

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

**EFFECTOS QUE SE PRODUCEN CUANDO EL NOTARIO ESTABLECE A SU JUICIO
LA CAPACIDAD MENTAL Y VOLITIVA DEL TESTADOR PARA AUTORIZAR EL
TESTAMENTO COMUN ABIERTO**

ZURY MICHELLE ARDÓN CHANQUIN

GUATEMALA, NOVIEMBRE DE 2007

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

**EFFECTOS QUE SE PRODUCEN CUANDO EL NOTARIO ESTABLECE A SU JUICIO
LA CAPACIDAD MENTAL Y VOLITIVA DEL TESTADOR PARA AUTORIZAR EL
TESTAMENTO COMUN ABIERTO**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

por

ZURY MICHELLE ARDÓN CHANQUÍN

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos profesionales de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, noviembre de 2007

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

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

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Lic. Edgar Enrique Lemus Orellana
Vocal: Lic. Héctor Leonel Mazariegos Gonzalez
Secretario: Lic. Edgar Mauricio Rivera

Segunda Fase:

Presidente: Lic. Ricardo Antonio Alvarado Sandoval
Vocal: Licda. Viviana Nineth Vega Morales
Secretario: Licda. Celia Lisette Ordoñez Rubio

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis” (Artículo 43 del Normativo para elaboración de la tesis de la Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

Lic. Víctor Manuel Pineda Malin
Colegiado 6005
3ª. Avenida 4-66 Amatitlán, Guatemala. Tel.66597723, 55812758

Guatemala, 09 de agosto de 2007



Licenciado Bonerge Amilcar Mejia Orellana
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor Decano

Respetuosamente, me dirijo a usted, para informarle que he dado cumplimiento a la resolución emitida por este decano, en relación a la asesoría del trabajo de tesis de la bachiller: ZURY MICHELLE ARDÓN CHANQUÍN, denominado:

"EFECTOS QUE SE PRODUCEN CUANDO EL NOTARIO ESTABLECE A SU JUICIO LA CAPACIDAD MENTAL Y VOLITIVA DEL TESTADOR PARA AUTORIZAR EL TESTAMENTO COMÚN ABIERTO"

De conformidad con lo anterior y en cumplimiento con lo preceptuado en el Artículo 32 del Normativo para el examen general público, me permito emitir el siguiente dictamen:

- a) La contribución científica y técnica de este trabajo de tesis es de suma importancia para el desarrollo de la ciencia del Derecho notarial, pues el testamento común abierto es un instrumento público, que se usa constantemente por los ciudadanos para regular derechos y obligaciones con efectos post mortem;
- b) La metodología y técnicas de investigación utilizadas fueron las adecuadas a la naturaleza de la misma;
- c) La redacción del trabajo se realizó conforme a los lineamientos establecidos en el Normativo para el examen general público de esta Facultad;
- d) La conclusiones y recomendaciones fueron congruentes con el desarrollo del trabajo de investigación;
- e) En cuanto a la bibliografía consultada, fue pertinente al tema y en mi opinión adecuada a la cantidad y calidad de la investigación.

Por todo lo anterior y habiendo la autora cumplido con la legislación universitaria, al caso; DICTAMINO FAVORABLEMENTE y OPINO, que el presente trabajo puede continuar con los trámites subsiguientes y finalmente pueda ser sometido a su discusión y aprobación en el EXAMEN PÚBLICO DE TESIS.

Sin otro particular, me suscribo del señor Decano, atentamente. "ID Y ENSEÑAD A TODOS"

Licenciado Víctor Manuel Pineda Malin
Colegiado 6005
Asesor de Tesis


ABOGADO Y NOTARIO



UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES. Guatemala, veintidós de agosto de dos mil siete.

Atentamente, pase al (a la) LICENCIADO (A) DENNIS FRANCISCO ARCHILA RODRÍGUEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis del (de la) estudiante ZURY MICHELLE ARDÓN CHANQUÍN. Intitulado: "EFECTOS QUE SE PRODUCEN CUANDO EL NOTARIO ESTABLECE A SU JUICIO LA CAPACIDAD MENTAL Y VOLITIVA DEL TESTADOR PARA AUTORIZAR EL TESTAMENTO COMÚN ABIERTO".

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

LIC. MARCO TULLIO CASTILLO LUTÍN
JEFE DE LA UNIDAD ASESORÍA DE TESIS



cc. Unidad de Tesis
MTCL/sllh

Lic. Dennis Francisco Archila Rodríguez
Colegiado 5060
7 ave. 5-45 residenciales Valle de la Mariposa Amatitlán, Guatemala
Tel. 66332775, 58264248



Guatemala, 12 de septiembre de 2007

Licenciado:
Bonerge Amilcar Mejia Orellana
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Ciudad de Guatemala

Señor Decano:

Tengo el honor de informarle a usted, que en cumplimiento de lo dispuesto en la providencia correspondiente, he asistido con carácter de Revisor de Tesis de la bachiller **ZURY MICHELLE ARDÓN CHANQUÍN**, con carné numero 200015681 en la elaboración de su trabajo de graduación titulado:

"EFECTOS QUE SE PRODUCEN CUANDO EL NOTARIO ESTABLECE A SU JUICIO LA CAPACIDAD MENTAL Y VOLITIVA DEL TESTADOR PARA AUTORIZAR EL TESTAMENTO COMÚN ABIERTO".

Llena los requisitos establecidos en el reglamento respectivo.

Habiéndose finalizado la elaboración del mismo, atentamente le informo:

- A) En la elaboración del indicado trabajo, la autora siguió las instrucciones y recomendaciones que le hice en cuanto a la presentación y desarrollo del mismo;
- B) En consecuencia estimo que el trabajo de la bachiller **ZURY MICHELLE ARDÓN CHANQUÍN**, si reúne los requisitos exigidos por el Artículo 32 del Normativo para el Examen General Público de Tesis.
- C) Que dicho trabajo se realizó bajo mi inmediata dirección, durante su elaboración le hice a la autora recomendaciones y sugerencias en cuanto a la bibliografía que debería ser consultada, así como sobre el cumplimiento de los requisitos tanto de forma como de fondo, exigidos por el reglamento respectivo, para trabajos de esa naturaleza.

De usted atentamente.

LIC. DENNIS FRANCISCO ARCHILA RODRIGUEZ
ABOGADO Y NOTARIO

Lic. Dennis Francisco Archila Rodríguez
Revisor



DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, once de octubre del año dos mil siete.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la Impresión del trabajo de Tesis del (de la) estudiante ZURY MICHELLE ARDÓN CHANQUIN, Titulado EFECTOS QUE SE PRODUCEN CUANDO EL NOTARIO ESTABLECE A SU JUICIO LA CAPACIDAD MENTAL Y VOLUNTIVA DEL TESTADOR PARA AUTORIZAR EL TESTAMENTO COMÚN ABIERTO Artículo 31 Y 34 del Normativo para la elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Publico de Tesis.-

MTCL/sllh



DEDICATORIA

- A DIOS: Por darme la vida, guiar mi camino, velar por mis anhelos, a ti mi agradecimiento eterno por este triunfo, porque se que sin ti nada soy, porque se que contigo mi vida es plena. Gracias señor.
- A MI MADRE: Berta Leticia Chanquín Mazariegos, por ser mi madre, mi amiga, mi consejera, a ti mamita gracias por todo tu apoyo y esfuerzo por ayudarme a alcanzar este triunfo conjunto.
- A MI PADRE: Olfí Mynor Ardón Aragón, por educarme, por sus sabios consejos, apoyo moral. Gracias por estar a mi lado.
- A MIS HERMANOS: Astrid Mariel y Mynor Emilio, por su cariño y apoyo incondicional, por estar unidos por lazos de sangre y lazos de amor.
- A MIS ABUELOS: Gilberta Mazariegos, Arturo Chanquín y Esperanza Aragón por su cariño, apoyo y consejos a lo largo de mi vida, por ser unos segundos padres para mí.
- A MIS TIOS: Carlos, Julio, Yoni y Edna, por estar presentes en mi vida por su cariño, confianza y consejos y ser las personas con quien siempre podré contar.
- A MI AHIJADA: Keilia Natalia por llenar mi vida de alegría, ternura e inocencia que solo una niña puede dar.
- A MIS PRIMOS: En general por su cariño, que este triunfo sea un ejemplo para sus vidas.

A MIS AMIGOS: Jeaneth Salguero, Rubi Ralios, Mailing Orozco, Marleny Rivera, Lidia Godoy, Laura Samayoa, Heydi Carrera, Marta, Ramírez, Flor Gómez, Luisa Ortiz, Jeoana Hernández, Lesbia Hernández, Evelyn Cruz, Flor de Maria Gil, Carlos David, Jorge Herrera, Ruben, gracias por compartir conmigo momentos de alegría y estar conmigo en los momentos difíciles de mi vida.

A: Juan Carlos Díaz Monroy, por haber llegado a mi vida y compartir conmigo momentos que para mi son importantes. Que Dios te Bendiga siempre.

A: La Universidad de San Carlos de Guatemala por ayudarme en mi formación académica ética y profesional.

A: La facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales especialmente a la jornada matutina, por cobijar mis sueños, por los años que compartí con personas inolvidables y permitirme obtener este logro académico.

ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i

CAPÍTULO I

1. El instrumento público.....	1
1.1. Definición.....	1
1.2. Características.....	6
1.2.1. Fecha cierta.....	7
1.2.2. Garantía	7
1.2.3. Credibilidad	8
1.2.4. Firmeza, irrevocabilidad e inapelabilidad	8
1.2.5. Ejecutoriedad	8
1.2.6. Seguridad.....	9
1.3. Valor del instrumento público	10
1.4. Clases.....	10
1.5. Sujetos que intervienen en los instrumentos públicos	11
1.5.1. Sujeto	11
1.5.2. Parte.....	11
1.5.3. Otorgante	12
1.5.4. Compareciente.....	12

CAPÍTULO II

2. El notario.....	13
2.1. Definición	13
2.2. El notario como jurista	15

	Pág.
2.3. Calidades	16
2.4. Impedimentos	18
2.5. Incompatibilidades	19
2.6. Casos especiales.....	20
2.7. Órganos que pueden declarar la inhabilitación del notario	21
2.8. Rehabilitación	21
2.9. Fe pública	22
2.10. Características de la fe pública notarial.....	26

CAPÍTULO III

3. El testamento	27
3.1. Aspectos preliminares y definición de testamento	27
3.2. Naturaleza jurídica	30
3.3. Capacidad para testar.....	31
3.4. Exteriorización de la voluntad testamentaria.....	33
3.5. Interpretación de las disposiciones testamentarias.....	34
3.6. Forma de los testamentos.....	35
3.7. Testamento común abierto	36
3.8. Requisitos	37
3.8.1. Requisitos subjetivos	37
3.8.2. Requisitos objetivos.....	38
3.8.2.1. Fase de preparación.....	38
3.8.2.2. Fase de otorgamiento.....	39
3.8.2.3. Fase de conservación.....	39
3.9. Principio de unidad del acto	40
3.10. Testamento común cerrado.....	42

	Pág.
3.10.1. Concepto.....	42
3.10.2. Solemnidades	43
3.10.2.1. Fase privada o de preparación.....	43
3.10.2.2. Fase pública o de otorgamiento	44

CAPÍTULO IV

4. La conducta anormal.....	47
4.1. Perspectivas actuales de la conducta anormal.....	47
4.1.1. El modelo psicoanalítico.....	48
4.1.2. El modelo conductista	48
4.1.3. El modelo cognoscitivo.....	48
4.1.4. El modelo biológico	48
4.2. Clasificación de la conducta anormal	49
4.3. Enfermedades mentales crónicas	49
4.3.1. El desequilibrio psíquico.....	51
4.3.2. Las neurosis.....	51
4.3.3. La neurosis obsesiva.....	52
4.3.4. La histeria.....	53
4.3.5. Las psicosis delirantes crónicas.....	54
4.3.6. Las psicosis esquizofrénicas.....	55
4.4. La demencia	56
4.4.1. La inteligencia y la demencia	56
4.4.2. Patología de la demencia.....	57
4.5. Trastornos mentales de la senilidad	57

CAPÍTULO V

5. Nulidad	59
5.1. Nulidad absoluta	60
5.2. Nulidad relativa	60
5.3. Impugnación del instrumento público.....	61
5.4. Nulidad instrumental o formal	62
5.5. Incidencia de la nulidad instrumental o formal en el negocio jurídico	63
5.6. Ineficacia de los testamentos.....	65
5.7. Nulidad del testamento	65
5.7.1. Causas de nulidad.....	66
5.8. Efectos de la infracción a disposiciones de derecho necesarias en el otorgamiento del testamento.....	67
5.9. Ejercicio de la acción de nulidad.....	67
5.10. Efectos de la nulidad declarada	68
5.11. La capacidad como requisito esencial del testamento	68
5.11.1. Clases de capacidad.....	69
5.11.2. Capacidad de derecho	69
5.11.3. Capacidad de ejercicio.....	70
5.11.3.1. Circunstancias determinantes de la capacidad de ejercicio	72
5.12. Incapacidad como vicio del testamento.....	72
5.12.1. Clases de incapacidad	73
5.12.2. Incapacidad para testar en la legislación guatemalteca.....	74

CAPÍTULO VI

6. Apreciación del notario en cuanto a la capacidad mental del testador.....	77
6.1. Formación jurídica y profesional del notario.....	77
6.2. El notariado como profesión universitaria	78

6.3. medios directos para capacitar al notario	79
6.4. La ética profesional	80
6.5. La moral y la ética	81
6.6. La ética notarial	82
6.7. Código de ética del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala	83
6.8. El juicio.....	84
6.9. El juicio del notario.....	84
CONCLUSIONES.....	87
RECOMENDACIONES	89
BIBLIOGRAFÍA	91

INTRODUCCIÓN

El decreto ley 106 Código Civil establece que toda persona civilmente capaz tiene libertad para testar, es decir para disponer de sus bienes para después de su muerte. En este sentido resulta ser la capacidad mental del testador uno de los requisitos esenciales para la validez del testamento y es al notario a quien por mandato legal, le corresponde hacerla constar a su juicio en el cuerpo del instrumento público que contiene la disposición de última voluntad, lo que indudablemente significa que es el notario quien con los conocimientos que ha adquirido durante su formación académica y ejercicio profesional, le corresponde dilucidar y apreciar la capacidad mental y volitiva de quien otorga testamento, circunstancia que lo compromete a calificar el acto mismo del testamento dentro de los límites legales y a tomar en consideración su juicio, circunstancia que no deja de tener cierto margen de subjetivismo por parte del notario, ya que es él la persona a quien por sus cualidades humanas, profesionales y éticas el Estado le ha delegado la fe pública para que se él quien, intervenga en los actos y contratos que realizan los miembros de la sociedad y los revista de una presunción de autenticidad y fuerza probatoria, sin embargo, el notario no cuenta con una base científica que le permita precisar con toda certeza en qué momento una persona individual se encuentra en el pleno uso de sus facultades mentales y volitivas en la autorización del testamento común abierto.

El presente trabajo de investigación contiene en el capítulo I la definición de instrumento público, así como: sus características, valor formal y probatorio, clases y sujetos que intervienen en el funcionamiento del mismo; el capítulo II contiene algunas de las definiciones más aceptadas de notario, el notario como jurista, así como las calidades que el ordenamiento jurídico guatemalteco exige para el ejercicio de la misma, impedimentos e incompatibilidades para ejercer la profesión de notario así como los órganos que pueden declarar la inhabilitación del notario, el procedimiento de la rehabilitación, la fe pública que le ha sido delegada al notario.

En el capítulo III se hace una breve descripción acerca del testamento, naturaleza jurídica, capacidad para testar, exteriorización e interpretación de las disposiciones testamentarias y forma de los testamentos aceptadas tanto legal como doctrinariamente, el testamento común abierto requisitos tanto subjetivos como objetivos para la validez del mismo, fase de preparación de otorgamiento y de conservación del instrumento público que contiene testamento común abierto y principio de unidad de acto que rige en el momento de otorgar testamento, el testamento común cerrado, solemnidades, fase privada o de preparación y fase de otorgamiento En el capítulo IV se hace referencia a lo que debe de entenderse por conducta anormal dentro de los parámetros de la psiquiatría según los diferentes modelos o enfoques de dicha ciencia, además de la descripción breve de algunas enfermedades mentales crónicas que privan de discernimiento a las personas que las padecen. El capítulo V se ocupa del tema de la nulidad, clases de nulidad, impugnación del instrumento público, nulidad instrumental o formal del instrumento público, la incidencia de la nulidad instrumental o formal en el negocio jurídico, la ineficacia de los testamentos, la nulidad en el caso concreto del testamento, el ejercicio de la acción y los efectos que se producen de la declaración de nulidad, además se aborda el tema de la capacidad como requisito esencial de validez del testamento y las clases de capacidad, la incapacidad como vicio del testamento, clases de incapacidad y la incapacidad para testar en la legislación guatemalteca.

Por su parte el capítulo VI hace referencia a la apreciación del notario en cuanto a la capacidad mental del testador, así como la formación jurídica y profesional del notario, el notariado como profesión universitaria, los medios directos para capacitar al notario, la ética profesional, la moral y la ética, la ética notarial propiamente dicha, con base a las disposiciones contenidas en el Código del Ética Profesional del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala, el juicio y el juicio del notario.

El método de investigación utilizado fue el método deductivo e inductivo. La presente investigación partió de conceptos generales y abstractos como lo es la institución del testamento en general así como las causas que privan de discernimiento afectando así la capacidad mental y volitiva, para posteriormente arribar al tema específico de la investigación siendo este las aptitudes del notario como profesional del derecho para determinar la capacidad mental requerida en la autorización del testamento común abierto como requisito esencial para su validez, así como el método analítico el cual sirvió de enlace entre ambos métodos lo que permitió descomponer el tema a investigar en cada una de sus partes principales, para posteriormente proceder a sintetizar con base a los temas y sub.-temas contenidos en el presente trabajo. En cuanto a las técnicas utilizadas fueron de carácter bibliográfico y entrevistas abiertas con notarios y catedráticos de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, con el objeto de consultar su opinión acerca del tema investigado.

CAPÍTULO I

1. El instrumento público

1.1. Definición

Etimológicamente la palabra instrumento deviene del latín *instruere*, instruir, en sentido general escritura, documento.

La palabra instrumento como tecnicismo jurídico establece Cabañellas que: “se encuentra en decadencia en hispanoamérica y ha sido sustituida por documento, ya que en otras acepciones la palabra instrumento significa medio...”.¹ Así mismo define instrumento público como: “el otorgado o autorizado, con las solemnidades requeridas por la ley, por notario, escribano, secretario judicial u otro funcionario público competente, para acreditar algún hecho, la manifestación de una o varias voluntades y la fecha en la que se producen”².

