

UNIVERSIDAD PANAMERICANA
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia
Programa de Actualización y Cierre Académico



**Función notarial en el otorgamiento del Testamento
Cerrado**

-Tesis de Licenciatura-

Anabella Elizabeth Chorosajev Esmenjaud

Guatemala, julio 2014

Función notarial en el otorgamiento del Testamento

Cerrado

-Tesis de Licenciatura-

Anabella Elizabeth Chorosajev Esmenjaud

Guatemala, julio 2014

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 Cóbar

Secretario General Lic. Adolfo Noguera Bosque

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA

Decano M. Sc. Otto Ronaldo González Peña

Coordinador de exámenes privados M. Sc. Mario Jo Chang

Coordinador del Departamento de Tesis Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla

Director del Programa de Tesis Dr. Carlos Interiano

Coordinador de Cátedra M. A. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

Asesor de Tesis Lic. Jaime Trinidad Gaitán Álvarez

Revisor de Tesis M. Sc. Sonia Zucelly García Morales



**UNIVERSIDAD
PANAMERICANA**

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

UNIVERSIDAD PANAMERICANA, FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y JUSTICIA. Guatemala, diez de marzo de dos mil catorce.-----

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **FUNCIÓN NOTARIAL EN EL OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO CERRADO**, presentado por **ANABELLA ELIZABETH CHORSAJEV ESMENJAUD**, 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 Licenciado **JAIME TRINIDAD GAITÁN ÁLVAREZ**, para que realice la tutoría del punto de tesis aprobado.



M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

Sara Aguilar
c.c. Archivo



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

DICTAMEN DEL TUTOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **ANABELLA ELIZABETH CHOROSAJEV ESMENJAUD**

Título de la tesis: **FUNCIÓN NOTARIAL EN EL OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO CERRADO**

El Tutor de Tesis,

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 estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó la investigación de rigor, atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de contenido que le fueron planteadas en su oportunidad.

Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Tutor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 19 de mayo de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"


Jaime Trinidad Gaitán Álvarez
Tutor de Tesis



Sara Aguilar
c.c. Archivo



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

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

En virtud de que el proyecto de tesis titulado **FUNCIÓN NOTARIAL EN EL OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO CERRADO**, presentado por **ANABELLA ELIZABETH CHOROSAJEV ESMENJAUD**, 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 Licenciada **SONIA ZUCHELLY GARCÍA MORALES**, para que realice una revisión del trabajo presentado y emita su dictamen en forma pertinente.



M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

Sara Aguilar
c.c. Archivo



UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

DICTAMEN DEL REVISOR DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **ANABELLA ELIZABETH CHOROSAJEV ESMENJAUD**

Título de la tesis: **FUNCIÓN NOTARIAL EN EL OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO CERRADO**

El Revisor de Tesis,

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 estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha leído el informe de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención realizó su trabajo atendiendo a un método y técnicas propias de esta modalidad académica.

Tercero: Que ha realizado todas las correcciones de redacción y estilo que le fueron planteadas en su oportunidad.

Cuarto: Que dicho trabajo reúne las calidades necesarias de una Tesis de Licenciatura.

Por tanto,

En su calidad de Revisor de Tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 23 de junio de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

Sonia Zucelly García Morales
Revisor Metodológico de Tesis





UNIVERSIDAD
PANAMERICANA

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

DICTAMEN DEL DIRECTOR DEL PROGRAMA DE TESIS

Nombre del Estudiante: **ANABELLA ELIZABETH CHOROSAJEV ESMENJAUD**

Título de la tesis: **FUNCIÓN NOTARIAL EN EL OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO CERRADO**

El Director del programa de Tesis de Licenciatura,

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 estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que el tutor responsable de dirigir su elaboración ha emitido dictamen favorable respecto al contenido del mismo.

Tercero: Que el revisor ha emitido dictamen favorable respecto a la redacción y estilo.

Cuarto: Que se tienen a la vista los dictámenes favorables del tutor y revisor respectivamente.

Por tanto,

En su calidad de Director del programa de tesis, emite **DICTAMEN FAVORABLE** para que continúe con los trámites de rigor.

Guatemala, 9 de julio de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla
Coordinador del Taller de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia





ORDEN DE IMPRESIÓN DE TESIS DE LICENCIATURA

Nombre del Estudiante: **ANABELLA ELIZABETH CHOROSAJEV ESMENJAUD**

Título de la tesis: **FUNCIÓN NOTARIAL EN EL OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO CERRADO**

El Director del programa de tesis, y 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 estudiante ha desarrollado su tesis de licenciatura.

Segundo: Que ha tenido a la vista los dictámenes del Tutor, Revisor, y del director del programa de tesis, donde consta que el (la) estudiante en mención ha llenado los requisitos académicos de su Tesis de Licenciatura, cuyo título obra en el informe de investigación.

Por tanto,

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

Guatemala, 16 de julio de 2014

"Sabiduría ante todo, adquiere sabiduría"

Dr. Erick Alfonso Álvarez Mancilla
Coordinador del Taller de tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Justicia



Vo. Bo. M. Sc. Otto Ronaldo González Peña
Decano de la Facultad de Ciencias
Jurídicas y Justicia

TRIBUNAL EXAMINADOR

Primera Fase

Lic. Carlos René Paredes Arévalo

Lic. Ervin Manuel Herrera Orellana

Licda. Vitalina Orellana y Orellana

Licda. Carmela Chamalé García

Segunda Fase

Lic. Jaime Trinidad Gaitan Álvarez

Lic. Gabriel García Luna

Lic. Herbeth Estuardo Valverth Morales

Lic. Héctor Andrés Corzantes Cabrera

Tercera Fase

M.Sc. Eddy Giovanni Miranda Medina

Lic. Carlos Enrique Godínez Hidalgo

Licda. María de los Ángeles Monroy Valle

M.Sc. Adolfo Quiñonez Furlán

M.Sc. Joaquín Rodrigo Flores Guzmán

Nota: Para los efectos legales, únicamente el sustentante es responsable del contenido del presente trabajo.

DEDICATORIA

A ti Dios por estar siempre conmigo, por haberme dado esa fortaleza para seguir adelante, y por dejar caer sobre mí tu misericordia. Gracias por mantenerme a lo largo de este camino y gracias por amarme de esa manera especial.

A mi padre Juan Rolando Chorosajev Espinoza, gracias por haberme educado así, estoy orgullosa de ser como soy y eso se lo debo a usted, se que aunque físicamente no esta desde el cielo festeja nuestro éxito siempre lo amare.

A mi mamá Adriana Elizabeth Esmenjaud Villeda, mi amiga, compañera, mi guía espiritual, gracias por darme la vida y hacer lo posible para verme lograr todos mis sueños, y por ello nunca terminare de agradecer a Dios su presencia en mi vida.

A mis hijos Adriana Elizabeth, Sebastián José Franco Chorosajev, y Juan José Chorosajev, mis grandes amores y quienes siendo tan pequeños son la fuerza más grande de mi vida, gracias por ser parte de mí, los amo.

A mis hermanos Jorge Rolando, Guillermo Enrique Chorosajev Esmenjaud, mis amigos de infancia, quienes siempre han estado presentes en todo momento de mi vida, gracias por ser especiales.

A mis sobrinos Guillermo Enrique Chorosajev Sandoval, Andrey Alexander Chorosajev Rosales, Milka Johanna Chorosajev Sandoval, Johan Alexei Chorosajev Rosales, con amor

A mis cuñadas Victoria Rosales, Lili Sandoval, gracias por su apoyo..

A mi amigo Eduardo Pisquy Sagastume, por demostrarme siempre su amistad incondicional.

A mi asesor, Jaime Trinidad Gaitán Álvarez y Sonia Zucelly García Morales, revisora; por guiarme y apoyarme en el último escalón para cumplir mi sueño de ser profesional.

Índice

Resumen	i
Palabras Clave	ii
Introducción	iii
El notario	1
Sucesión hereditaria	8
Testamento	11
Testamento cerrado	18
La función notarial en el otorgamiento del testamento cerrado	27
Conclusiones	47
Referencias	48

Resumen

Como punto de partida de la presente investigación, se estableció el sujeto activo dentro de la función notarial que es exclusivamente el Notario, en donde se determina quien es este profesional, la función notarial, la actividad notarial que desarrolla, desde el punto de vista doctrinario y las teorías existentes, y en la que se determina que la teoría aceptada en Guatemala es la ecléctica; de igual forma se pudo estudiar la finalidad de la función notarial, así como las actividades que el notario desarrolla en su profesión. Siguiendo la línea trazada de la investigación realizada, existió la necesidad de mencionar las instituciones inherentes al caso, como la sucesión hereditaria, sucesión testamentaria, el testamento, desarrollando los temas de las formas testamentarias, haciendo énfasis en el testamento cerrado parte fundamental del tema que interesa. Como se dijo anteriormente, se trataron diferentes temas que ayudaron a concluir con la presente investigación.

