

En cuanto a las acciones que tomarían en consideración ante los efectos del Covid-19 el Colegio de Notarios de la ciudad de México (2020) comunicó:

Ante la pandemia de Covid-19, el Colegio de Notarios de la Ciudad de México aseguró que los servicios notariales se seguirán otorgando bajo estrictas medidas de prevención que eviten la propagación del coronavirus...En primer lugar, servicios como asesoría jurídica o resolución de dudas se brindarán por medios remotos como teléfono, videoconferencia, y conversaciones en aplicaciones electrónicas como WhatsApp, Twitter y Facebook, entre otras ... sólo cuando se trate de la firma de un instrumento público, esta se realizará de manera presencial en la notaría correspondiente, tomando todas las medidas de seguridad e higiene recomendadas por las autoridades de salud.

Recuperado <https://colegiodenotarios.org.mx/documentos/> 31/08/2020.

Es importante resaltar, con respecto a estos comunicados de prensa, que el Colegio de Notarios en México permitió el uso de todo medio electrónico de comunicación para que las actividades notariales no fueran suspendidas ante el distanciamiento social, y aunque en España y México no se defina o se encuentre establecido el uso de videoconferencia en el testamento común abierto, las acciones tomadas por las autoridades competentes relacionadas con los Notarios permitieron su uso como una modalidad excepcional, dado que en sus legislaciones las herramientas electrónicas ya se encuentran contempladas, lo cual permite su uso con más certeza jurídica. Así también en el comunicado de prensa anterior ordena que las firmas del instrumento público deben ser presenciales.

En consecuencia, en un comunicado de prensa en la página web del Colegio de Notarios de la Ciudad de México, el presidente Ponciano López Juárez, (2020) indicó:

En tiempos de crisis como los que estamos viviendo en México y en todo el mundo, los notarios de esta ciudad hemos prestado nuestros servicios ininterrumpidamente bajo estrictas medidas de prevención, con el objetivo de garantizar la legalidad y seguridad jurídica de la ciudadanía.

Recuperado https://www.colegiodenotarios.org.mx/comunicados_prensa, 31/08/2020.

Tal como lo expresó el presidente del Colegio de Notarios en México no se suspendieron dichas actividades del Notario, cabe resaltar que la legislación no regula el tipo de testamento por epidemia en México como en Guatemala y España, porque este fue derogado. Aun así, en medio de esta pandemia mundial por Covid-19, no se limitó la actividad testamentaria, gracias a los avances tecnológicos y las disposiciones adoptadas en México.

En cuanto al análisis sobre el uso de videoconferencia en el testamento común abierto en los países de España y México en comparación con Guatemala, las legislaciones permiten el uso de medios de comunicación electrónica en la función notarial, siendo los países de España y México, impulsores de estos medios para agilizar los actos notariales, ante la situación generada por la pandemia, puede decirse que en el caso de España atendieron la situación en tal forma que los notarios continuaron su labor en cuanto a la redacción de testamentos abiertos notariales, en

México se brindó asesoría por este medio, a diferencia de Guatemala su aplicación aún no es considerada puesto que no se encuentra incorporado en el Código Civil guatemalteco y tampoco en el Código de Notariado guatemalteco.

Por consiguiente, los actos notariales en España y México, en su generalidad han sido atendidos con auxilio de tecnologías alternativas que suplen la presencia física de las partes, debe considerarse que la seguridad jurídica es lo que se busca en atención a los actos que realicen los Notarios, sin embargo si en la antigüedad se originaron formas testamentarias que consentían menos formalidades dadas las circunstancias, hoy en día con los avances puede generarse una nueva forma de testamento común abierto utilizando la videoconferencia, con el objeto de poder cumplirse con la última voluntad del testador.