Miguel Fernández Casado citado por Carlos Emerito González define instrumento público como: “El documento notarial autorizado a instancia de parte en el que consta un hecho jurídico o una relación de derecho”³. En tanto que Gonzalo de las Casas define al instrumento público como el escrito auténtico en que se consigna y se perpetúa un hecho”.⁴

El documento público género próximo al instrumento público se define como: “El autorizado por notario competente con arreglo a las formalidades establecidas por las leyes, agrega además la legislación española en una forma enumerativa que el instrumento publico comprende tanto las escrituras publicas, las actas notariales y en

¹ Cabanellas, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**, pág. 134.

² Cabanellas. **Ob. Cit.**, pág. 134.

³ González, Carlos Emerito. **Derecho notarial**, pág.402.

⁴ **Ibid**, pág. 493.

general todo documento que autorice el notario bien en original en copia o testimonio”.⁵. De esta manera queda perfilado el concepto, cuando un documento público es autorizado por notario se convierte en un instrumento público, pero este concepto fundado en la intervención del notario no satisface a la doctrina que busca una definición en la que queden incluidos los fines instrumentales y los efectos del instrumento, el intento parece difícil, porque el alcance de la función notarial es totalmente empírico, por dos razones; una es la unión que durante siglos ha habido entre la fe pública extrajudicial y la fe pública notarial, la otra es la falta de una política legislativa que reestableciera el fuero teórico del notario en vez de multiplicar cada día las facultades de personas y organismos ajenos que sin ser notarios desempeñan por razones de oportunismo o de conveniencias momentáneas funciones típicamente notariales.

Torres Aguilar define también al instrumento público como: “Los documentos autorizados por el notario en que constan las relaciones jurídicas de los partícipes para que sirvan de leyes entre los mismos o se refieren a los hechos relacionados con el derecho”.⁶

Navarro Azpetía con respecto a la teoría de la prueba preconstituida manifiesta lo siguiente: “Entre las funciones encomendadas al notario, la de más trascendencia pública, la que determina su existencia y es causa u origen de todas las demás es aquella que consiste en investir todos los actos en los que interviene de una presunción de veracidad que les hace aptos para imponerse por si mismos en las relaciones jurídicas y para ser impuestos por su propia virtualidad , por el poder coactivo del estado, salvo prueba tasada e intervenida por los Organismos judiciales del Estado de nulidad o falsedad”.⁷

Esta función es llamada autenticación. Su efecto es hacer fe, su ejercicio le corresponde al notario el cual sólo por modo accesorio debe:

- Como antecedente de la autenticación, aconsejar a los que solicitan su ministerio,

⁵ Gimenez Arnau, Enrique. **Introducción al derecho notarial**, pág. 209.

⁶ Torres Aguilar, citado por Jiménez Arnau, Enrique pág. 210.

⁷ **Ibid**, pág. 211.

- asesorándoles de las presiones que deben de adoptar, formas que es preciso llenar y derivaciones que puede tener el acto autenticable que los interesados pretenden.
- El notario como técnico en su función debe de revestir los productos de su autenticación de la forma legal adecuada.

Manifiesta Miguel Fernández Casado citado por Nery Muñoz que los fines que persigue el instrumento público son los siguientes: “dos son los fines principales que llena el instrumento público: a) perpetuar los hechos y las manifestaciones de voluntad y b) servir de prueba en juicio y fuera de él”.⁸

Sin embargo examinado el fenómeno instrumental, pronto se ve que excede de los límites de prueba, ya que interviene otro factor, siendo éste la forma del negocio y un tercer elemento la eficacia legal. En este triángulo prueba, forma y eficiencia, está el fundamento del instrumento público.

Lo característico del instrumento público es que entraña:

- Presunción de veracidad (autenticidad o fuerza probatoria),
- expresión formal externa (documental) de un negocio jurídico,

Por un lado el instrumento es prueba y por otro la solemnidad (forma) y la eficacia. El primer elemento prueba puede existir sin solemnidad (entendiendo a la solemnidad en sentido documental), por ejemplo un contrato de arrendamiento de servicios personales puede justificarse testimonialmente si se ha celebrado verbalmente, si este mismo contrato se celebra en instrumento público, el mismo prueba únicamente la relación, porque la forma solemne no es esencial para dicho contrato. Así manifiesta Manresa que: “la forma de los actos jurídicos es un requisito en la celebración de estos y en cambio la prueba de los mismos supone un problema de demostración”.

⁸ Muñoz, Nery Roberto, **Instrumento público y el documento notarial**, pág. 3.

Respecto al segundo elemento se puede establecer que así como la prueba puede ser ajena a la solemnidad no hay solemnidad que no tenga un cierto valor probatorio, incluso en el documento si esto tiene valor constitutivo de la relación.

El tercer elemento, la eficacia, se robustece con el concurso de los otros dos y por virtud del carácter técnico-jurídico que tiene la intervención del notario en el instrumento. No basta que un acto se produzca externamente con arreglo a las formas adecuadas, no basta que sea auténtico este derecho, para ello es necesario que sea eficaz. La eficiencia se consigue, además con la presunción de validez que se deriva de la calificación notarial.

Cuando el notario da fe, lo hace siempre de un hecho lícito realizando si se trata de la prestación del consentimiento por personas capaces que se relacionan jurídicamente alrededor de un objeto o cosa sobre el que tienen poderes de actuación. Este juicio de calificación es substancial así lo dispone la legislación vigente. Es cierto que en el aspecto teórico se puede prescindir de esta función calificadora así ocurre en muchos países en los que el notario es un mero autenticante que no emite juicio ninguno, pero es desde el punto normal del Derecho muy superior al sistema latino.

Aun las construcciones que pretenden una mayor originalidad reconocen este triple efecto característico de la función notarial, en ese sentido y como lo manifiesta Lavandera es necesario distinguir en el nacimiento del negocio jurídico la formación manifestación de voluntad y la perfección que es el momento en el que recibe eficacia para producir todos sus efectos.

La forma en abstracto, es un elemento esencial del negocio jurídico pues hace falta que el querer del sujeto se exteriorice, pero considerada en concreto, con aplicación a una forma determinada, especialmente a la forma documental podrá ser *ad substantiam* (esencial para la perfección del negocio) *ad probationem* (medio único de demostración de la existencia de la declaración de voluntad) o *ad executionem* (medio instrumental de fijación de efectos para poder exigir su cumplimiento). Es decir el documento puede ser:

- Substantial; como condición de consentimiento para que exista el acto ;
- Probatorio del acto celebrado;
- Medio de fijación normal de consecuencias para pedir la ejecución.

Señala Francesco Carnelutti que el acto formal (documento) además de ser forma esencial de la manifestación de la voluntad, actúa en la prueba como testimonio.

Si el acto es meramente probatorio la existencia del negocio podrá justificarse por otros medios de prueba como lo dispone el Artículo 186 del Código procesal civil y mercantil guatemalteco el que establece: “los documentos autorizados por notario funcionario o empleado en ejercicio de su cargo produce fe y hace plena prueba salvo el derecho de las partes de redargüirlos de nulidad o falsedad”, el cual parece aludir únicamente al valor probatorio aunque hay algunos apartados en que no es fácil distinguir la verdadera función del instrumento, tampoco es fácil determinar cuando ha de ser esencial y cuando probatorio porque esto depende de las condiciones en que se desarrolle.

Sentadas las bases fundamentales del instrumento público hay que añadir todavía que una forma bien organizada tiene que cumplir otros fines, además de expresar la voluntad, probarla y determinar apriorísticamente sus efectos, de ahí que el instrumento público sea:

- El mejor medio de expresión y certificación del pensamiento y del querer serio *no joci causa* del individuo;
- El mejor medio para lograr en el futuro autenticidad;
- Medio que se asegura la técnica, la legalidad del acto;
- Instrumento de fijación exacta y permanente (documento) para cumplir forzosamente sus efectos;
- Medio legal de hacer ejecutiva la obligación;
- Medio de garantía de los terceros.

En conclusión los fines del instrumento público, son: esenciales o fundamentales y

como consecuencia de ellos los fines accesorios o secundarios aunque sea también muy importante. Los fines fundamentales son tres:

- Probar;
- Dar forma;
- Dar eficacia legal.

La forma será creadora en los negocios en los que se exija como requisito esencial de existencia (cuando es potestativa de los otorgantes) según que sea simultánea a la definitiva declaración de voluntad o está se haya formulado ya con carácter de negocio y no de acto preliminar o preparatorio en forma documental o privada.

De estos tres fines principales menciona Lavandera se derivan otros que, aunque no esenciales, son de vital importancia como el hacer ejecutiva la obligación, garantizar a los terceros con el propósito de contribuir al desarrollo del Derecho en su estado normal.

De los fines antes mencionados que persigue el instrumento público puede establecerse que: “Instrumento público es el documento autorizado por notario, producido para probar hechos, solemnizar o dar forma a actos o negocios jurídicos y asegurar la eficacia de sus efectos jurídicos”.⁹

Respecto al valor probatorio del instrumento público dice González Palomino: “El valor probatorio del documento no depende solo de las virtudes representativas sino cuanto de la credibilidad del autor, la del instrumento público, por el carácter autenticador de que el notario está investido”.¹⁰

1.2. Características

Según refiere Carlos Emérito González citado por Nery Roberto Muñoz el instrumento público tiene ciertas características, dentro de las cuales pueden mencionarse

⁹ Gimenez Arnau , Enrique. **Ob. Cit.**, pág. 222.