Coligiendo los temas mencionados, se generaron varias interrogantes las cuales se trataron a efecto de desvanecerlas, y obligó a que los puntos fueran analizados con amplitud, como lo es la función notarial en el otorgamiento del testamento cerrado, en donde se determinó que en la legislación guatemalteca aparentemente el notario únicamente realiza una única función en el otorgamiento del testamento cerrado, la cual es

la función autenticadora; en la investigación se hizo mayor hincapié en las diferentes funciones notariales que el notario desarrolla en su actividad notarial, realizando un análisis comparativo con otras funciones, en donde se pudo revelar que el notario cumple una serie de funciones notariales durante el trámite del otorgamiento del testamento cerrado. Por último se determinó que el notario dentro del otorgamiento del testamento cerrado realiza diferentes funciones dentro de las cuales se puede mencionar las siguientes: receptiva, directiva o asesora, legitimadora, modeladora, preventiva y autenticadora.

Palabras Clave

Notario. Testamento cerrado. Función notarial. Ley. Actividad Notarial

Introducción

La problemática planteada dentro del presente trabajo de investigación, es la de determinar cuáles son las funciones que realiza el notario en el otorgamiento del testamento cerrado.

El notario es el profesional del derecho encargado de dar fe de la realización de ciertos actos celebrados ante él, es decir que es el profesional del derecho instituido para recibir y redactar conforme a las leyes todos aquellos actos y contratos que le sean encomendados con la finalidad de dar autenticidad a los hechos y declaraciones que ante él se desarrollen, se formulen, se expongan o se lleven a cabo, siempre y cuando haya sido requerida su intervención.

No obstante lo anterior, el punto medular es analizar la intervención del notario en el otorgamiento del testamento cerrado, ya que en ésta forma testamentaria, la función notarial no se cumple en su totalidad, ya que el notario interviene únicamente para dar fe del acto del otorgamiento del testamento, y a legitimar el cierre del sobre que contiene el mismo, quedando obligado el notario a transcribir el acta en el protocolo luego del otorgamiento del testamento y a dar avisos a los registros de la propiedad.

Se sustenta en primer lugar en los aspectos jurídico-doctrinarios referentes a la función notarial, teorías que explican la naturaleza de la función notarial, actividades que realiza el notario en el desarrollo de la función notarial, finalidades de la función notarial así como también todo lo relacionado con la sucesión hereditaria, y las formas testamentarias reguladas por la Legislación guatemalteca y también por la doctrina científica.

Se analiza la función notarial en el otorgamiento del testamento cerrado, en otras palabras, el punto de vista desde el cual se desarrollará la investigación es de carácter eminentemente jurídico, partiendo de lo que regula la Legislación guatemalteca a la luz de lo que establece la doctrina.

Se establece que el notario debe ser el autor del documento que ante él se otorga para que se cumplan a cabalidad todos los principios doctrinarios y legales del que hacer notarial, pero en esta forma testamentaria dicho profesional del derecho no lo hace, en tal sentido muchas legislaciones han suprimido esta forma testamentaria y en el caso del Código Civil, Decreto Ley 106 es probable que se mantenga esta forma testamentaria por razón de tradición jurídica ya que no responde a ninguna necesidad práctica.

Notario

En la Legislación guatemalteca no existe concepto alguno que nos pueda definir la palabra notario, sin embargo el Artículo 1 del Código de Notariado, Decreto 314 reza: “El notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposiciones de la ley o a requerimiento de parte.” Este artículo no da concepto de notario sino el quehacer notarial. Si bien es cierto existen varios documentos y autores que definen la palabra notario, a criterio personal y para efecto del presente estudio, el más acertado es el que se desarrolló durante el Congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino, Celebrado en Buenos Aires Argentina, en 1948 el cual es el siguiente:

El notario Latino es el profesional del derecho encargado de una función pública consistente en recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes, redactando los instrumentos adecuados a este fin y confiriéndoles autenticidad; conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido. En su función esta comprendida la autenticación de hechos. (De la Cámara 1994:4)

Por lo antes descrito, se reafirma el porque de la aceptación personal del concepto anterior, toda vez y que de hecho en Guatemala, quien ejerce la función notarial es un profesional del derecho, después de que haya obtenido un título que lo faculta para ejercer dicha función, así mismo dentro del concepto anterior engloba las actividades notariales tales como recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes enmarcadas a la realidad del notario guatemalteco.

Función notarial

La función notarial es de suma importancia tanto en el área legal como social, en donde la figura del notario es vista como un servicio a la población, y se toma como instrumento de confianza entre los individuos y el derecho, basado en la honestidad, ética y respeto, lo cual conlleva a fortalecer la seguridad y la certeza jurídica. No se puede olvidar que la función notarial está basada y fundamentada en la reunión de leyes, reglamentos, doctrina y jurisprudencia, lo cual engloba el que hacer notarial.

Actualmente existen diferentes textos referentes al tema del notario así como varias definiciones sobre la función notarial, pero en esta oportunidad se toma la siguiente definición:

Muñoz indica que la Función notarial es: la verdadera y propia denominación que cabe aplicar a la tarea que despliega el notario en el proceso de formación y autorización del instrumento público. (1980:517).

De la definición antes indicada, se establece que la función notarial son las diversas actividades que realiza el notario, llamada también el que hacer notarial, ya que éste dirige jurídicamente a los individuos que lo

requieren, siendo uno de los tantos objetivos y más importantes de la función notarial.

Como indica Muñoz (1994), existen varias teorías que explican la naturaleza de la función Notarial, dentro de la cuales se toma el resumen de las siguientes Teorías.

Teoría Funcionarista. Se refiere a la función pública desempeñada por funcionarios estatales con la finalidad de autenticidad y legitimación de los actos públicos que posteriormente el Estado delega a los notarios.

En otras palabras, esta teoría da a conocer que el Estado le confiere al notario la representación del mismo y por ende le otorga la fe pública, en tal sentido se entiende de que el Estado le da al notario la calidad de funcionario público y que la actividad del notario es la función del Estado el cual tiene una función administrativa.

La Profesionalista. Indica que ataca la función pública, pues el recibir e interpretar la voluntad de las partes, es una actividad eminentemente profesional y técnica; así mismo esta teoría niega que los notarios sean funcionarios públicos y resalta el valor de la profesión libre y esta calidad los eleva a un carácter social, para ejercer la actividad notarial es necesario que llene todos los requisitos habilitantes.

La Autonomista. Esta teoría exige que el notariado se ejerza como profesión libre e independiente. El notario es por lo tanto un oficial público (un intérprete legal, no funcionario) que ejerce en las formas y según los principios de la profesión libre, esto lo hace autónomo. Como oficial público observa todas las leyes y como profesional libre recibe el encargo directamente de los particulares.

Ecléctica. Para formarnos una idea exacta del sentido de esta posición es preciso tomar en cuenta los aspectos que caracterizan a una y otra posición antes enunciadas y compararlas con las opiniones doctrinarias que, basadas en las realidades del origen histórica no siguen una solución extrema, sino que adoptan una postura intermedia, por cuya singularidad típicas de diferenciación corresponde agruparlos en una posición ecléctica.” (Argentino. 617)

La teoría ecléctica, indica que el notario es un profesional del derecho, quien ejerce una profesión liberal y es el encargado de una función pública sin ser funcionario público. Esta persona no es nombrada por el Estado puesto que no se ubica dentro de la estructura orgánica estatal y por lo tanto no devenga un salario del presupuesto estatal.

Respecto de las teorías antes citadas se determina que la teoría funcionarista es exclusiva de funcionarios públicos quienes se encuentran al servicio del Estado. La profesionalista es contraria a la teoría funcionarista, toda vez que el profesional interpreta la voluntad de los particulares y no está sujeto al Estado. La teoría autonomista, es la que reúne las características de las teorías funcionarista y profesionalista, puesto que el profesional liberal ejerce funciones estatales y particulares,

la última teoría es la que adopta nuestra legislación y es técnicamente la fusión de las tres teorías anteriores denominada teoría ecléctica.