Como se estableció anteriormente al tratar de forma general en cuanto a las diferencias y similitudes puede decirse que en Guatemala esta forma testamentaria recibe el nombre de testamento común abierto, en España testamento abierto notarial y en México testamento público abierto, en cuanto a sus requisitos en España se permite el uso de material audio visual para su otorgamiento, en México a diferencia de Guatemala y España no es obligatoria la presencia de testigos, en Guatemala y España se puede otorgar testamento abierto en caso de epidemia, a diferencia de México

que esta clase de testamentos fueron derogados, otra diferencia muy notaria es que en España y México no es necesario que los testigos sepan leer y escribir es suficiente con que sean capaces de expresar y entender las disposiciones que voluntariamente esta realizado el testador. Es evidente también que, en España y México se han considerado las tecnologías en cuanto a la función notarial, y las reformas son inclinadas a casos en los cuales es necesario otorgar testamento con menos solemnidades atendiendo a las circunstancias del testador.

Respecto al uso de videoconferencia ante la pandemia, como se ha observado en la investigación las acciones tomadas por las autoridades notariales en España y México se puede decir que el uso de este sistema de comunicación ha sido una herramienta útil, permitida y moderna que agiliza la función notarial, en un futuro donde no se sabe que otros acontecimientos pueden generar la suspensión de labores, es importante adoptar medidas como las de España y México para que la actividad del Notario no se interrumpa y se considere esencial en el país tal cual fue considerada en los países mencionados.

Forma de testamento abierto por videoconferencia

Definición de testamento abierto por videoconferencia

Tomando en cuenta, que esta forma testamentaria no es conocida, sino que a partir de los efectos de la enfermedad por coronavirus 2019, se ha propuesto como una alternativa para que se continúe con las actividades notariales en los países de España y México como anteriormente se expuso, es necesario, previo a definir el tema principal de este apartado, conocer en forma breve aspectos generales de la videoconferencia, ya que su uso en la actualidad es de interés social y jurídico puesto que ha sido adoptada esta herramienta como medio alternativo de solución ante la pandemia.

Entonces, la videoconferencia por lo tanto es el modo tecnológico de comunicación avanzada, donde se proyecta el uso de sonido e imagen, en el cual dos o más personas pueden comunicarse, siempre y cuando exista conexión o señal de internet. A través de esta forma se pueden generar conversaciones a distancia y en temporalidad cierta que permite acercar a las personas en cualquier momento. Para Luque (2010) la videoconferencia permite que las personas se comuniquen, aunque se encuentren en territorios distantes, también indica que con esta tecnología se pueden intercambiar audios, videos y datos.

Siendo la videoconferencia en la actualidad un medio de comunicación electrónico laboral, familiar, educacional, y hasta implementado en cuestiones jurídicas, no es un método difícil de utilizar ya que hoy en día desde cualquier red social se puede tener acceso e interactuar en los asuntos que respecta. Ante las consecuencias del Covid-19 esta herramienta se posesiono como indispensable para dar continuidad a las actividades en la sociedad.

La videoconferencia, es el sistema que permite la comunicación directa entre dos o más personas, las cuales a través de la distancia pueden establecer un dialogo, otorgar disposiciones, participar en reuniones con la celeridad que lo amerite. Es conocido que, los elementos más importantes y en términos sencillos que componen este sistema son la cámara integrada en el dispositivo la cual capta las imágenes y hace posible la visualización del rostro principalmente de los usuarios, el audio por el cual se escucha la voz de los participantes en la videoconferencia, y el micrófono que como bien se sabe permite enviar las ondas del sonido hacia el otro extremo de la pantalla. Para que todo lo anterior funcione es indispensable la conexión a internet.

Como todo, también la videoconferencia tiene sus ventajas y desventajas, cabe mencionar que posibilitar la interacción entre las personas es la principal ventaja, es decir la videoconferencia es la forma más cercana a

la comunicación presencial, y la desventaja que podría mencionarse como principal son los problemas de red, en cuanto a la señal que afecte la transmisión de audio y video, aun así, los avances tecnológicos no se detienen y cada desafío se ha visto superado con el tiempo.

Por lo cual el uso en el testamento es factible, entonces con los aspectos generales sobre la videoconferencia y el testamento común abierto puede definirse el testamento común abierto por videoconferencia, como una nueva forma testamentaria por la cual una persona a través de cualquier dispositivo electrónico con soporte audiovisual otorga testamento a través de reunión virtual ante el Notario y testigos por consecuencia de la distancia o circunstancias excepcionales para que sea cumplida su última voluntad.