¹⁰ Pelosi , Carlos A. **El documento notarial**, pág. 93.

las siguientes: fecha cierta, garantía, credibilidad, fiereza, irrevocabilidad e inapelabilidad así también ejecutoriedad y firmeza.

1.2.1. Fecha cierta

En nuestro país ésta característica es de gran importancia tal y como lo contempla el Decreto Número 314, Código de Notariado Artículo 29 numeral 1º y 33 el que establece como formalidades esenciales de los instrumentos públicos: el lugar y fecha de otorgamiento, así también el Artículo 33 y 42 del mismo cuerpo normativo establecen las formalidades esenciales de testamentos y donaciones por causa de muerte. Por tal razón al notario le es prohibido antedatar o posdatar una fecha en un instrumento en el que intervenga ya sea por disposición de la ley o a requerimiento de parte interesada, ya que si se diera dicha situación incurriría inevitablemente en el delito de falsedad contemplado en el Código Penal Guatemalteco vigente.

1.2.2. Garantía

El Estado como ente soberano no debe de actuar única y exclusivamente ante las relaciones de derecho de los individuos con posterioridad a las mismas, cuando violadas las normas, pone la justicia a disposición de ellos y ésta resuelve el caso planteado, restableciendo la normalidad dando a cada uno lo suyo, sino que también debe hacer imperar el derecho en todo momento y al constituirse una obligación, debe asegurar por los medios a su alcance su cumplimiento, porque de esa manera el derecho será normal y no patológico.

La obligación del Estado deviene de lo que establece la Constitución Política de la República, Artículo 1º dispone: “El Estado de Guatemala se organiza para proteger a la persona y a la familia, su fin supremo es la realización del bien común”.

Se considera que no puede ser de otra manera puesto que el instrumento público autorizado por notario tiene la garantía el respaldo estatal que deviene de la investidura

que el mismo Estado otorga al notario para hacer constar y autorizar actos y contratos en los que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte.

1.2.3. Credibilidad

En el instrumento público todos creemos porque ha sido autorizado por una persona con fe pública, esta credibilidad es para todos y contra todos. La pregunta aquí sería si el instrumento público redactado por notario es o debe de ser creíble, porque es veraz, esta veracidad lo impone por si mismo en las relaciones jurídicas y esa función se llama autenticación lo que deriva en creer que es fehaciente pero para que revista este carácter, el hecho o el acto productor de derecho debe ser visto y oído esto es percibido sensorialmente y por lo tanto consignado, comprobado, y declarado por un notario investido de autoridad y de facultad autenticadora.¹¹

1.2.4. Firmeza, irrevocabilidad e inapelabilidad

El instrumento puede ser redarguido de nulidad y de falsedad al tenor de lo que dispone el Código Procesal Civil y Mercantil en su Artículo 186, pero mientras esto no sucede, el instrumento está firme e irrevocable no existe un superior jerárquico del notario a quien podamos apelar, las relaciones jurídicas contenidas son firmes e irrevocable.

1.2.5. Ejecutoriedad

Sanahuja citado por Nery Roberto Muñoz lo define como: "La cualidad del acto en virtud de la cual el acreedor o sujeto agente puede, caso de inobservancia del obligado obtener la ejecución de su derecho mediante la fuerza".

En Guatemala, el Código Procesal Civil y Mercantil en el Artículo 327 numeral 1º

¹¹ Muñoz, Nery Roberto, **Op. Cit.**, pág. 4.

establece en su parte conducente: “Procede el juicio ejecutivo cuando se promueve en virtud de los siguientes títulos: 1º Los testimonios de las escrituras públicas...”. También regula que procede la ejecución en vía de apremio en caso de transacciones celebradas en escritura pública de conformidad con lo que establece el Artículo 294 numeral 6º en su parte conducente: “Procede la ejecución en vía de apremio cuando se pida en virtud de los siguientes títulos, siempre que traiga aparejada la obligación de pagar una cantidad de dinero líquida y exigible...6º. Transacción celebrada en escritura pública”.

La fuerza ejecutiva viene aneja a la escritura pública trae aparejada la ejecución por su carácter indubitable.

1.2.6. Seguridad

Ésta es una garantía o principio que fundamenta el protocolo que no es más que como lo define el Artículo 8º del Código de Notariado: “La colección ordenada de escrituras matrices actas de protocolación y razones de legalización de firma y documentos que el notario registra de conformidad con la ley”, ya que la escritura matriz, las actas de protocolaciones y razones de legalización queda en el mismo y se pueden obtener tantas copias o testimonios, como fueren necesarios, siendo obligación del notario expedirlas cuando así se le soliciten obligación que queda consignada en Artículo 73 del Código de Notariado, además no se corre riesgo de pérdida, quedando protegido los interesados por todo el tiempo, aún después del fallecimiento del notario y si aún no obstante el protocolo o registro notarial a cargo del notario se extraviare o perdiera la legislación guatemalteca regula el trámite correspondiente a la reposición del mismo a través del procedimiento regulado en los Artículos 90, 91, 92, 93, 94 y 95 del Código de Notariado.

1.3. Valor del instrumento público

El instrumento tiene dos valores: un valor formal y un valor probatorio. El valor formal cuando se refiere a su forma externa o el cumplimiento de todas las formalidades esenciales y no esenciales que el Código de Notariado regula en el Artículo 29 y 31 respectivamente y el valor probatorio en cuanto al negocio que contiene internamente el instrumento. Ambos deben complementarse ya que no sería correcto que en un caso determinado la forma fuera buena y el fondo estuviere viciado, o por el contrario la forma no fuere adecuada por no haberse cumplido los requisitos y formalidades esenciales del instrumento público y el fondo del negocio fuere lícito.

1.4. Clases

Los instrumentos públicos pueden clasificarse como: principales y accesorios o bien como dentro y fuera del protocolo, según la clasificación. Manifiesta el autor Carlos Emerito González citado por Nery Roberto Muñoz son principales los que van dentro del protocolo como condición esencial de validez, por ejemplo la escritura pública. En tanto que los secundarios son los que van fuera del protocolo como por ejemplo el acta notarial.

En Guatemala entre los documentos que se redactan necesariamente en papel especial de protocolo están: la escritura pública, el acta de protocolización y las razones de legalizaciones ya que por disposición legal el notario está obligado a tomar razón dentro de su protocolo de toda legalización que realice dentro del plazo establecido por la ley. Las que no se redactan en protocolo están: las actas notariales, actas de legalización de firmas y documentos o auténticas. Ello sin mencionar los asuntos que se tramitan en jurisdicción voluntaria y resoluciones notariales.

1.5. Sujetos que intervienen en los instrumentos públicos

Es de suma importancia aclarar quienes son los sujetos que intervienen en el fraccionamiento del instrumento público, debido que constantemente en la práctica notarial se tiene a confundir o usar inadecuadamente a las personas que en él intervienen, siendo lo correcto o usualmente aceptado denominarles: sujeto, parte, compareciente, otorgante.

1.5.1. Sujeto

Es la persona que se ve afectada en su patrimonio en virtud del otorgamiento de una escritura, puede ser que el acto jurídico produzca menoscabo o incremento o alteración en el patrimonio, pero siempre repercute en su esfera jurídica.¹²

Es posible afirmar entonces que el sujeto es el titular de un derecho u obligación. El sujeto del derecho, es una persona determinada susceptible de derechos y obligaciones.

1.5.2. Parte

Es la persona o personas que representan un mismo derecho, suele ocurrir frecuentemente que se utiliza el término para señalar a el o los sujetos del derecho, que están creando, modificando, o extinguiendo una obligación si fuere el caso de un contrato. La parte puede ser una sola persona o un grupo de personas que representan un mismo derecho. Pérez Fernández del Castillo manifiesta que: “parte es la persona o personas que ostentan una misma prestación en una escritura”.¹³

¹² Pérez Fernández del Castillo, Bernardo, **Derecho notarial**, pág. 123.

¹³ **Ibid.** pág. 123.

1.5.3. Otorgante

Es quien da el consentimiento, quien directa y personalmente realiza el acto jurídico. Para Cabanellas, otorgante es: "Quien otorga la parte que contrata en el instrumento público".¹⁴

El otorgante no actúa siempre en nombre propio, sino también lo puede hacer en representación de una sociedad u otra persona.

1.5.4 Compareciente

En sentido estricto es la persona que solicita al notario que actúe, en las actas notariales es a quien se le denomina requirente. En sentido amplio, el compareciente es cualquier persona y no sólo quien requiere al notario, es también quien comparece e interviene en el instrumento público entre los cuales se puede mencionar: los testigos, traductores e intérpretes.

Bernardo Pérez de Castillo les denomina concurrentes ya que no se obligan dentro del instrumento notarial, sino simplemente asisten al otorgamiento.

Gimenez Arnau, haciendo una diferencia entre compareciente y parte afirma que: "El compareciente pertenece al mundo de los hechos en tanto que la parte pertenece al mundo del derecho".¹⁵

¹⁴ Cabanellas Guillermo, **Op. Cit.**, pág. 181.

¹⁵ Gimenez Arnau, **Op. Cit.**,. pág. 521.