Para que el notario guatemalteco pueda ejercer la función notarial, se requiere de todos los requisitos enumerados en el Artículo 2 y el Artículo 77 numeral 5 del Decreto Ley 314 que corresponde al Código de Notariado.

Finalidades de la función notarial

Las finalidades que persigue la función notarial son diversas, pero en esta oportunidad se tomará las principales siendo éstas:

Seguridad. Es la calidad de seguridad y de certeza que se da al instrumento notarial. Persigue la seguridad: el análisis de su competencia que hace el notario, la perfección jurídica de su obra para lo cual tiene que hacer juicios de capacidad, de identidad.

Valor. El Notario, además, da a las cosas un Valor Jurídico este valor tiene una amplitud: es el valor frente a terceros.

Permanencia. Se relaciona con el factor tiempo. El documento notarial nace para proyectarse hacia el futuro. Muñoz. (1994:32)

La Seguridad, desde el punto de vista notarial, es la certeza de que lo plasmado por el notario, así como los actos que esto conlleva, dentro de los documentos sean completamente seguros, puesto que existe el respaldo del Estado por ser investido por éste, de fe pública

En relación al valor, el notario además da a la cosa un valor jurídico este valor tiene una amplitud: es un valor frente a terceros; no hay que confundir el valor de que se está hablando, como fin de la función

notarial con la validez del negocio y del documento, el cual implica viabilidad, y en cambio el valor de la eficacia y la fuerza que otorga la intervención del notario entre las partes y frente a terceros, en síntesis este se le da a todos los documentos que el notario elabora a requerimiento de parte

La permanencia, se refiere al momento de hacer mención del factor tiempo, es a efecto de que el documento prevalezca durante mucho tiempo, engloba la seguridad y el valor para que en el futuro existan reproducciones del documento, que dicho acto no se pierda y tenga el mismo valor así como certeza jurídica

Es por ello que todas las funciones o actividades que desarrolla el notario como profesional libre del derecho, son sumamente importantes, pues de esta forma el notario garantiza todos los actos en los cuales él interviene y toma la función como un servicio hacia los particulares y con ello poderles guiar, asesorar, y orientar sobre la importancia y la trascendencia de los actos en una forma calificada para asegurar el objetivo jurídico perseguido por cada uno de los particulares que lo requieren

Actividades que desarrolla el notario

El notario como profesional libre, dentro de la actividad notarial que realiza, ejecuta diferentes actividades al ser requerido por los particulares y luego poder asistir a las personas que lo requieren.

Parafraseando a Muñoz (1994), dentro de las funciones o actividades más comunes que el notario desarrolla se tienen las siguientes:

La Actividad receptiva. Esta actividad la desarrolla cuando al ser requerido, recibe de sus clientes en términos sencillos la información.

Actividad directiva o asesora. Por ser el notario un jurista y conocedor del derecho, puede asesora o dirigir a sus clientes, sobre el negocio que pretendan celebrar, aconsejando sobre el particular.

Actividad legitimadora. El notario tiene la obligación de verificar que las partes contratantes, sean efectivamente las titulares del derecho, estando obligado a calificar la representación en los casos que se ejercite, la cual conforme a la ley y a su juicio debe ser suficiente.

Actividad modeladora. Cuando desarrolla esa actividad, el notario le esta dando forma legal a la voluntad de las partes, encuadrándola a las normas que regulan el negocio.

Actividad preventiva. El notario al estar redactando el instrumento, debe prever cualquier circunstancia que puede sobrevenir en el futuro, debe evitar que resulte conflicto posterior, previendo tales circunstancias.

Actividad autenticadora. Es una de las mas importantes ya que el notario se encuentra investido de fe pública, y esta actividad la lleva a cabo al estampar su firma y sello, de esta forma el notario le está dando autenticidad al acto o contrato, por lo que se tendrán como ciertos o auténticos, por la fe pública de la cual esta investido, y tendrán tal carácter, mientras no se pruebe lo contrario.

Se puede observar que las actividades que desarrolla el notario son claras y específicas y no producen equivocación alguna en su entendimiento.

Sucesión hereditaria

Básicamente la sucesión hereditaria es una figura que con el devenir del tiempo y según las diferentes culturas difieren una de otras pero fundamentalmente en donde recae la mayor parte es en el derecho romano, sabido es que en Roma la figura central en la familia es el padre toda vez que este lleva los asuntos religiosos, sociales y políticos del grupo familiar, al momento de quedar vacante el puesto de padre de familia por causa de muerte algún miembro de la familia debe de reemplazarlo y es aquí donde nace la expresión de suceder al cual le

daban el sentido de ocupar el puesto del predecesor por lo que el nuevo cabeza de hogar asumía las ventajas y cargas de la persona fallecida. En Roma se designaba a las personas nombradas por el causante no importando la forma en que recibirían sus bienes.

La sucesión en el sistema germánico, en el cual no existía la unión familiar como estaba compuesta Roma. Este sistema estaba basado en la copropiedad, donde el derecho les pertenecía a todos los ciudadanos germánicos, al darse una vacante por el fallecimiento de un individuo no se daba problema alguno de sucesión ya que todos eran propietarios de lo que existía, por lo que no existía nombramiento alguno.

A lo largo del tiempo se ve que la tradición romana es la que prevalece, la cual se basa en que los bienes de la familia se le deben de atribuir a un familiar. (Puig, 1966:593)

Se encuentra una gran variedad de definiciones pero para la presente se tomará como base la siguiente:

Se creo, así, la relación de causahabiente (personas fallecidas) y sucesor (heredero o legatario); a fin de mantener vigentes las relaciones jurídicas patrimoniales del primero, y de poder ejercitarse, con posterioridad a su muerte, sus derechos, y cumplirse oportunamente sus obligaciones. “esta sucesión jurídica mortis causa da nombre a esta parte del derecho privado, que a veces se denomina “derecho sucesorio”, más brevemente o “derecho de sucesión por causa de muerte”, prefiriéndose por otras la denominación de “derecho hereditario” que hace referencia a una de las formas de operarse la sucesión mortis causa. (Brañas, 2007: 355)

Al criterio de la investigadora, la sucesión es la continuación de una persona en lugar de otra y de esa forma ejerza el derecho de heredar la totalidad o parte de los bienes derechos y obligaciones que el causante deja a la hora de su muerte. En otras palabras una persona al fallecer trasmite sus bienes derechos y obligaciones por voluntad propia a otra persona por medio de testamento y a falta de testamento se hereda según como lo establece la ley. En el primer caso cuando existe testamento se le denomina sucesión testamentaria y en el segundo caso a falta de testamento sucesión intestada

Sucesión testamentaria

Es claro que la sucesión es el derecho de heredar por lo que en el presente caso el termino sucesión testamentaria se puede definir como el acto por medio del cual una persona denominada testador de forma voluntaria dispone de cada uno de sus bienes y obligaciones para después de su muerte previamente designando a quien o quienes les heredera sus posesiones por medio de testamento. En ésta sucesión, el causante con capacidad legal, designa voluntariamente a quien o quienes heredaran sus posesiones. En el código Civil existe un concepto sobre la libertad de testar el cual se encuentra en el Artículo 934 de dicho cuerpo legal el cual indica:

Toda persona capaz civilmente puede disponer de sus bienes por medio de testamento a favor de cualquiera que no tenga incapacidad o prohibición legal para heredar. El testador puede encomendar a un tercero la distribución de herencias o legados que dejare para personas u objetos determinados.

Sucesión intestada

A diferencia de la sucesión testamentaria este tipo de sucesión se da cuando el causante al momento de su fallecimiento no ha dejado testamento alguno, o si lo ha dejado no dispuso de todos sus bienes por lo cual es necesario llevar a cabo el proceso según disposición legal por lo tanto los herederos no pueden disponer de los bienes sino hasta seguir con el trámite legal correspondiente. En el ordenamiento jurídico guatemalteco en el Artículo 1068 se establece lo siguiente:

La sucesión intestada tiene lugar: 1o. Cuando no hay testamento 2º. Cuando falta la condición puesta a la institución de heredero, o el instituido muere antes que el testador o es incapaz de heredar, o repudio la herencia; fuera de los casos de sustitución, representación y acrecimiento con arreglo a este código; 3º. Cuando en el testamento no hay heredero instituido y el testador no ha dispuesto de todos sus bienes en legados; y 4º. Cuando el testador ha dejado de disponer de alguno o alguno de sus bienes.