Generar una nueva forma de otorgar testamento a través de videoconferencia sería entonces, la unidad de la tecnología moderna y una figura formalista, dentro del Derecho Civil y el Derecho Notarial, algo que no se encuentra tan lejos de alcanzar, y que podría resultar como un modo extraordinario ante circunstancias como las que actualmente se viven por la pandemia por Covid-19, y así poder ejercitar el derecho de testar de acuerdo a las herramientas del momento.

Armella, (2020) presidente de la Unión Internacional del Notariado, señalo:

Esta época de pandemia sin duda está generando grandes dificultades a la actividad notarial en todo el mundo, pero también nos está llevando a reflexionar sobre nuevos escenarios, con el uso de herramientas de comunicación a distancia.

Expresamos el deseo de que todos los Notariados miembros puedan emprender el camino de la transición digital, de forma segura y respetando los principios y fundamentos del notariado de tipo latino.

Los medios tecnológicos son herramientas formidables para los notarios en el ejercicio de sus funciones, siempre que se controlen, y permitan a los notarios cumplir su deber en la calificación de la capacidad y del discernimiento de las partes, respetando el secreto profesional y la protección de datos de los usuarios.

Los notarios, en su función de servicio público, deben garantizar la seguridad jurídica en la prestación del consentimiento de las partes, identificarlas y controlar la legalidad; son los únicos responsables de este control y la autenticación requiere su intervención por encima de los medios informáticos.

Se trata, por consiguiente, de utilizar las nuevas tecnologías a partir de plataformas seguras como un instrumento al servicio de nuestra función, de acuerdo con los principios y fundamentos del notariado de tipo latino. Recuperado <https://www.uinl.org/>, 03/09/2020.

De lo expresado en la cita anterior, tal como lo indica Armella, los efectos del Covid-19 en la actividad del Notario, en distintos países donde no se aplica la tecnología prácticamente ocasionó muchas limitaciones, por lo cual los inconvenientes fueron relevantes para la función notarial. Al mismo tiempo llama a considerar que, pese a las circunstancias es importante conocer y aplicar nuevos contextos de comunicación que permitan la actividad notarial, aunque exista distancia.

El Derecho siempre va evolucionando, es fundamental recorrer los caminos hacia la inclusión de la tecnología en las actividades del Notario, la situación actual de emergencia ha provocado en los distintos ámbitos de la sociedad aún más necesidad del servicio notarial, y en el caso de Guatemala las disposiciones de distanciamiento social son prioridad, focalizando entonces que el Notario se encuentra vinculado a instituciones públicas para el desarrollo de la función notarial se reduce ante estas disposiciones las cuales limitan la realización de actos jurídicos tan importantes como el testamento común abierto.

Así mismo, la tecnología no tiene por qué invalidar los principios notariales, se ha dicho que la inmediatez es uno de ellos, pero como pudo determinarse, este principio siempre se cumple a través de la videoconferencia, ya que el Notario por medio de una pantalla puede interactuar con las partes, y dar fe del acto que se encuentre autorizando, esto es un paso al avance y a evitar que en futuras situaciones extraordinarias suceda lo que hoy ha sucedido con la actuación del Notario. Según lo expresado por Armella, tal como se citó anteriormente hizo notoria la importancia de estos métodos alternativos digitales, sin dejar a un lado el sistema latino, que aun siendo formal puede permitir el uso de estos instrumentos para la comunicación, por último, destaca la habilidad del Notario para constatarse de la capacidad de los otorgantes y del discernimiento, haciendo énfasis en mantener el secreto profesional y

cuidar de los datos de las partes, lo cual son aspectos de trascendencia en la función del Notario.