CAPÍTULO II

2. El Notario

2.1. Definición

La ley española del notariado define al notario como: “El funcionario público autorizado para dar fe conforme a las leyes de los contratos y demás actos extrajudiciales”.¹⁶

Gimenez Arnau lo define así: “El notario es un profesional del derecho que ejerce una función pública para robustecer con una presunción de verdad, los actos en los que interviene, para colaborar en la formación correcta del negocio jurídico y para solemnizar y dar forma legal a los negocios jurídicos privados y de cuya competencia sólo por razones históricas están sustraídos los actos de la llamada jurisdicción voluntaria”.¹⁷

También puede definirse al notario como: “el funcionario público que jerárquicamente organizado y obrando por delegación del poder del Estado y por lo mismo revestido de plena autoridad en el ejercicio de su función, autentica las relaciones jurídicas normalmente creadas por la libre voluntad de las personas jurídicas dándole carácter de verdad, certeza y permanencia previo al estudio, explicación y aplicación del Derecho positivo, a cada uno de los actos jurídicos de carácter normal en los cuales interviene”.¹⁸

Por su parte la legislación guatemalteca no proporciona una definición legal de lo que ha de entenderse por notario únicamente se limita a establecer en el Artículo 1º del Código fe Notariado que: “El notario tiene fe pública para hacer constar y autorizar actos y contratos en los que intervenga por disposición de la ley o a requerimiento de parte”.

¹⁶ Ossorio, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales** pág. 307.

¹⁷ Gimenez Arnau. **Op. Cit.**, pág. 528.

¹⁸ Muñoz , Nery Roberto, **Introducción al estudio del derecho notarial**, pág. 123.

Una de las definiciones más aceptadas es la de notario latino, aprobada en el primer congreso de la Unión Internacional del Notariado Latino citada por Nery Roberto Muñoz define al Notario como: "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 adecuándolos a este fin y confiriéndoles autenticidad , conservar los originales de estos y expedir copias que den fe de su contenido".¹⁹

Indica Manuel de la Cámara los cometidos o tareas del notario consisten en:

- "Elaboración o de creación jurídica: recibir, interpretar y dar forma legal a la voluntad de las partes.
- Redacción: redactando los instrumentos adecuados a tal fin;
- Autorización o autenticación: confiriéndole autenticidad a los documentos;
- Conservación: o custodia de los originales de los instrumentos;
- Reproducción: expedir copias que den fe del contenido del contenido de los documentos".²⁰

Estas cinco tareas, añade, se corresponden a otras tantas potestades del notario, empleando la expresión potestad, no en el sentido de facultad sino como sinónimo de poder-función; un poder que a tales fines les confiere la soberanía del Estado.

El último congreso del notariado latino realizado en la ciudad de Guatemala en el año de 1977 se acordó la importancia del documento notarial de cuya formación el notario es el protagonista se refiere a su estructura formal y a su contenido jurídico en atención a los fines de la consecución de los resultados queridos por las partes. El notario concurre

¹⁹ **Ibid**, pág., 123.

²⁰ Gimenez Arnau, **Derecho notarial**, pág., 402.

cumpliendo su propio deber de libre profesional altamente calificado, como guía jurídica e informando de las partes sobre los aspectos y consecuencias del negocio jurídico.

2.2. El notario como jurista

Según González Palomino al notario le corresponde

- Redactar el instrumento público;
- Autorizarlo;
- Conservarlo y;
- Expedir copias de él.

Previamente al otorgamiento del instrumento público y como preparación del mismo, con vista a la investigación de la voluntad de los otorgantes y para asegurar la validez y eficacia de su querer el notario debe de asesorar a quien reclama su ministerio y aconsejarles respecto de los medios jurídicos más adecuados para que puedan lograr los fines lícitos que se propongan alcanzar.

Esta modalidad de actuación, es decir la función de *conseiller des familles* de la que habla la doctrina francesa no se había discutido hasta que González Palomino sostuvo que: "El notario no necesita profesionalmente ser jurista ni actuar como jurista".²¹

Evidentemente, en los sistemas sajones o en una organización apriorística *ex novo* del notariado, cabría negar esa cualidad de jurista que matiza la actuación notarial. Cabe concebir al notario como una automática máquina de dar fe; pero semejante concepción no encaja con la historia, evolución y organización actual del notariado latino en general y del español en particular.

El notario latino expone Manuel de la Cámara, que para cumplir cabalmente la función que el Estado y la sociedad le encomiendan, debe ser un jurista y hasta un jurista distinguido.

²¹ **Ibid.** pág.402.

En realidad González Palomino no niega la dualidad de aspectos funcionario-jurista; lo que sucede es que la actuación como jurista no es consustancial a la función en que está la raíz histórica de la institución. Dos fenómenos históricos correspondientes a distintas épocas (documento-forma del Derecho de Roma y documento-prueba del Derecho Griego).

2.3. Calidades

Las calidades o requisitos para ejercer el Notariado pueden dividirse en tres físicos, morales e intelectuales, siendo los más importantes o interesantes los intelectuales debido a que los requisitos físicos y morales resultan obvios por lo que cualquier legislación moderna los contempla. Guatemala no es la excepción y es por ello que el Artículo 2º del Código de Notariado regula los requisitos necesarios para ejercer el notariado o requisitos habilitantes como le denomina la doctrina.

Los requisitos físicos para ejercer el Notariado son, a) Ser guatemalteco natural, aunque éste último término fue sustituido por guatemalteco de origen según lo establece la Constitución Política de la República vigente, cabe señalar que el Código de Notariado data del año 1947, razón por la cual la Constitución de 1985 lo regula como guatemalteco de origen. b) Ser mayor de edad, es decir contar con 18 años de edad según preceptúa el Código Civil en su Artículo 8º, c) Ser del estado seglar es decir no ser ministro de culto, d) Domiciliado en la República, es lo que se conoce como el deber de residencia. ya que no impone limitaciones con respecto al territorio, incluso se puede ejercer fuera del territorio nacional, cuando los actos y contratos hayan de surtir efectos en Guatemala, así lo dispone el Artículo 43 de la Ley del Organismo Judicial el que establece en su parte conducente: "...los funcionarios diplomáticos y consulares guatemaltecos cuando sean notarios, están facultados para hacer constar y autorizar actos y contratos en el extranjero que hayan de surtir efectos en Guatemala...podrán autorizarlos los notarios guatemaltecos y todo lo harán en papel simple, surtiendo sus efectos legales como acto notarial a partir de la fecha en que fueren protocolizados en Guatemala".

En relación a los requisitos intelectuales la ley exige que para ejercer el notariado se debe de obtener el título facultativo en la república de Guatemala o la incorporación con arreglo a la ley, haber registrado en la Corte Suprema de Justicia el título facultativo o de incorporación, esta norma hace del notariado una profesión al exigir el título, el que puede obtenerse en cualquiera de las universidades del país legalmente autorizadas, o bien como lo establece la ley su incorporación cuando el título se hubiese obtenido en el extranjero, siendo la Universidad de San Carlos de Guatemala la que con exclusividad autoriza las incorporaciones a través de un procedimiento administrativo.

Mientras que el requisito de orden moral lo constituye el inciso f) del citado cuerpo normativo el que establece que para ser notario es necesario ser de notoria honradez. Entre los requisitos antes citados no se contempla lo concerniente a la colegiación profesional obligatoria la cual tiene rango constitucional y así lo dispone el Artículo 80 el cual establece en su parte conducente que: “La colegiación de los profesionales universitarios es obligatoria y tendrá por fines la superación moral, científica y técnica y material de los profesionales universitarios y el control de su ejercicio”, debiendo cumplir con el procedimiento administrativo contemplado en el Decreto 72-2001 del Congreso de la República, Ley de colegiación profesional obligatoria. El Artículo 1º de dicho cuerpo normativo preceptúa en su parte conducente: “Se entiende por colegiación la asociación de graduados universitarios de profesiones afines, en entidades gremiales, de conformidad con las disposiciones de esta ley”. Así también dispone que deban colegiarse:

- Todos los profesionales egresados de las diferentes universidades debidamente autorizadas para funcionar en el país y que hubieran obtenido el título o títulos, por lo menos en el grado de licenciatura;
- Los profesionales incorporados a la Universidad de San Carlos de Guatemala;
- Los profesionales graduados en las distintas universidades del extranjero, cuyos títulos sean reconocidos en Guatemala en virtud de tratados y convenios

internacionales aceptados y ratificados por el estado y que deseen ejercer su profesión en el país y;

- los profesionales universitarios graduados en el extranjero que formen parte de programas de postgrado, entrenamiento u otras actividades organizadas para desarrollarse en el territorio de la república por las distintas universidades del país, instituciones no estatales o internacionales o instituciones del estado, autónomas o semiautónomas.

El incumplimiento en el requisito de la colegiación antes del inicio de cualquier actividad que implique el ejercicio de su profesión, hará responsable penalmente al profesional al ejercer una profesión sin estar legalmente autorizado del requisito.

2.4. Impedimentos

Los impedimentos que el notario tiene para ejercer la profesión del notariado pueden ser totales o absolutos actualmente la legislación Guatemalteca los contempla en el Artículo 3º del Código de Notariado a los que la doctrina les denomina causas de inhabilitación, siendo estas:

- Los civilmente incapaces;
- Los toxicómanos y ebrios habituales; aunque también es causa de incapacidad, el Código de Notariado les da un tratamiento especial por los peligros a que se exponen ellos mismos y a sus familias;
- Los ciegos, sordos o mudos y los que adolezcan de cualquier otro defecto físico que les impida el correcto desempeño de su cometido.
- Los que hubieren sido condenados por los delitos de falsedad, robo, hurto, estafa, quiebra, insolvencia, fraudulenta cohecho e infidelidad en la custodia de documentos y en los caso de prevaricato y malversación que señala el Código penal vigente. Esto indudablemente se debe a que no se puede confiar en una persona que después de

haber sido sujeta a un proceso penal se ha determinado su participación en la comisión de los hechos delictivos constitutivos de delito y como consecuencia de ello se les hubiere declarado como culpables en sentencia.