Testamento

Cuando una persona tiene bienes, no importando el monto de estos tiene una enorme importancia para la persona que lo llevo a obtener, el cual es aquel que representa el trabajo de muchos años de la persona. Es por ello la importancia de que lleve a cabo su testamento, ya que es un acto en donde el testador designa a que personas se le entregaran propiedades, derechos y obligaciones.

Para tener una mejor comprensión y entendimiento sobre el significado de testamento, se hará mención de un concepto desde el punto de vista legal y otro desde el punto de vista doctrinario. Para tal efecto, dentro de la Legislación guatemalteca en el Artículo 935 del Decreto Ley 106, da un concepto de testamento, el cual reza de la siguiente manera. “El testamento es un acto puramente personal y de carácter revocable, por el cual una persona dispone de todo o de parte de sus bienes, para después de su muerte.

Desde el punto de vista doctrinario, tenemos el siguiente concepto: aquel acto jurídico por cuya virtud una persona establece en favor de otra u otras para después de su muerte, el destino de todo o parte de su patrimonio o la ordenación de otros asuntos de carácter no patrimonial. (Puig, 1966:1056).

En esta figura se ve la importancia de testar, la muerte es algo a lo que nadie puede escapar y lo cual no se sabe con seguridad en que momento de nuestra vida pasará, por lo que es necesario que las personas con capacidad legal sean previsoras, ya que cuentan con el derecho de poder disponer de todo o parte de sus bienes por medio de su voluntad, y en una forma libre que trascenderá hasta después de la muerte.

Con esto el testador estaría evitando problemas futuros para las personas que son importantes en su vida, ya que si no realiza su testamento, después de su muerte iniciarían las discordias entre los que se consideran con derecho, y eso únicamente los llevaría a iniciar un proceso intestado.

Luego de los conceptos antes descritos se establecen las siguientes características parafraseando a Puig (1976): se le da la denominación de mortis causa como característica, puesto que una persona dispone de todo o parte de sus bienes para después de su muerte; otra característica es un acto unilateral puesto que solo una persona es quien dispone de sus bienes por medio del testamento.

Como tercera característica se dice que es un acto personalísimo puesto que la decisión de disponer de sus bienes es exclusivo del testador y no se puede nombrar mandatario para la ejecución de dicho acto ni que tercera persona disponga de los bienes del testador; en el caso del testamento abierto es un acto solemne, puesto que debe otorgarse en escritura pública; como quinta característica el testamento es un acto revocable toda vez que un testamento posterior al ya faccionado exista hará que el anterior deje de tener efectos; y por último se puede decir que es un acto dispositivo de bienes en donde en vida el testador elige hacer de sus bienes o disponer de ellos para después de su muerte.

Antecedentes históricos

Como antecedentes históricos del testamento se dará a conocer una breve reseña sobre la evolución del mismo toda vez que en la antigüedad no existía el derecho de testar tal y como lo veremos en los siguientes antecedentes.

Parafraseando a Puig (1976), en la antigüedad los pueblos primitivos que desconocían el derecho de testar de igual forma desconocen la propiedad individual y en el momento de su fallecimiento los bienes adquiridos en vida regresaban a la colectividad.

Posteriormente en los pueblos como Egipto, India, y el pueblo Hebreo se reconoce el derecho de sucesión pero no el testamento y lo único que se realizaba era que el padre de familia en vida distribuía su patrimonio entre los hijos y que para heredar a un extraño era necesario recurrir a la adopción.

También se observa que dentro del pueblo Germano no se conocía el testamento pero si existía la obligación de heredar a la familia y en caso de falta de herederos podían trasladar los bienes de su propiedad a herederos que él consideraba o bien a desconocidos de manera forzosa.

En Roma, es donde se consolida el derecho de testar y se crea la institución de heredero y donde se le da su definición como aquella disposición mortis causa en donde el ciudadano romano nombraba a su

sucesor y este llevaba a cabo todos los derechos y obligaciones del testador.

El concepto anterior ilustra que durante el transcurso de los años se ha visto la evolución y se ha realizado de acuerdo a las necesidades de las personas. Claramente se ve que a los romanos les preocupaba morir sin haber designado a quien se le asignarían sus pertenencias y es por eso que toman la decisión de testar, ya que de esa forma plasman su voluntad, la cual debía ser respetada. Así mismo es donde se instituyen todas las figuras que en la sucesión hereditaria participan y se crean los diferentes testamentos que se conocen en la actualidad. (1966:1177).

Formas Testamentarias

Dentro del ordenamiento jurídico se establece que existen dos formas de testamentos las cuales son testamentos comunes y especiales, esta clasificación se apoya en los aspectos históricos y doctrinarios.

Los testamentos comunes se clasifican de acuerdo a la Legislación guatemalteca en: testamento común abierto y testamento común cerrado.

Los testamentos especiales se clasifican de acuerdo a Legislación guatemalteca en: Testamento del sordo, ciego, militar, marítimo, en lugar incomunicado, del preso, en el extranjero.

Testamento común abierto

Para establecer y conocer que cual es el concepto del testamento común abierto, se hace mención del siguiente concepto.

Se denomina sí a aquel en que el testador manifiesta su última voluntad ante el notario, dictándolo al mismo o dándosele por escrito, o bien dándole por escrito las disposiciones que debe contener para que las redacte en la forma ordinaria. (Ossorio1981: 744)

Se entiende que el testamento abierto es aquel en donde una persona hace pública su voluntad ante el notario y testigos, en donde podrá entregar al notario una minuta del testamento o lo podrá hacer de palabra. El testamento común abierto es público ya que dentro de sus formalidades especiales lo establece la ley, según el Artículo 42 inciso 6, del Decreto 314, Código de Notariado, el cual se lee. “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.”

Procedimiento

Primeramente, al quedar la voluntad del testador impreso en el instrumento público, el notario tendrá que realizar algunas obligaciones posteriores para poder concluir con su intervención en el acto, las cuales son las siguientes:

Compulsar testimonio para entregar al testador.

Extender testimonio especial para presentar al Archivo General de Protocolos, el cual se remite dentro del plazo que establece la Legislación de guatemalteca es decir dentro de los 25 días hábiles siguientes a la autorización de la escritura. Es importante recordar que este testimonio tiene que ir en plica y se deberá de cubrir el impuesto de timbres notariales de veinticinco quetzales.

Aviso al Registro de la Propiedad, dentro del plazo de 15 días siguientes a su otorgamiento para su anotación

El sobre queda en posesión del notario autorizante, ya que el notario es el depositario del protocolo donde se hace constar el testamento, y en cualquier momento el testador le podrá solicitar copia de la plica al notario quien es el único facultado por la ley para solicitarlo. En Guatemala el testamento común abierto deberá otorgarse en escritura pública como requisito esencial para su validez según lo regula el Código Civil en su Artículo número 955.

Testamento especial

A diferencia del testamento común abierto, este tipo de testamento también es denominado privilegiado porque se da en circunstancias especiales, para llevar a cabo su realización tienen inmersas otro tipo de condiciones, por lo que a manera de comprensión y entender la diferencia entre una y otra se menciona el siguiente concepto. “Son

aquellos que, por las condiciones singulares en que se otorgan, se apartan de las formalidades que la ley exige para los demás testamentos comunes.” (Ossorio, 1981:746).

Testamento cerrado

Después de que se ha visto y determinado la diferencia en que existe en los testamentos abiertos y especiales se entra a conocer los detalles del testamento cerrado. Parafraseando a Rojina (1963). Es aquel documento que es redactado por el testador o por persona a ruego designada por este, el cual deberá ser guardado en un sobre cerrado, en donde el notario y los testigos solo hacen constar la cubierta del sobre que contiene el testamento. El notario da únicamente fe del sobre mediante un acta que se redacta en la cubierta del sobre la cual deberá de ir firmada por los testigos y el notario.

Del concepto anterior y a manera de comprensión se establece que el testamento cerrado es un acto en el cual el notario no interviene en la redacción del testamento, esta acción es única y exclusiva del testador ya que de él nace el deseo de disponer en forma secreta de sus bienes para después de su muerte y elegir a sus herederos o legatarios, él nombra a quienes va a heredar, la forma de disponer, administrar y distribuir sus bienes, así como sus derechos para después de su muerte. Aquí, el

testador se puede tomar el tiempo necesario para pensar y estar en paz para luego poder plasmar su voluntad en el documento que redacte.