Características

Considerando el uso de la videoconferencia en otros ámbitos, puede presumirse que al utilizarla en el testamento común abierto se produciría distintas características entre las cuales se estiman las siguientes:

a) Celeridad: atendiendo a la fuerza exterior que motiva el uso de un medio electrónico para comunicar una última voluntad puede indicarse que la videoconferencia es efectiva en cuanto a la rapidez con que las personas pueden reunirse, aunque se encuentren en territorios diferentes, si bien es cierto también puede planificarse y ser programada, de igual forma resulta con prontitud el acto, el avance de la tecnología, permite la economía del tiempo, en relación a que esta comunicación puede realizarse desde el lugar donde la persona se encuentre, sin necesidad que ocupe este tiempo en transportarse hasta donde se encuentre el Notario, y en este tiempo donde la locomoción ha sido restringida, con más razón es importante la celeridad. Esta característica también aplica en cuanto al caso de que exista urgencia por parte del testador.

b) Excepcionalidad: a la medida que las circunstancias cambian en el planeta, que vienen provocando que lo ordinario, de repente ya no pueda cumplirse, es necesario que existan medios excepcionales a las reglas, en este caso la videoconferencia en el testamento común abierto sería por cuestiones especiales que meriten su utilización. Aunque ya están estas formas en la legislación guatemalteca aun así al pretender su realización en estos tiempos no es posible. Atendiendo a la necesidad que existe en la legislación notarial de nuevas reformas y la consideración de emplear la tecnología en la función notarial, para que en tiempos donde se produzcan efectos de emergencia nacional el Notario continúe con sus actividades haciendo uso de la tecnología moderna.

c) Interactividad: como bien se mencionó en la definición, es importante resaltar que, siendo la videoconferencia una herramienta que permite el audio y el video, con estos elementos es posible la interacción entre los usuarios, en este caso el testador puede comunicar al Notario todo en cuanto a sus disposiciones, siempre que este acto no se interrumpa. También esto viene a considerarse dentro de la función notarial ya que él es quien asesora, da forma legal a la voluntad del otorgante, lee el documento que redacta, en fin, que las partes puedan escucharse y verse es similar a lo que ocurre de forma presencial.

Las anteriores características son las que ocupan prioridad a criterio de la investigadora, posiblemente hay más que pudieran comprenderse en relación al testamento común abierto y la videoconferencia. Sin embargo, en atención a la realidad social y tecnológica en esta pandemia la celeridad, excepcionalidad e interacción es lo que hoy en día es necesario para que el Notario pueda desarrollar su función en la sociedad.

Requisitos de validez jurídica

Para que un acto posea validez jurídica debe cumplir con lo que la ley establece, por lo cual se presume de acuerdo a las formalidades que se han analizado, que para que el testamento común abierto por videoconferencia al momento de generarse como una nueva forma testamentaria, el primer punto a tratar es el requisito solemne es decir la escritura pública, Cabanellas (2001) define a la escritura pública como: “El documento autorizado por notario u otro funcionario con atribuciones legales para dar fe de un acto o contrato jurídico.” (p.150), en Guatemala, la escritura pública es requisito esencial. Para el efecto se aplican los requisitos establecidos de forma general para el instrumento público, las formalidades especiales para los testamentos y las formalidades esenciales.

Por consiguiente, los requisitos establecidos para la escritura pública que contenga testamento común abierto se encuentran establecidos en el Código de Notariado guatemalteco, Decreto 314 en el artículo 29, y los artículos 42 al 45, de forma integrada son los siguientes:

El artículo 29 del Código de Notariado guatemalteco establece en el inciso “1. El número de orden, lugar, día, mes y año del otorgamiento;” este requisito corresponde al principio de unidad del acto, en el caso del testamento es requisito que en la escritura pública el Notario haga constar la hora de inicio y la de su finalización, a diferencia de otros actos autorizados por escritura pública. También cabe señalar que esta es una formalidad especial y esencial de acuerdo a los artículos 42 y 44 del Código de Notariado guatemalteco.

Continúa el artículo 29 del Código en materia señalando como requisito general; “2º Los nombres, apellidos, edad, estado civil, nacionalidad, profesión, ocupación u oficio y domicilio de los otorgantes;” De acuerdo al artículo 42 inciso 2, en cuanto a la nacionalidad del testador, el Código en mención lo regula como un requisito especial.