El Artículo 12 del Código civil dispone “La interdicción puede solicitarse indistintamente por la Procuraduría General de la Nación, los parientes del incapacitado o las personas que tengan contra él alguna acción que deducir; y termina cuando cesa la causal que la motivó y así lo declare la autoridad judicial a instancia de quienes tienen derecho a pedirla o del mismo declarado incapaz”. El trámite de jurisdicción voluntaria judicial de declaratoria de incapacidad se encuentra regulado en los Artículos 406 al 410 del Código procesal civil y mercantil.

2.5. Incompatibilidades

Se conocen como incompatibilidades en el ejercicio profesional, a los casos en que se encuentran o se pueden encontrar algunos notarios, de verse impedidos temporalmente de ejercer el notariado, dichas incompatibilidades se encuentran reguladas en el Artículo 4º del Código de Notariado, siendo estas:

- Los que tengan auto de prisión motivado por alguno de los delitos de citados anteriormente. De dictarse sentencia condenatoria, esta prohibición de tipo temporal se convertiría en definitiva.
- Los que desempeñen cargo público que lleven aneja jurisdicción, conviene precisar que el termino aneja significa anexo y jurisdicción será entonces el Derecho o facultad legal de ejercer autoridad. Esta prohibición estriba, en que los funcionarios que además de desempeñar cargo público de tiempo completo, tienen también funciones de dirección o mando en un grupo determinado, están impedidos de ejercer el notariado mientras permanezcan en esos cargos.
- Los funcionarios y empleados de los Organismo Ejecutivo y Judicial y de las municipalidades que devenguen sueldos del Estado o del municipio y el Presidente del Congreso de la República. La ley no hace distinción entre las diferentes instituciones,

sean de carácter autónomo o no, centralizadas o descentralizadas etc.

- Prohíbe el ejercicio del notariado a funcionarios u empleados del Organismo Ejecutivo, así también los del Organismo Judicial. Con ello el y en general a todos que devenguen sueldos del Estado y del municipio, cabe señalar que estas prohibiciones son temporales.
- Los que no hayan cumplido durante un trimestre del año civil o más con las obligaciones que impone el Artículo 37 del mismo cuerpo normativo, relativas a la obligación de remitir al Director del Archivo General de Protocolos dentro de los 25 días hábiles siguientes al otorgamiento de una escritura pública el testimonio especial correspondiente, así como el aviso que debe remitir el notario en mismo plazo legal y a la misma dependencia de la Corte Suprema de Justicia de cualquier instrumento público cancelado y el aviso trimestral de los instrumentos públicos autorizados por él, ya que mientras no se pongan al día están impedidos de ejercer y sólo podrán expedir los testimonios especiales atrasados para subsanar el impedimento”.

2.6. Casos especiales

No obstante la prohibición para ejercer el notariado contemplada en el Artículo 2 y 3 del Código de Notariado, el Artículo 5º del mismo cuerpo normativo regula que puede ejercer el notariado entre otros casos el personal directivo y docente de la Universidad de San Carlos de Guatemala y de los establecimientos de enseñanza del Estado, los notarios consultores, consejeros o asesores de los organismos del estado así como los directores y redactores de las publicaciones oficiales cuando el cargo que sirvan no sea de tiempo completo.

2.7. Órganos que pueden decretar la inhabilitación del notario

- Los tribunales de justicia, cuando conozcan de cualquiera de los delitos que conlleva la prohibición de ejercer, deben decretar la inhabilitación en forma provisional cuando motivan el auto de prisión y en forma definitiva, cuando pronuncien la sentencia, si ésta es condenatoria. En ambos casos debe comunicarse al Colegio Profesional y a la Corte Suprema de Justicia.
- La Corte Suprema de Justicia deberá citar al Notario impugnado, quien puede aportar las pruebas que estime pertinentes para desvanecer los cargos. La Corte tiene la
- facultad de efectuar las diligencias que considere necesarias para agotar la investigación y comprobar el o los hechos que fueren denunciados.
- El colegio profesional cuando se ha faltado a la ética o atentado en contra el decoro y prestigio de la profesión una vez seguido el trámite correspondiente.

2.8. Rehabilitación

Guillermo Cabanellas, expone que rehabilitar significa: "habilitar de nuevo". autorizar el ejercicio de los derechos suspendidos o quitados y con respecto a la rehabilitación: "acción o efecto de rehabilitar; eso es de poner a una persona en la misma situación moral o legal en la que se encontraba y de la cual había sido desposeída".²³

El Licenciado Quezada Toruño expone con respecto a la rehabilitación del notario que: "La legislación guatemalteca contempla sendos procedimientos de rehabilitación que se aplican según el órgano que impuso la sanción disciplinaria. Si el mismo fue de naturaleza jurisdiccional, la rehabilitación corresponde a la Corte Suprema de Justicia y si fue de índole gremial, aquella compete al Consejo Superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala". En el primer caso el procedimiento se regula por lo que al

²³ Cabanellas Guillermo. **Op.Cit.**, pág. 234.

respecto dispone el Código de Notariado en los Artículos 9, 99, 100, 101,102, 103.104, 105.

El Código de Notariado permite la rehabilitación de los notarios que hubieren sido condenados por alguno de los delitos que conllevan inhabilitación para el ejercicio profesional siempre que concurren las circunstancias siguientes:

- Que hubieran transcurridos dos años más del tiempo impuesto como pena en la sentencia;
- Que durante el tiempo de la condena y los dos años mas hubiere observado buena conducta;
- Que no fuere reincidente;
- Que emitiere dictamen favorable el Consejo superior Universitario de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

2.9. Fe pública

La expresión fe pública no es más que una especificación adjetiva del sustantivo fe, y por tanto tiene muy diversos sentidos que corresponden a los diversos sentidos en que pueden entenderse la fe, el que tiene fe tiene una creencia, una convicción, una persuasión, una certeza una seguridad o una confianza . Más la fe, la seguridad, creencia pueden considerarse de un modo individual, referida al hombre aislado, o pueden entenderse desde un punto de vista social o colectivo referida a la totalidad o a la mayoría de quienes componen un grupo social.

El concepto de fe referido al hombre individual tiene su primera manifestación en el testimonio de la conciencia y el conocimiento de cada persona, pero además por la natural inclinación de la propia naturaleza que desea adquirir el porqué de lo existente como

expone Fernández Casado, “para alcanzar la certidumbre el hombre se vale de dos clases de medios: unos intrínsecos y otros extrínsecos. Los últimos son dos: la autoridad humana y los sentidos externos, el primero es indirecto, el segundo directo, añade que el hombre es un ser limitado y condicionado por el tiempo y por el espacio. Si no pudiera conocer otras verdades que las que por él mismo percibiera, bien escaso sería su patrimonio intelectual”.²⁴

Es por ello la necesidad de dar fe, o crédito a hechos o dichos que no son percibidos por nuestros sentidos y que nos llegan por la autoridad de dicho ajeno (testimonio, tradición) o por la credibilidad que atribuimos a determinados hechos físicos o gráficos (monumentos, documentos) cuya existencia es prueba en el orden lógico de la verdad de otro hecho o circunstancia.

En el ámbito jurídico el concepto de fe pública supone la existencia de una verdad oficial, cuya creencia se impone en el sentido de que no se llega a ella por un proceso espontáneo cuya resolución queda a libre albedrío, sino por virtud de un imperativo jurídico o coacción que nos obliga a tener por ciertos determinados hechos o acontecimientos sin que podamos decidir autóctonamente sobre su objetiva verdad cada persona que compone el ente social. En ese sentido expresa Gonzalo de las Casas “fe pública es presunción legal de veracidad respecto a ciertos funcionarios a quienes la ley reconoce como probos y verdaderos, facultándoles para darle a los hechos y convenciones que pasan entre los ciudadanos”.²⁵

Así pues el concepto jurídico de fe pública, no será convicción o creencia del espíritu, en lo que no se ve, sino la necesidad de carácter jurídico que obliga a estimar como auténticos e indiscutibles los hechos o actos sometidos a su amparo se quiera o no creer en ellos.

²⁴ Gimenez Arnau, **Op.Cit.**, pág. 435.

²⁵ **Ibid**, pág.435.

La potestad de atestiguar solemnemente no puede encomendarse de modo habitual a cualquier persona privada, sin una especial investidura previa; debe ser exclusiva de los funcionarios o autoridades a quienes el estado la encomienda. Es por ello que en su acepción técnica fe pública puede definirse como la función específica, de carácter público, cuya misión es robustecer con una presunción de verdad los hechos o actos sometidos a su amparo.

Mengual y Megual afirma que la fe pública es el sentimiento que con carácter de verdad y certeza, se presta a lo manifestado por aquellos a quienes el poder público reviste de autoridad, asignándoles una función.