Dentro de la historia se encuentran dos antecedentes, uno con el derecho romano y el otro con el derecho intermedio. El primer antecedente o sea dentro del derecho romano, la forma en que se elaboraba el testamento era unipersonal toda vez que el testador mantenía en forma secreta sus disposiciones, el cual era redactado por dicha persona y posteriormente debidamente cerrado ante siete testigos y declarándoles que ese documento era su testamento. A los testigos escogidos, el testador les manifestaba que su voluntad se contenía en el pliego que él les presentaba, quienes después firmaban la plica juntamente con el testador.

Es importante hacer énfasis que el origen del testamento cerrado se perfeccionó en el derecho intermedio, en donde tomó fuerza es aquí en donde el testador guardaba hasta su último momento el secreto de como había dispuesto de sus bienes, y para designar el nombre del heredero o herederos, así como el de los legatarios, debía de hacerlo en otro documento el cual era guardado en determinado lugar o entregado a una tercera persona para que este fuera conservado.

Por el transcurso del tiempo se mejoraron los trámites en la elaboración de los testamentos cerrados excluyendo alguno de estos trámites para que hubiese sencillez en su elaboración y de igual manera la inclusión de éste

dentro de la legislación para darle certeza jurídica. Aquí es donde se ve la necesidad de la participación de un Notario el cual daba fe que el documento cerrado y sellado contenida el testamento del causante. (Puig, 1966:1179).

Finalidad

A lo largo de la presente investigación, se establece que existen ciertas y diferentes características del testamento cerrado en función del testador, pudiéndose determinar que en el funcionamiento de este tipo de testamento, se da la confidencialidad como primera característica, puesto que solo las personas que tengan interés pueden conocer el contenido del mismo hasta el momento del fallecimiento del causante.

Como segunda característica se tiene la secretividad, y la tiene única y exclusivamente el testador, pues es el único que conoce el contenido del mismo durante su tiempo de vida, aunque existe una excepción a la regla, esta es en el momento en que interviene en la redacción del testamento cerrado una tercera persona; también se determina como característica esencial, la seguridad que tiene el testador, pues esta la da el notario por medio de su función autenticadora, en el acta hace constar que dentro de la plica se encuentra el testamento cerrado del requirente o el testador.

Una de las realidades del testamento cerrado en Guatemala, se logra establecer por medio de conversaciones sostenidas con notarios experimentados en la materia, por lo que es importante mencionar que en Guatemala los ciudadanos no tienen la educación de iniciar los tramites necesarios para poder testar, toda vez que la mayoría desconocen esta actividad, por lo que son muy pocas las personas que hacen valer tal derecho, normalmente se ve esta situación en personas que tienen alta solvencia económica.

No es usual ver que personas recurran al derecho de testar, pero los pocos que ejercen ese derecho lo lleven a cabo utilizando el testamento común abierto y no así el testamento cerrado. Por lo que la intervención del notario escasamente se da más en la figura del testamento abierto. En Guatemala no es muy usual que un notario sea parte del otorgamiento de un testamento cerrado ya que es un proceso poco usado por los inconvenientes en el mismo, y el uno de los más delicados es la falta de conocimiento quien redacta su testamento, por lo que es muy poco probable que un notario pueda sugerir la redacción de un testamento cerrado.

En Guatemala no se cuenta con una estadística que ayude a informar y poder cuantificar cuantos testamentos se han llevado a cabo mucho menos determinar que clase de testamentos se han otorgado.

Dentro de la investigación que se realizó, se recurrió a solicitar información al Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, así como el Archivo General de Protocolos, con el objeto de establecer tal extremo, lográndose determinar que ninguna de las instituciones mencionadas lleva un control estadístico, únicamente se lleva un control de la actividad notarial de cada uno de los notarios inscritos, esto quiere decir que se puede pedir información sobre la actividad que realiza cada uno de los notarios activos a requerimiento de un interesado, no así de que se tenga un número estadístico de las actividades generales de los notarios para establecer tal extremo.

Ante tal situación es evidente y necesario que se cuente con un archivo y registro en el Archivo General de Protocolos de todas las actividades notariales que realizan todos los notarios en el ejercicio de su profesión y en especial la actividad específica sobre la información exacta de los testamentos.

Características

El testamento común cerrado se encuentra regulado dentro de la legislación guatemalteca, por lo que dicho acto, crea, modifica, transfiere y extingue derechos y obligaciones entre los particulares, por lo que al tener estas características especiales se determina que es un negocio

jurídico unilateral puesto que el testador es el único que puede disponer de sus bienes, derechos y obligaciones para después de su muerte.

Podemos decir que el otorgamiento del testamento cerrado es un acto solemne, toda vez que esta clase de testamento requiere de ciertos requisitos preestablecidos de forma legal, para que este tenga validez y eficacia jurídica, de no cumplirse con dichas solemnidades el otorgamiento del testamento será nulo.

Otra de las características esenciales que se hace mención dentro del presente tema, es que este tipo de testamento puede ser sometido a revocación o en otras palabras puede ser revocable, esto consiste en el momento en que el testador otorga nuevo testamento, dejando sin efecto el primer testamento otorgado ya sea que por considerar a los herederos indignos de la herencia u otros factores que para el testador sean importantes.

Como última característica se establece que es un acto personal, toda vez que para ser otorgado el testamento cerrado deben de existir la participación de todas aquellas personas que por fuerza legal o necesidad especial deban de intervenir. En otras palabras, sin la participación personal, del traductor si fuese necesario, de uno de los testigos requeridos, del notario o del mismo testador este acto no pueda realizarse.

Quienes pueden intervenir dentro del otorgamiento del testamento cerrado

Después del análisis de las normas legales que tratan del presente tema se establece que los sujetos que intervienen dentro del testamento cerrado son: el testador, el notario requerido, interpretes si fuesen necesarios y los testigos que dan fe del acto que se esta realizando. También puede que haya la participación de otra persona cuando el testador no supiere escribir lo hará otra personas a su ruego o cuando el testador no pudiese firmar. Según el Artículo 956 del Código Civil, así como también los artículos 1, y 52, 42 en su numeral 3º, del Código de Notario regulan los siguientes:

Testador: El testador puede entregar al notario la minuta de sus disposiciones testamentarias o manifestar de palabra su última voluntad

Notario: El notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en que intervenga por disposición de ley o a requerimiento de parte

Testigos: Los testigos deben ser civilmente capaces, idóneos, y conocidos por el Notario. Si el notario no los conociere con anterioridad, deberá cerciorarse de su identidad por los medios legales

Interpretes: Que si el testador no habla el idioma español intervengan dos interpretes elegidos por el mismo, para que traduzcan sus disposiciones en el acto de expresarlas Por no poder firmar o no saber leer o escribir.

Según el desarrollo del presente trabajo, en el testamento cerrado la Ley indica que un tercero puede escribir el testamento a requerimiento del testador, pudiendo éste cometer errores de redacción y de ortografía que posteriormente causarán la nulidad del testamento, en todo caso el indicado para redactar y elaborar el testamento con las

especificaciones del testador debe de ser el notario. Lo anterior se da con la finalidad de que la figura del testamento cerrado vaya de acorde a la realidad del notariado, ya que todos los factores sociales, políticos y naturales son cambiantes por lo tanto el derecho no puede ser estático.

Solemnidades del testamento cerrado

Parafraseando a Puig (1976), dentro del testamento cerrado se puede distinguir dos fases, la primera fase es en donde interviene únicamente el testador que es la más pura y fidedigna, puesto quien es él que redacta y escribe su propio testamento, siguiendo su orden de ideas y deseo de disponer de sus bienes para después de su fallecimiento, a esta fase se le denomina fase privada.

La forma de redactar y escribir el testamento se puede clasificar en tres fases: en la primera, se ve la plena autenticidad del testamento el cual a sido faccionado por puño y letra del testador; así mismo, se ve la fidelidad de la voluntad de esté, en donde se garantiza el pensamiento, deseos y sentimientos del testador al momento de heredar; en la segunda fase, es cuando interviene un tercero requerido por el testador solicitándole que elabore su testamento por su deseo y no porque tenga imposibilidad alguna; y la tercera es donde el testador solicita a una tercera persona que faccione o elabore su testamento

También existe otro requerimiento por parte del testador, en donde por imposibilidad física o de salud requiere de una tercera persona para que elabore su testamento.