Se debe hacer constar en la escritura pública de acuerdo a los requisitos generales que establece el artículo 29 del Código de Notariado “3º La fe de conocimiento de las personas que intervienen en el instrumento, y dé

que los comparecientes aseguran hallarse en el libre ejercicio de sus derechos civiles;” esto es el caso que el Notario conozca a los que intervengan dentro del testamento común abierto. El mismo artículo citado regula que: “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;” tal como lo explica este inciso dentro del artículo 29 del Código en materia, el Notario debe constatar la identificación del testador en primer lugar para seguridad jurídica del acto.

Atendiendo a lo anterior, este requisito puede cumplirse a través de videoconferencia dado que, esta herramienta permite visualizar a través de la pantalla la imagen, entonces el testador, testigos y si hubiere intérpretes al momento de identificarse pueden acercar su Documento Personal de Identificación a la cámara para dejar constancia de que son las personas que expresan ser.

También el artículo en mención regula como requisito la intervención de testigos a ruego cuando no sepa o no pueda firmar, lo cual se fundamenta como requisito especial y esencial en los artículos 42 y 44 del Código de Notariado, específicamente establece dos testigos, Cabanellas (2001) afirma que es testigo instrumental: “en los instrumentos o documentos notariales, el que firma junto con el notario, para solemnidad del acto, y

afirmar así el hecho y contenido del mismo” de esta forma es considerable que en la videoconferencia los testigos se encuentren del lado del notario, tal como lo indica el autor citado con anterioridad estos testigos confirmarían el acto que se estaría realizando. Muñoz (2007) afirma con relación a los testigos instrumentales que: “La función que cumplen es establecer que el acto se celebró y que lo expuesto en el instrumento es la voluntad del que lo otorgo.” (p.17), de acuerdo al autor en esto consiste la participación de estos testigos instrumentales, por lo cual también puede cumplirse con ello dentro del testamento común abierto por videoconferencia.

Dentro de los sujetos que también intervienen en el testamento se encuentran los intérpretes al respecto el artículo 29 del Código en mención establece “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 pudiere firmar, lo hará por él un testigo;” este requisito de forma especial se encuentra regulado en el artículo 42 del mismo Código en el inciso 7 para lo cual establece un número de dos intérpretes. En este contexto la videoconferencia permite la reunión de varias personas lo cual es aplicable al momento de utilizarse dentro del testamento común abierto.

Dentro de los requisitos especiales para el testamento común abierto el Código de Notariado guatemalteco en el artículo 42, inciso 4 regula que el Notario debe dar “fe de la capacidad mental del testador”, es importante este requisito ya que el testador debe encontrarse consciente de lo que va a expresar en el testamento, por lo cual el Notario debe cerciorarse de tal estado. A través de la videoconferencia el Notario tendría que evaluar la forma en que se escucha el testador, así también ser evaluador de las expresiones que podría manifestar el testador, esto lo realizaría mediante su propio discernimiento.

Continúa el artículo 42 del mismo Código en el inciso 5 indicando “que el testador exprese por sí mismo su voluntad” este requisito es en relación a la característica principal del testamento común abierto ya que de esta forma el testador debe manifestar personalmente sus disposiciones, así también el objetivo de este requisito es que al momento de elaborar la escritura pública se haga constar que es la voluntad del testador y no de terceros influyentes en ella, situación que también puede verificar el Notario en la videoconferencia al ser utilizada.

Según la estructura doctrinaria de la escritura pública, en el cuerpo de la misma se debe exponer de acuerdo al artículo 29 del Código de Notariado guatemalteco “7º La relación fiel, concisa y clara del acto o contrato;” en esta formalidad se hace constar la voluntad del testador en cuanto a lo que

disponga dentro del testamento común abierto, el Notario lo adecuará en clausulas, en esta parte se establece lo que el testador ha expresado durante el acto testamentario. Aquella distribución u otras cuestiones que se harán efectivas posterior a su muerte. Este requisito al igual que los anteriores también se puede cumplir con la videoconferencia.

Consecuentemente en este procedimiento solemne dentro de la escritura pública que contenga testamento común abierto el artículo 29 inciso 10 del Código de Notariado considera como requisito incluir “ La fe de haber leído el instrumento a los interesados y su ratificación y aceptación;” en primer lugar debe leerse el instrumento elaborado por el Notario, al respecto el artículo 42 inciso 6 de forma especial ordena “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”, de esta forma el testador al escuchar la lectura íntegra de la escritura pública en cuanto a lo que el Notario elaboró confirmará si es así su voluntad. Posterior a la lectura el testador podrá ratificar y aceptar lo que se redactó por el Notario.