Manuel Ossorio considera que fe pública “es la autoridad legítima atribuida a notarios, escribanos secretarios de juzgados y otros institutos oficiales, para acreditar fehacientemente que los documentos que autorizan en debida forma son auténtico, salvo prueba en contrario, unas veces en cuanto a la veracidad de su contenido y otras respecto a las manifestaciones hechas ante dichos fedatarios”.²⁶

Para Vásquez Pérez y Cipriano Ruiz la fe pública es: “la garantía que da el estado de que son ciertos determinados hechos que interesan al derecho, estos hechos son de cuatro clases; normas jurídicas o actos creadores del derecho, resoluciones mediante el poder público califica y valora un hecho determinado de acuerdo con las normas jurídicas en general; acto de ejecución del derecho estatuido en normas jurídicas o declarado en resoluciones y en fin hechos previstos en las normas jurídicas generales los cuales son fuente de derechos, obligaciones y sanciones”²⁷, agrega además que la función social del notario, al ejercer la delegación de fe que le confiere el Estado es la de configurar el acto o el hecho con el derecho y de dejar, a los intervinientes conocedores y seguros del alcance social, legal de tal configuración y lo que solo puede hacer un funcionario público, profesional del derecho, el notario.

²⁶ Ossorio. **Op. Cit**, pág., 567.

²⁷ Mustapich, José Maria. **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**, pág., 134.

No puede negarse el carácter público de la función y la institución notarial expresa Catan y Tobeñas “Las finalidades de la autenticidad y la legitimación de los actos jurídicos exige que el notario sea un funcionario público que intervenga en ellos en nombre del Estado y para atender, más que al interés particular, al interés general o social de afirmar el imperio del Derecho asegurando la legalidad y la prueba fehaciente de los actos y hechos de que penden las relaciones privada”.²⁸

Existen varias definiciones de fe pública, entre ellos apunta Sanahuja y Soler que la fe pública ha sido siempre una función inherente a la soberanía y el notario es la persona a quien se delega para el ejercicio de esta función soberana. Para Giménez Arnau la fe pública consiste en la necesidad jurídica que obliga a estimar auténticas e indiscutibles los hechos o actos sometidos a su amparo, quiérase o no creer en ellos y divide a la fe pública en:

- Fe pública registral;
- Fe pública administrativa;
- Fe pública judicial y;
- Fe pública notarial.

Define ésta última como: “función pública y técnica por cuya interposición los actos jurídicos privados y extrajudicial que se someten a su amparo adquieren autenticidad legal”.²⁹ Así mismo expone Fernández de Castillo que: “es una facultad del Estado otorgada por la ley al notario y es pública porque proviene del Estado y porque tiene consecuencias que repercuten en la sociedad “. ³⁰ También indica González Palomino que la fe pública notarial consiste: “en la certeza y eficacia que da el poder público a los actos y contratos privados por medio de la autenticación de los notarios”. Concluyendo con José

²⁸ Tobeñas, José Castan. **Función notarial y elaboración notarial del Derecho**, pág., 202.

²⁹ Mustapich. **Op.Cit.**, pág., 140.

³⁰ Pérez del Castillo, Bernardo. **Derecho notarial**, pág. 96.

Carneiro quien expresa con respecto a la fe pública notarial: “por tal se entiende aquella que el notario declara en ejercicio de su función”.³¹

2.10. Características de la fe pública notarial

La fe pública notarial es, única, personal, indivisible, autónoma, imparcial y no delegable.

Es *única* porque sólo el notario la tiene, es *personal* porque no necesita de otra persona para ejercitarla, es *indivisible* porque no puede dividirla o fraccionarla, *autónoma* en el ejercicio de las funciones y responsable conforme a la ley, porque en su aplicación, el notario no depende de superior jerárquico, *imparcial* porque no debe inclinarla a favor de ninguna de las partes y *no delegable*, porque no la puede compartir con ninguna otra persona, ni mucho menos delegar en otro su función.

³¹ Muñoz, Nery Roberto, **Op. Cit.**, pág. 97.

CAPÍTULO III

3. El testamento

3.1. Aspectos preliminares y definición de testamento

La definición de testamento ha sido elaborada a través de la historia, en este sentido es posible afirmar que durante la etapa primitiva no tuvieron idea de la facultad de testar, ya que los efectos transmitidos de la propiedad por causa de muerte se desarrollaron sólo a través de mecanismos de la sucesión legítima. El derecho romano representa en este sentido el tránsito de esta situación de herencia necesaria a la potestad individual de otorgar las últimas disposiciones, pero este tránsito fue desarrollándose en un principio solo a través de las leyes especiales.

Una vez consolidada en Roma la facultad de testar, se centra el concepto de testamento en la institución de heredero y se define al testamento como aquella disposición *mortis causa* por la cual el ciudadano romano designaba un sucesor que continuase la jefatura doméstica de la familia, otra definición que domino fuertemente fue la que proporciona Modestito según la cual, “el testamento es simplemente la justa expresión de la voluntad respecto de lo que cada uno quiere que se haga después de su muerte, no incluyéndose en ella, por tanto la institución de heredar”.³²

Posteriormente conforme se va modificando el rigorismo de la organización familiar romana se va también modificando el concepto de acto testamentario hasta llegar a un segundo momento en la historia jurídica en el que se produce un cambio en el concepto de testamento. El testamento supone la posibilidad de que la voluntad del sujeto de derecho determine el destino de sus bienes, derechos y obligaciones para después de su fallecimiento. Es un acto por el cual una persona puede determinar, dentro de los límites y en la forma que prescribe la ley, el destino de su patrimonio después de su muerte

³² Puig Peña, Federico. **Compendio de derecho civil español**, pág., 141.

Jordano Barea explica que: “En la doctrina hay tres concepciones fundamentales del testamento: en sentido formal, en sentido sustancial y amplio y en sentido sustancial y estricto. Según la primera el testamento es una simple forma documental apta para acoger toda la variedad de negocios a causa de muerte que admite el ordenamiento. En sentido sustancial como negocio jurídico y amplio, es un negocio a causa de muerte, de carácter general y contenido variable, aunque con predominio del aspecto patrimonial. En sentido sustancial pero estricto, es el negocio por el cual se dispone del patrimonio para después de la muerte”.

Royo Martínez dice que: “El testamento es un negocio jurídico unilateral, formal o solemne personalísimo y revocable por el que una persona dicta disposiciones, especialmente patrimoniales para después de su muerte”.³³ Testamento es también como lo afirma Luis Alcala Zamora todo documento en el que consta la voluntad última del testador no sólo de carácter personal sino patrimonial y de carácter revocable.

En la legislación española, según Jordana se define al testamento como “el negocio jurídico unilateral, unipersonal, personalísimo, no recepticio, formal o solemne revocable y de atribución patrimonial a causa de muerte, normalmente gratuita, que opera mediante la institución de heredero o legado”.³⁴

En nuestro ordenamiento jurídico, específicamente el Artículo 935 del Código civil establece: “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”.

El testamento es un acto de disposición de bienes para después de la muerte, es unipersonal y unilateral, puesto que en cada acto de testar interviene un solo testador, así lo exige el Código Civil guatemalteco según lo dispone el Artículo 938 que establece: “se prohíbe que dos o mas personas otorguen testamento en un mismo acto”. Por su parte el

³³ Puig Brutau, José, **Fundamentos de derechos civil**, pág. 7.

³⁴ Jordano, **Teoría general del testamento**, pág., 442.

Artículo 975 del mismo cuerpo normativo establece: “no será valido en Guatemala el testamento mancomunado que los guatemaltecos otorguen en país extranjero aunque lo autoricen las leyes de la nación donde se hubiere otorgado”. Además de este carácter unipersonal se trata de un acto unilateral en el sentido de que contiene una declaración de voluntad que no ha de ser enlazada con otra ni ser captada o recibida por otra parte para la perfección del otorgamiento, es una declaración de voluntad recepticia.

El testamento es un acto personalísimo y no admite el otorgamiento por medio de representante, es también un acto o negocio solemne, puesto que en el testamento la voluntad del otorgante ha de haberse manifestado con ciertas solemnidades sin que pueda ser eficaz por el solo hecho de llegar a conocerse cual fue, si no aparece revestida de las correspondientes formalidades, en ese sentido expresa el Artículo 955 del Código civil: “el testamento común abierto deberá otorgarse en escritura pública, como requisito esencial de su validez”. La jurisprudencia española ha insistido en que el testamento es nulo si en su otorgamiento no se han observado las formalidades establecidas, aunque no exista duda acerca de la verdadera voluntad del testador para que la manifestación de su voluntad sea conciente, libre y sin presiones externas.

Además, el testamento es un acto o negocio esencialmente *revocable* toda vez que el testador puede hacer nuevo después de haber otorgado uno anterior y es que, ha de serlo necesariamente para que la voluntad del testador que prevalezca sea la última. Como advierte Jordano:”la revocabilidad es el efecto de que la voluntad testamentaria carece de relieve jurídico antes de la muerte del testador, dice el autor antes citado que la revocación del testamento es como una derogación de la ley en el período de *vacatio* un acto que elimina el valor del testamento como precepto de derecho privado”.³⁵ El testador puede revocar su anterior testamento y declarar su voluntad de que valga el que hubiese otorgado antes, pero en tal es un nuevo testamento por *relationem* en sentido formal y no sustancial.

Finalmente el testamento es de manera preponderante aunque no exclusiva, un acto de

³⁵ Puig, Brutau. **Op. Cit.** pág. 8.

disposición de bienes, porque ésta es su esencia que por medio del testamento una persona dispone de sus bienes para después de su fallecimiento, es decir que por lo general tiene contenido patrimonial, precisamente por el carácter de acto por el que se dispone de todos los bienes o parte de ellos tal y como lo refiere el Artículo 935 del Código civil, sin embargo también puede contener declaraciones de carácter no patrimoniales.