Hay que hacer notar que dentro de la Legislación guatemalteca no indica o especifica que tipo de papel haya que usar para redactar el testamento cerrado, en cuyo caso debe de entenderse que no importa el tipo de papel ni la calidad, ni peso, ni tamaño que deban de utilizarse, simple y sencillamente se hace mención de papel.

Por otro lado es necesario también hacer mención que dentro del testamento cerrado no indica que el testador tenga que incluir la fecha, lugar y hora de su otorgamiento por lo que se considera que la fecha, lugar y hora de la presentación del testamento, es la que aparece en la autenticación realizada por el notario en la plica, aunque hay diversidad de criterios puesto que para algunos se debería de tomar la fecha en que el testador con su puño y letra faccionó su testamento.

Como se indicó anteriormente la otra frase que se observa en el testamento cerrado se le denomina fase pública pues es en donde interviene el notario y se le da la solemnidad del caso, en esta fase también se divide en tres momentos a saber, el primero es el momento de la recepción, esta inicia en el instante que el testador presenta su testamento ante los testigos y el notario, este acto se puede subdividir

en tres características, la primera es cuando manifiesta el testador su voluntad indicando que el pliego contiene su testamento y que el mismo se encuentra redactado y escrito por su puño y letra o por un tercero requerido por el testador por no poder escribir, por imposibilidad física o por problemas de salud.

La segunda característica es la presencia del testador con el sobre que contiene su testamento ante el notario hábil, juntamente con los tres testigo requeridos, en caso que el testador no hablase el idioma oficial será necesario la presencia de un traductor.

La tercera característica se da en el momento de la clausura del testamento y es cuando se determina que el documento se encuentra dentro de la plica debidamente cerrada y sellada haciendo constar dicha situación dentro del acta que el notario facciona juntamente con todas las formalidades de la ley.

La función notarial en el otorgamiento del testamento cerrado

Como se ha visto anteriormente se han desarrollado los temas de la función notarial según las diferentes teorías doctrinarias, así como las actividades que desarrolla el notario dentro del otorgamiento del testamento cerrado. En la actualidad algunos notarios y estudiosos del

derecho tienen el criterio que la única función notarial que lleva a cabo el notario dentro del otorgamiento del testamento cerrado es la función autenticadora, pues es aquí en donde interviene únicamente el notario al momento de faccionar el acta respectiva y protocolizar el acto.

La función que realiza el notario dentro del otorgamiento del testamento cerrado, es mucho más amplia y no se encuadra únicamente en la función autenticadora, ya que en el transcurso de la investigación se establece que no es la única función que éste desarrolla o lleva a cabo dentro del trámite del otorgamiento del testamento cerrado, esto es más complicado, toda vez que, no solo son cuestiones de hacer o no hacer del notario, sino que conlleva también una serie de principios doctrinarios, por lo que toda la actividad está cargada de certeza jurídica.

A continuación se desarrollarán las diversas funciones en las que interviene el notario al momento del otorgamiento del testamento cerrado, a manera de recordatorio se hace mención de las funciones que realiza dicho profesional, las cuales son las siguientes: la función receptiva, directiva o asesora, legitimadora, modeladora, preventiva y autenticadora.

El trámite del testamento cerrado inicia con el requerimiento o de rogación, es el momento en que la persona interesada en el otorgamiento del testamento cerrado, denominado testador acude a la oficina

profesional del notario con el objeto de solicitar sus servicios profesionales e indicarle el deseo de realizar los trámites correspondientes y conforme a la ley para elaborar y llevar a cabo el acto de su testamento cerrado. Para que éste trámite se de por iniciado, es necesario que llene los requisitos establecidos por la ley guatemalteca, puesto que sin éste, el notario no podría intervenir ni iniciar trámite alguno, mucho menos iniciar alguna función notarial, este acto esta regulado en su forma legal en el Artículo 1° del Código de Notariado, el cual indica: “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.”

Como se ha establecido en el párrafo anterior, se puede inferir que previo a toda actividad notarial, el notario debe de ser requerido como regla general, pues sin este requerimiento, éste no puede actuar de oficio, a esta solicitud se le denomina principio de Rogación. En el instante en que las personas interesadas ó en el presente caso el testador requiere los servicios profesionales del notario y éste acepta llevar el trámite, inicia la función notarial, llamada también el que hacer del notario, entonces, para que de inicio cualquier tipo de acto en donde el notario pueda intervenir, éste siempre debe de ser requerido.

Seguidamente, después de ser requerido el notario por la persona interesada, éste escucha con atención el requerimiento del solicitante, captando los deseos y necesidades del mismo, para luego poderlo asesorar, e indicarle que es lo que más le conviene, esta asesoría debe de encontrarse apegada a derecho, por lo que el notario prestará sus servicios profesionales y deberá de actuar por requerimiento de la persona interesada de conformidad con la ley.

A ésta actividad se le denomina función receptiva, en el presente caso, se hace énfasis a manera de verbigracia en el presente caso pues ser claro y específico la actividad del notario como la primera intervención de éste, la cual inicia en el momento en que el notario escucha con atención al requirente o testador, y éste le trasmite el deseo de llevar a cabo el trámite del otorgamiento de su testamento y con ello hacer constar su última voluntad, dándole los pormenores y detalles del caso y su interés de dejar plasmada en un documento privado los detalles que solo él conoce, así como su voluntad para después de su muerte; posteriormente el notario por medio de sus sentidos capta la intención y deseos del testador y de lo manifestado, toma lo necesario para hacer valer la voluntad del testador todo conforme a derecho.

Seguidamente, dentro del que hacer notarial, se da la función legitimadora, es en este momento cuando el profesional del derecho procede a elaborar el acta correspondiente al acto por el cual fue

requerido, verificando y haciendo constar en el acta, todos los datos de identificación de cada uno de los presentes (testador, testigos, y/o interprete, y/o tercero requerido), seguidamente procede a verificar que las partes que intervienen en el otorgamiento del testamento cerrado son quienes dicen ser, personas que deben de identificarse con sus documentos personales de identificación (DPI), situación que debe de constar en acta. Este que hacer notarial se encuentra en su forma legal en el Artículo 61 del Decreto 314, Código de Notariado, el cual establece:

El notario hará constar en el acta notarial: el lugar, fecha y hora, de la diligencia; el nombre de la personas que lo ha requerido; los nombres de las personas que además intervengan en el acto; la relación circunstanciada de la diligencia; y el valor y numero de orden de papel sellado en que estén extendida las hojas anteriores a la ultima.

Hasta el momento se ha visto tres funciones en que el notario interviene dentro del otorgamiento del testamento cerrado, ahora bien, existe otra función en la que participa el referido profesional del derecho y se denomina función modeladora, ésta se puede definir como la forma legal que le da el notario al deseo o voluntad del requirente, en donde obligadamente el acta respectiva, llena los requisitos legales que la ley establece. Esta función se realiza en el momento en que el notario redacta el acta de autenticación sobre la plica la cual contiene el testamento cerrado, y lo lleva a cabo de acuerdo con su propia redacción saber y entender.

Igual que la anterior, esta función notarial también tiene un sustento legal, según el Artículo 954 en sus incisos 3° y 4° del Código de Notariado establece: “Sobre la cubierta del testamento extenderá el notario el acta de su otorgamiento, da fe de haberse observado las formalidades legales.” Y el numeral 4° reza “extendida y leída el acta, la firmaran el testador, los testigos, los interpretes si los hubiera y la autorizara el notario con su sello y firma.”

En cuanto a la próxima función, a esta se le denomina función preventiva, esta se cataloga dentro de un orden cronológico como la quinta función. La doctrina indica que el notario, debe prever circunstancias que afecten los intereses del requirente y poder evitar que en el futuro puedan afectarlo de alguna manera. Como función notarial, dentro del que hacer notarial en el otorgamiento del testamento cerrado, ésta no es utilizada por el notario, puesto que es bien sabido que éste no redacta el contenido del testamento cerrado, pues únicamente elabora el acta en donde se hace constar la relación clara y circunstanciada de la diligencia que se lleva a cabo así como de las personas que en el acto intervienen, y como se indicó no participa en el faccionamiento del contenido del testamento.

En la actualidad, la forma en que se redacta y elabora el testamento cerrado según la legislación guatemalteca, da pie a que se originen y cometan ciertos errores de forma, toda vez que éste es un documento

privado elaborado por el testador o por una tercera persona quienes desconocen la técnica notarial, por esa deficiencia se destaca que el notario no tiene intervención alguna para asesorar, dirigir y modelar, funciones indispensables para la correcta redacción y evitar la posible comisión de errores.