El artículo 29 inciso 11 del Código señalado continúa indicando como requisitos que el Notario hará “la advertencia a los otorgantes de los efectos legales del acto o contrato y de que deben presentar el testimonio a los registros respectivos;” esto en relación a las obligaciones posteriores

y a la función preventiva del Notario. Por último, el artículo 29 inciso 12 del Código de Notariado guatemalteco ordena:

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 pudiere 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 hará 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”.

Considerando este requisito como especial, fundamentado en el artículo 42 inciso 8 y 9 del Código de Notariado guatemalteco, y también regulado como formalidad esencial por el artículo 44 inciso 5 del mismo cuerpo legal, al momento de legalizar el uso de videoconferencia para otorgar testamento común abierto, el testador no podría firmar la escritura pública por lo cual firmaría en su lugar un testigo a ruego en virtud a la distancia en la cual se encontraría el testador. De esta forma, el Notario cumple su función notarial y asesora al testador, así mismo se cumplen todos los requisitos de forma y fondo, el Notario plasma la voluntad del testador en la escritura pública, en papel protocolo, lo firman los testigos y el Notario.

Posterior a la elaboración del testamento común abierto, en Guatemala existe la obligación de entregar al Archivo General de Protocolos, de acuerdo al artículo 37 literal a. en un plazo de 25 días el testimonio especial, manteniendo reservado el conocimiento de la voluntad del

testador, este se envía en plica firmada y sellada por el Notario, el Notario cumpliría con el aviso al Registro General de la Propiedad en el plazo de 15 días siguientes al otorgamiento, del mismo modo que se realiza en la actualidad. En atención a la videoconferencia el Notario conservaría la grabación del acto, para que en su momento pudiese reproducirse, al igual que lo realizan en las audiencias penales en Guatemala.

El testimonio especial del testamento común abierto en Guatemala genera un pago de impuesto de timbre notarial de conformidad con el Decreto Número 82-96, Ley del Timbre Forense y Timbre Notarial, Artículo 3, numeral dos, literal c, de veinticinco quetzales (Q.25.00). Por último, cuando fallece el testador se inicia el proceso sucesorio testamentario. Como puede notarse los requisitos que en la actualidad se encuentran establecidos en la legislación guatemalteca, pueden acoplarse o reformarse ante la creación del testamento común abierto por videoconferencia con la diferencia que el testador no firma, pero se da fe de su voluntad.

Ventajas

El Derecho es evolutivo, y puede observarse en contexto con la tecnología, significa que los cambios que se generan en el mundo provocan que las legislaciones se actualicen y mantengan el control de ciertos asuntos

incluyendo los avances tecnológicos dentro de las normas jurídicas, dado a lo que acontece en el mundo por causa de la pandemia, la videoconferencia es un método tecnológico alternativo de comunicación, que podría emprenderse en la función notarial en Guatemala, y así utilizarse en el testamento común abierto como tal. Al atender las ventajas que tendría la videoconferencia al ser utilizada como una forma nueva de testamento común abierto, puede destacarse que este sistema en primer lugar permitiría la grabación de dicho acto, con ello su reproducción sería posible las veces que fuera necesario, con la ventaja que los familiares pudiesen ver y escuchar la última voluntad del testador.

El uso de videoconferencia permite, la reunión de dos o más personas, por lo cual en el testamento común abierto puede programarse el otorgamiento e incluirse la participación de testigos e interprete, si fuera necesario u obligatorio como elementos personales, dado que, en esta, existe la interacción de las partes, y como ya se mencionó anteriormente mediante el uso de videoconferencia las personas que intervengan pueden ver y escuchar todo lo que se trate dentro de esta reunión acordada. Teniendo en cuenta que, la videoconferencia es un medio en el cual la realización de un acto es en tiempo real, puede decirse que, en el caso de ser implementada en el testamento común abierto, este otorgamiento puede realizarse el día y la hora programados en virtud también a la variedad de sistemas que existen de comunicación por audio y video ya sea en redes

sociales, o bien plataformas formales, por lo que llevar a cabo este tipo de comunicación virtual es factible por cualquier servicio.