Después de ver cada una de las funciones que el notario desarrolla dentro del otorgamiento del testamento cerrado, se ve la necesidad de apuntalar y recomendar que el notario como profesional del derecho y conocedor de las técnicas notariales, debería de intervenir en el asesoramiento y guiando el momento en que el testador esté redactando su testamento, para que de esta forma no existan inconvenientes o errores posteriores que afecten las disposiciones del testador y estas sean cumplidas de acuerdo a su voluntad y conforme a la regulación legal guatemalteca, ya que el notario es un profesional del derecho, y conoce la forma en que se debe plasmar el deseo de quien desea llevar a cabo el otorgamiento de su testamento, ya que por su conocimiento tendrá el cuidado de hacer valer cada una de las figuras jurídicas.

Dentro de la redacción del testamento cerrado, el testador o la persona requerida por éste quien redacte este documento, pueden cometer diferentes tipos de errores en la elaboración y así como en la forma de plasmar la voluntad del solicitante, dichos errores pueden ser causa de nulidad del testamento, y esto se podría dar por la falta de conocimiento

legal, redacción, creación, y con todas las formalidades que la ley requiere, del contenido y en sí la solemnidad del acto, propias de la actividad del notario.

Como ejemplo, se puede mencionar el siguiente: dentro de uno de los errores que el testador pudiese cometer al momento de redactar su testamento, es cuando el testador redacta dicho documento, pues al nombrar a una persona como heredero o legatario dentro del testamento cerrado, éste pueda escribir de forma incorrecta el nombre de uno de los herederos o legatarios y que al momento de la apertura y lectura del testamento, se determine que la persona designada como heredero o legatario no es la misma persona que el testador quiso heredar o legar, toda vez que existe un error al escribir el nombre con que se identifica el beneficiario, esto quiere decir, que físicamente es la persona que el testador deseaba heredar pero legalmente se identifica a otra persona, lo que obliga a seguir otro procedimiento.

Por ende, el fin último del testamento cerrado, que es el cumplimiento de la última voluntad del testador, no sea realizada a cabalidad, puesto que por errores de esta naturaleza, obliga a que el trámite ordinario pase a otra instancia.

Esta clase de errores son los que dan la pauta para que dentro de la legislación se pueda incluir como parte de la actividad del notario la intervención de éste e integre sus funciones notariales en el otorgamiento del testamento cerrado, y que de esta forma el testamento cerrado tenga certeza y eficacia jurídica.

Por lo antes indicado, se ve la importancia de que se reúnan y conjuguen todas las funciones inherentes al notario, para que de esta forma los documentos sean respaldados por medio de las actividades notariales, esto hace que el testador tenga la seguridad jurídica y garantía de que su última voluntad se encuentre debidamente redactada y que la misma se cumpla conforme a derecho, tal y como él lo desee para evitar injustas nulidades. Es por ello la importancia de la intervención del notario en el asesoramiento correcto hacia el testador ya que el profesional del derecho está considerado como sujeto de buena fe, por ende, lo que éste le indique al testador debe de ser considerado como justo.

En el recorrido de la investigación y estudio de la misma, se destaca la función más importante del notario dentro del otorgamiento del testamento cerrado, la cual es la función autenticadora, estas funciones son otorgadas por el Estado al notario el cual queda investido de la fe pública, y facultado con esta investidura el profesional queda autorizado para autenticar el documento privado, en donde éste da fe que el sobre que contiene el testamento cerrado es la legalización del acta que va

plasmada en la plica, la cual contiene el papel donde consta la última voluntad del testador para después de su muerte.

Lo anterior indicado, tiene su sustento jurídico, el cual se encuentra el Artículo 2 numeral 3° del Decreto número 314 el cual indica: “haber registrado en la Corte Suprema de Justicia el título facultativo o de incorporación y la firma y sello que usara con el nombre y apellidos usuales.” De lo anterior se colige que este tipo de documento es de carácter auténtico y vale ante todo los hombres

Es sabido que en la actualidad el notario es requerido para autenticar el acto de otorgamiento de testamento cerrado, por medio del cual se hace constar que dentro de la plica o sobre el testador manifiesta haber dejado su testamento indicando si fue escrito por su puño y letra o escrito a solicitud de éste por una tercera persona, y de lo cual el notario da fe.

La autenticación por parte del notario es de manera personal y única, la cual es otorgada por la Ley y se lleva a cabo por las palabras Ante Mi, seguidamente se coloca la firma y sello del notario. El notario es la autoridad legítima para dar certeza, eficacia y firmeza al acto por el cual fue requerido, y en el faccionamiento del acta de legalización que debe de contener la plica otorgando de esa forma, autenticidad de lo ocurrido, esto es la participación de cada persona que interviene en el otorgamiento del testamento cerrado, así como lo dicho por estos, así

también la manifestación del testador en hacer constar que su testamento es el que presenta ante los testigos y el notario, así como lo documentado se refiere a la intervención directa del notario cuando lleva a cabo la función autenticadora del acto.

De todo lo anterior se colige que esta es la función más importante del que hacer notarial, sin hacer de menos las anteriormente descritas, en donde el notario interviene y el documento redactado por él tiene certeza y seguridad jurídica, por lo que el documento goza de veracidad y credibilidad, lo cual hace prueba por si mismo, ya que con esta función el notario le da validez legal al acto del otorgamiento del testamento cerrado.

Se hace énfasis en esta función, pues algunos indican que el notario únicamente realiza la función autenticadora en su intervención del otorgamiento del testamento cerrado, pero si, se observa toda la actividad del notario y su participación en su que hacer en el otorgamiento de este tipo de testamento.

De lo antes expuesto se resume que como principio, el notario es requerido, esto quiere decir que existe una rogación; que utiliza la función verificadora, pues constata que se encuentren presentes el testador y todos los testigos, y la función modeladora es el momento en

que la lleva a cabo la redacción del acta en el sobre que contiene el testamento cerrado.

Aunado a lo anterior, como parte de la función notarial y después de proseguir con el trámite normal de cerrar el sobre, sellarlo y faccionar el acta respectiva que contiene la diligencia de ultima voluntad del testador, se procede a la protocolización de dicha acta, para luego entregar el sobre debidamente sellado al testador, quien posteriormente designara a que persona le entregara la plica para su guarda y custodia. En la elaboración de la protocolización, el notario únicamente hace mención de la diligencia haciendo constar el contenido del sobre, el cual seguidamente remite el aviso al Archivo General de Protocolos para que quede registrada la actividad notarial, pero el mismo no produce ningún registro estadístico.

En la actualidad existen diferentes formas de dar seguridad jurídica a los diferentes actos y contratos que se realizan, haciendo inscripciones de dichos actos y contratos en los diferentes registro ya existentes, en el presente caso no debiera de ser la excepción por lo que es necesario crear un archivo que se encargue de guardar y custodiar los testamentos cerrados y de esa manera también se podría llevar un registro o una estadística de los testamentos otorgados.

Es aquí en donde el notario tendrá la obligación de remitir la plica del testamento cerrado a los archivos designados. Dicho registro y Archivo debería de crearse dentro del Archivo General de Protocolos, quien sería el guarda y custodio de los testamentos cerrados, hasta el momento en que el testador fallezca y se inicie el trámite a petición y requerimiento del Juez.

No se considera seguro que el testador, el notario o una tercera persona designado por el testador, conserve la plica que contiene el testamento, toda vez que el mismo puede perderse, deteriorarse, o simplemente se pueda destruir por algún interés personal o por cualquier otra circunstancia, estas situaciones se pueden evitar al crearse otro modelo de seguridad, el cual podría ser creando un Registro y Archivo en donde se depositen y guarden dichos documentos.

Por último y no de menos importancia se desea plasmar que la función notarial en el otorgamiento del testamento cerrado, no se cumple plenamente ya que la intervención del notario se circunscribe únicamente a la dación de fe de acto del otorgamiento del testamento cerrado, y a la legitimidad del cierre del sobre que contiene el testamento, así como también a la transcripción del acta de otorgamiento de su protocolo, a consecuencia de que el otorgamiento en esta modalidad testamentaria es de naturaleza sui generis, es decir conlleva una fase privada y otra pública, por lo cual la sucesión testamentaria

común abierta es la mas recomendable ya que proporciona mayor certeza jurídica.