En cuanto a la situación geográfica del testador, del Notario o de cualquiera que intervenga en el testamento común abierto es una ventaja ya que mediante videoconferencia el objetivo es acercar a las personas y poder expresar disposiciones, por lo cual en esta época el uso de la tecnología permite considerablemente realizar actos jurídicos a pesar de la distancia. En relación a esta ventaja el hecho de no movilizarse para otorgar testamento común abierto permite que, desde el lugar donde se encuentre el Notario con los testigos y el testador e intérpretes puedan conectarse a una red de internet y así considerarse presentes en forma virtual en el respectivo acto jurídico, así también el ahorro económico que conlleva no desplazarse de un lugar a otro, el ahorro de tiempo, estas ventajas como bien se observa son resultados de la no movilidad, puesto que en el lugar donde se encuentren siempre y cuando exista red de conexión a internet podrán reunirse para el correspondiente acto jurídico mediante videoconferencia.

Cabe señalar que, a través de la videoconferencia en el testamento común abierto, varios de los requisitos actuales que se regulan para la validez jurídica de este acto no entran en conflicto con su uso, por lo cual son más las ventajas que presenta que las desventajas, además siendo una forma

tan avanzada en la tecnología de la comunicación como ya se expresó anteriormente es de uso sencillo, no requiere mayor preparación o conocimiento para utilizarla.

Conclusiones

El testamento común abierto en nuestra legislación es un acto jurídico y se considera unilateral, ya que solamente atiende a la última voluntad del testador, quien hace del conocimiento del Notario y los testigos aquello que tendrá efectos después de su muerte. Siendo de mucha importancia en nuestra sociedad, esta figura tiene por objeto primordial proteger los bienes patrimoniales de una persona después de su muerte, además de otras disposiciones que el testador manifieste en su última voluntad.

En la actualidad la pandemia generada por la enfermedad de Coronavirus 2019, conocida como Covid-19 interrumpió algunas actividades presenciales ante los notarios debido a las disposiciones presidenciales decretadas por el gobierno de Guatemala y que fueron adoptadas a consecuencia del distanciamiento social, las actividades notariales incluyendo el otorgamiento de testamento común abierto se interrumpieron, sin que se pudiera optar otro medio o bien el uso de la videoconferencia para cumplir con la función del Notario en esta clase de testamento, ya que en nuestra regulación legal no existe una normativa que lo regule por lo tanto, el acto testamentario resultaría inválido.

En España el Consejo General del Notario, propuso la autorización de testamentos abiertos notariales por videoconferencia ante el fenómeno de la pandemia por Covid-19. Por su parte en México se utiliza la videoconferencia como un medio electrónico que permite al Notario brindar la asesoría, por lo cual la actividad notarial no se interrumpe durante el confinamiento por la pandemia.

La videoconferencia es un procedimiento tecnológico que se puede utilizar en el otorgamiento del testamento común abierto en situaciones especiales o emergentes como la pandemia., esta herramienta no contradice los requisitos que se encuentran establecidos en la regulación guatemalteca, y ante casos que restrinjan la reunión presencial resulta ser el método de comunicación tecnológico más adecuado porque permite que el Notario en ejercicio de su función notarial de fe pública al testamento común abierto. Así también entre sus ventajas permite el audio y la visualización de los participantes de esta forma se cumpliría con todos los requisitos formales regulados en la ley, el cual puede ser grabado y constituir un medio de prueba en su caso.

Referencias

Libros

Acedo, A. (2014). *Derecho de Sucesiones: Herencia y Testamento*. Madrid: Dykinson.

Aguilar, V. (2009). *Derecho de Sucesiones*. (4^a. ed.). Guatemala: Litografía Orión.

Asprón, J. (2008). *Sucesiones*. (3^a. ed.). México: McGraw Hill.

Baiqueiro, E. & Buenrostro, R. (2007). *Derecho Sucesorio*. (1^a. ed.). México: Oxford.