Apertura y trámite del testamento cerrado

En la Legislación guatemalteca, en el Artículo 467 del Código Procesal Civil Decreto Ley 107, establece el procedimiento siguiente:

El sobre o plica se presenta ante Juez

El Juez en presencia del secretario y el solicitante, levantara acta que exprese en que estado se encuentra el sobre y los sellos

Citación al notario y testigos que firmaron la cubierta e interesado para la apertura del testamento

Juez tomará declaración bajo protesta al notario autorizante de la caratula del testamento y a los testigos para confirmar si las firmas que están puestas en el documento son de ellos

Apertura del testamento y se le da lectura, inmediatamente el juez rubricara y sellara cada una de las hojas del testamento

Protocolización del testamento el cual lo llevara a cabo el notario que designe la mayoría

Dentro de las formalidades que contempla el Código Civil guatemalteco en su Artículo 959 están las siguientes:

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

En presencia del notario y los testigos, y los intérpretes en su caso, manifestara el testador que el pliego que presenta contiene su testamento y si esta escrito y firmado por el o escrito por mano ajena y si, por no puede firmar, lo ha hecho a su ruego otra persona, cuyo nombre expresara

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

Extendida y leída el acta, la firmarán el testador, los testigos, los interpretes 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, firmara a su ruego.

El trámite con algunas modificaciones para que exista más seguridad y que de esa manera el testador tenga la plena certeza jurídica, que para después de su fallecimiento se cumpla con su voluntad plasmada en su testamento.

Si bien es cierto, las personas que no puedan escribir, solicitan que el testamento sea redactado o escrito por otra personas a solicitud de éste, en el presente caso se puede modificar el trámite existente en el testamento cerrado, pues el notario es la persona idónea para redactarlo como profesional del derecho, en donde utilizaría las técnicas y funciones notariales, para darle a este acto la seguridad jurídica deseada por el testador, y siendo los únicos dos, los conocedores del contenido del mismo ya que de esa forma estaría cumpliendo el notario con la función de recibir, interpretar y dar forma a la voluntad del testador.

Con esta modificación no se pierde la esencia del testamento cerrado ya que el notario está obligado a guardar como secreto profesional el contenido del documento, ya que es uno de los papeles éticos del notario frente a la sociedad en donde se debe destacar que el notario es un profesional, confiable, creíble y que todos sus actos están basados en los principios de certeza y seguridad jurídica. Así se evita que las partes no conformes soliciten la nulidad del documento. De esta forma el testamento cerrado constituye una garantía por haber intervenido en todo momento el notario que es un profesional del derecho.

Ventajas

Entre estas se consideran como las más importantes desde el punto de vista de la participación del testador así como la función en la que interviene el notario, esto dado después de haber realizado el estudio y análisis correspondiente al presente tema.

El testador a la hora de elaborar su testamento, no está sujeto a realizarlo en tiempo determinado, tomándose el tiempo necesario para poder disponer a placer de sus bienes y distribuirlos a las personas que considere dignas de heredar.

La participación del notario como conocedor del derecho al momento de redactar el acta correspondiente y posteriormente la actividad de protocolizar a efecto de darle certeza jurídica al acto por el cual fue requerido.

Existe la secretividad en el testamento cerrado ya que ni el notario ni los testigos conocen el contenido del mismo, únicamente el testador y el deseo e intención de quien testa se dará a conocer hasta la hora de su fallecimiento.

Después de haber sido requerido, el notario en su oficina profesional y estando presente en el acto de otorgamiento del testamento, el testador le transmite su deseo e intención, por lo que el notario capta la idea de éste y le da forma a la idea, para que este adecuado conforme a derecho

El testamento cerrado se considera mucho más sencillo de otorgar y con menos formalidades en su trámite para su elaboración, ya que la participación del notario es mínima.

La participación del notario le da solemnidad al acto, toda vez que al conocer la norma jurídica éste la hace valer en el acto del otorgamiento del testamento cerrado, llenando los requisitos que la ley establece.

El testador considera que existe seguridad al momento de estar redactando su testamento pues nadie tendrá conocimiento del contenido del mismo a excepción de él. Esta seguridad la percibe por lo que si

alguno de los herederos tuviese conocimiento del contenido del testamento y que por intereses personales le pudiera causar algún tipo de agresión física o lo que es peor, atentar en contra de su vida.

Libertad por parte del testador de poder disponer de su patrimonio y dejar sus bienes, derechos y obligaciones a la personas que el desee, sin verse de alguna forma amenazado u obligado a testar en favor de alguien interesado sin ser digno.

Desventajas

Las desventajas son las más comunes al momento del otorgamiento del testamento cerrado, las cuales causan las dificultades posteriores en detrimento al deseo del testador y conflictos al notario cuando se requiere de la apertura de la plica y lectura de la última voluntad del testador.

Al momento de la elaboración del testamento y redacción del mismo por parte del testador, este carezca de las formalidades jurídicas que realizaría un notario, pues él le daría la forma, sentido y entendimiento jurídico que el documento requiere.

Otra de las desventajas, es en el momento que el testador al redactar su testamento, incurra en una serie de errores legales, de redacción, ortográficos, y de forma, causando de esa manera que los futuros herederos soliciten la nulidad del documento en virtud de dichos errores.

Los interesados, pongan en tela de duda el contenido del testamento cerrado, puesto que existe la posibilidad de que el testador al momento de plasmar su voluntad, no se hubiese encontrado en la capacidad legal para testar.

Se observa como otra desventaja en esta clase de testamento, la inseguridad en la guarda y custodia de la plica, ya que con gran facilidad podría perderse, extraerse o simplemente destruirse por factores externos a la voluntad de la persona a quien se le encargo la custodia del testamento.

Se establece que dentro de la Legislación no se estipula la forma en que el testador deba de redactar el testamento cerrado, por lo que este lo hace libremente, puesto que no está sujeto a formalidad alguna en su redacción, y como se indicó con antelación, esta falta de técnica jurídica conlleva a la comisión de errores que puedan causar la nulidad del documento

Si falleciere la persona a la cual se recomendó la guarda del testamento cerrado o fallece el notario en cuya persona se depositó el testamento pudiera éste mismo desaparecer

Se puede dar la pérdida de la plica que contiene el testamento cerrado o si alguno de los herederos por desconocimiento procede a romper o abrir la plica

Conclusiones

La función notarial en el otorgamiento del testamento cerrado en la legislación guatemalteca, aparentemente se limita a una función específica, la cual es la función autenticadora, esto se da porque no se había tomado en cuenta que el notario desarrolla otras funciones dentro del otorgamiento de este tipo de testamento.

El testamento común cerrado es una figura en desuso por la falta de formalidades en el acto, lo que conlleva a que no sea nada práctico para que sea realizado, no solo por la falta de técnica jurídica sino por la falta de seguridad jurídica del mismo.

El testamento común cerrado no llena la técnica jurídica necesaria y a carencia de ésta, lo orilla a que el mismo este lleno de errores e inconsistencias por lo que consecuentemente podría resultar en una solicitud de nulidad.

Es necesario que dentro del ámbito institucional sea regulada en la Legislación guatemalteca, la creación de un archivo específico que se encargue de registrar, guardar y custodiar toda esta clase de testamentos, pues se observa que en la forma que establecida por la ley, se ve la deficiencia en la guarda y custodia, ya que no brinda la seguridad física o material que la plica necesita, mucho menos del contenido de la misma.

Referencias

Libros

Muñoz, N. (1996) Introducción al Estudio del Derecho Notarial. Quinta Edición; Imprenta y Fotograbado Llerena, S.A

Aguirre, M. (1972) La Capacitación Jurídica del Notario Publicación No 8 del Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial. Ciudad de Guatemala.

Brañas, A. (1998) Manual de Derecho Civil. Primera Edición; Editorial Estudiantil Fénix.

Puig, F. (1976) Compendio de Derecho Civil Español; Ediciones Pirámide, S.A.

Puig, F. (1966) Compendio de Derecho Civil Español; Ediciones Náutica, S.A.

Rojina, R. (1978) Compendio de Derecho Civil; Editorial Porrúa, S.A

Moto, E. (1980) Elementos del Derecho; Editorial Porrúa, S.A

Diccionario

Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales, Manuel Ossorio; (1981) Editorial Heliasta S.R.L

Legislación

Código de Notariado, Decreto Número 314, Guatemala Centro América 1946. Librería Jurídica.

Código Civil, Decreto Número 106, Guatemala Centro América 1964.
Librería Jurídica