Colín, A. & Capitán H. (2002) *Derecho Civil. Testamentos y clases especiales*. (1^a. ed.). México: Jurídica Universitaria.

Ferrero, A. (2005). *Tratado de Derecho de Sucesiones*. (6^a. ed.). Perú: Grijley.

González, J. (1992). *Derecho Privado Romano*. (2^a. ed.). Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas.

Herrera, M. & Pellegrini, M. (2016) *Manual de Derecho Sucesorio*. (1ª. ed.). Argentina: Ediuns.

Luca J. (2004). *Derecho de Sucesiones*. (1ª. ed.). Perú: Pontifica Universidad Católica del Perú.

Muñoz, N. (2007). *El Instrumento Público y el Documento Notarial*. (11ª. ed.). Guatemala: Infoconsult.

Muñoz, N. (2016). *Introducción al Estudio del Derecho Notarial*. (17ª. ed.). Guatemala: Infoconsult.

Rams, J., Moreno, R, & Rubio, J. (2012) *Apuntes de Derecho de Sucesiones*. Madrid: Dykinson.

Diccionarios

Cabanellas, G. (2001). *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina: Heliasta S.R.L

Legislación

Asamblea Nacional Constituyente, (1985). *Constitución Política de la República de Guatemala*, promulgada el 31 de mayo de 1985.

Congreso de la República de Guatemala, (1990). Decreto número 2-89. Ley del Organismo Judicial. Guatemala: Tipografía Nacional.

Azurdia. E. (1964). Decreto Ley número 106. Código Civil. Guatemala: Tipografía Nacional.

Azurdia. E. (1964). Decreto Ley número 107. Código Procesal Civil y Mercantil. Guatemala: Tipografía Nacional.

Congreso de la República de Guatemala. (1946). Decreto número 314. Código de Notariado. Guatemala: Tipografía nacional.

Congreso de la República de Guatemala. (1996). Decreto Número 82-96. Ley de Timbre Forense y Timbre Notarial. Guatemala: Tipografía Nacional.

Ministerio de Gracia y Justicia Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

Gobierno de España, Ministerio de la Presidencia y para las Administraciones Territoriales, Ministerio de Gracia y Justicia, Boletín Oficial del Estado, Ley del Notariado, disponibilidad y acceso: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1862-4073>.

Congreso de la Unión de los Estados Unidos Mexicanos, (1932). Código Civil Federal. México: Diario Oficial de la Federación
disponibilidad y acceso:

https://docs.mexico.justia.com/federales/codigo_civil_federal.pdf

Montiel, A. Gobernador Constitucional (2002). Decreto 54. Ley de Notariado del Estado de México. México: Gaceta de gobierno,
disponibilidad y acceso:

<http://www.ordenjuridico.gob.mx/Documentos/Estatal/Estado%20de%20Mexico/wo31304.pdf>

Páginas electrónicas

Consejo General del Notariado. (2020, 14 de abril). *El Notariado propone la autorización electrónica de las pólizas para la financiación de empresas y particulares, Testamentos en caso de epidemia, a través de videoconferencia y en la plataforma electrónica notarial.* Recuperado de <http://www.notariado.org/portal/documents/>

Andrea González. (2020, 17 de abril). *Los notarios usarán la videoconferencia para realizar trámites legales sin contagiarse por el COVID-19*. Recuperado de <http://www.autonomosyempreendedor.es/content/print/>.

Colegio de Notarios de la Ciudad de México. (2020, 3 de abril). *Notarias trabajan con sana distancia*. Recuperado de <http://www.colegiodenotarios.org.mx/documentos/>.

Colegio de Notarios de la Ciudad de México. (2020, 8 de julio). *Garantizar a cabalidad el servicio notarial para dar certeza jurídica a los ciudadanos: Gobierno de la Ciudad de México. La actividad notarial es esencial durante la emergencia sanitaria*. Recuperado de http://www.colegiodenotarios.org.mx/comunicados_prensa/.

Unión Internacional del Notariado. (2020, 22 de abril). *El Ejercicio del Notariado en época de Pandemia*. Recuperado de <http://www.uinl.org/>.