La sucesión testamentaria tiene lugar, entonces por disposición de última voluntad de la persona, expresada en forma escrita cuya denominación legal es testamento.

3.2. Naturaleza jurídica

A continuación se presentan dos teorías que explican la naturaleza jurídica del testamento.

- El testamento es un acto jurídico de liberalidad, ya que el causante quiere favorecer a los herederos y legatarios y hace referencia a un momento subjetivo situado en la persona del testador. La esencia de la liberalidad en el acto testamentario está en una circunstancia más externa, el ánimo de favorecer colocada casi al borde de la objetividad y que hay que presumir en toda disposición por la que se deja a un tercero el todo o parte de los bienes propios y ello aun cuando el heredero o el legatario pueda o no recibir incremento patrimonial alguno ya que, como dice Traviesas, para apreciar la gratuidad frente a la liberalidad, el problema se debe situar no en las resultancias patrimoniales más o menos favorables sino mas bien en la forma en la que se ordenan las disposiciones en relación con la actividad del beneficiario.

- El testamento como acto de disposición patrimonial. Las legislaciones antiguas se fijaban más en el aspecto sucesorio universal de orden cualitativo para delimitar el concepto de testamento, pero posteriormente, sobre todo en el derecho intermedio y en la época de la codificación el aspecto patrimonial del acto testamentario se recoge tanto por la doctrina como por la jurisprudencia de los tribunales españoles, debido a que lo normalmente típico de la ordenación testamentaria es la disposición por el testador de

todos sus bienes o de parte de ellos y en ese sentido es posible afirmar que la ordenación puede referirse a disposiciones patrimoniales de carácter sucesorio estricto, de carácter sucesorio amplio, o finalmente.

3.3. Capacidad para testar

La capacidad para testar es la que corresponde a toda persona que tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento con arreglo a las disposiciones legales, sea para institución de heredero, de legados o para otra de cualquiera denominación expresa de su voluntad.

El Código civil dispone en su Artículo 934: “que toda persona civilmente capaz puede disponer de sus bienes por medio de testamento a favor de cualquiera que no tenga incapacidad o prohibición legal para heredar”.

La capacidad es la regla general y la incapacidad la excepción, regla general ha de ser la posibilidad de usar un derecho o facultad estrechamente relacionada con las prerrogativas fundamentales del individuo. Puesto que para que los actos de una persona produzcan efectos jurídicos es requisito *sine qua non* que ésta tenga capacidad para realizarlos, en materia de testamentos la historia demuestra que a lo largo de la misma se ha evolucionado hacia un simplicísimo en lo que eliminación de algunas incapacidades para testar del antiguo derecho romano.

En Roma se negaba la facultad de testar a los niños y las mujeres, además de los peregrinos que no tuviesen *ius commercium* y de los latinos julianos. El derecho cristiano amplió la incapacidad a los herejes, actualmente la incapacidad testamentaria se va reduciendo a su más estricto sentido naturalista distinguiendo los autores en:

- Incapacidad absoluta, propia de aquellas personas que desde el punto de vista de la naturaleza no tienen facultad de expresar su pensamiento sucesorio;

- incapacidad relativa, tan solo imposibilita determinadas formas de testar si bien el derecho abre la puerta en otras direcciones facultado para testar de manera diversa como sucede con el ciego, sordo, mudo, etc.

En este sentido el Código Civil guatemalteco regula en el Artículo 945 que están incapacitados para testar:

- El que se haya bajo interdicción, (entendiendo a la interdicción como” la situación en que se encuentran las personas que han sido incapacitadas previa declaración judicial para la realización de todos o algunos de los actos de la vida civil”³⁶).
- El sordomudo y el que hubiere perdido el uso de la palabra cuando no pueda darse a entender por escrito, esta disposición obedece a que el testamento, sea cualquiera su forma debe constar por escrito.
- El que sin estar bajo interdicción no gozare de sus facultades mentales y volitivas por cualquier causa al momento de testar.

De acuerdo con lo que dispone el Artículo 42, inciso 4º del Código de Notariado, el notario debe de dar fe, a su juicio, de la capacidad mental del testador es decir que es al notario a quien por disposición de la ley le corresponde determinar si quien desea hacer testamento, goza o no de sus facultades intelectuales y volitivas.

La incapacidad por enajenación mental como expresa Roca Sastre es bastante amplia para comprender no sólo los casos de demencia, sino también aquellos estados que aun transitorios privan de discernimiento en el momento de testar como lo es la embriaguez, drogadicción, etc.

³⁶ Ossorio. **Op. Cit.**, pág. 397.

3.4. La exteriorización de la voluntad testamentaria

El elemento fundamental del negocio jurídico sucesorio se encuentra en la voluntad *cuius* la cual supone en primer lugar, un sujeto plenamente capaz y después que en el se forme definitivamente el querer testamentario, sin vicios no desviación que lo anulen o deformen plenamente, ahora bien aunque esa voluntad esté formada si sólo se aloja en la psiquis del testador, sin proyección alguna externa no tendrá ningún relieve para el derecho. Es preciso, pues que la misma se exteriorice, que se plasme, o materialice por así decirlo, en una forma determinada que salga del exterior en el tiempo, forma y modo que las leyes determinen.

Esta exteriorización de la voluntad tiene siempre enorme importancia pero la tiene aún más en los negocios testamentarios, por las singularidades específicas de los mismos y los requisitos y exigencias que a estos efectos precisan las leyes. Al respecto es importante consignar los aspectos considerados por Federico Puig Peña:

- Que la exteriorización de la voluntad testamentaria ha de ser la exteriorización seria, o lo que es lo mismo que no cabe confundir un testamento con un proyecto de testamento, en el que como es lógico falta el *animus* o la intención seria y decidida de testar.
- Que, a diferencia de los negocios *inter vivos*, donde cabe aceptar la doctrina del silencio como manifestación de voluntad, la exteriorización del querer sucesorio ha de ser por regla general la forma positiva y directa en el sentido de un decir inequívoco tanto en el aspecto de la precisión de la voluntad como en aquellos concernientes a la determinación de lo deseado.
- Que aquella exteriorización ha de ser una exteriorización completa, en el sentido de que la ordenación y posible distribución de la herencia ha de derivarse del propio testamento, sin que quepan los arbitrios de un tercero ni el apoyo de designaciones,

relaciones o determinaciones extrañas.

Finalmente, esa exteriorización de la voluntad ha de ser legal, en la acepción de que el testador no puede *ad libitum* utilizar la forma que estime conveniente sino sólo escoger dentro del cuadro de posibilidades que el derecho le concede, aquella que estime más oportuno y conveniente en la que debe, por otra parte cumplir los requisitos que la ley exige”.³⁷

3.5 Interpretación de las disposiciones testamentarias

El Código civil dispone a este respecto:

- Que toda disposición testamentaria deberá entenderse en el sentido literal de sus palabras a no ser que aparezca claramente que fue otra la voluntad del testador, según lo establece el Artículo 940 del Código Civil.
- Que la interpretación del testamento no debe hacerse tomando sólo palabras o frases aisladas, sino la totalidad de la declaración de voluntad, así lo dispone el último párrafo del Artículo 940.
- Que el hijo póstumo o el nacido después de hecho el testamento, sino hubiere sido desheredado de manera expresa y el testador hubiere distribuido desigualmente sus bienes entre los otros hijos tendrán derecho a una parte de la herencia equivalente a la porción que les corresponderla si toda la herencia se hubiera repartido en partes iguales, así lo establece el Artículo 941 del Código Civil.
- Que si los herederos testamentarios no son hijos del testador el hijo póstumo y el nacido después de hecho el testamento que no hubieran sido desheredados

³⁷ Puig Peña. **Op. Cit**, pág.190.

expresamente, tendrán derecho al cincuenta por ciento de la herencia y que en ambos casos la porción hereditaria que corresponda al hijo póstumo o al nacido después de hecho el testamento, se deducirá a prorrata de las porciones correspondientes a los herederos testamentarios. Además que el hijo preterido, es decir el hijo no mencionado en el testamento se reputa como desheredado, lo anterior según lo dispuesto en el Artículo 941 segundo párrafo.

- Que la disposición redactada a favor de parientes del testador, en forma general e indeterminada, se entiende hecha únicamente a favor de los herederos llamados a la sucesión.

3.6. Forma de los testamentos

Corresponde a la política jurídica el elegir las distintas clases de testamentos de manera que ofrezcan las más diversas formas de expresar la última voluntad. Para clasificar las distintas maneras o formas de testar puede atenderse a diversos caracteres, así por ejemplo se habla de testamentos públicos y privados o bien de testamentos ordinarios y especiales según la doctrina. Los testamentos ordinarios están a disposición de cualquier sujeto de derecho no afectado por ninguna anomalía ni objetiva ni subjetiva; es decir son las formas testamentarias a que puede recurrir cualquier persona en situación normal, en cambio las formas especiales o extraordinarias son las que sólo pueden ser utilizadas por quienes se encuentran en especiales circunstancias que podrán ser subjetivas del testador como en el caso de ser sordo, ciego, entre otros casos o podrán consistir en una situación o hecho objetivo como en un estado de guerra, epidemia, etc.

El Artículo 954 del Código civil guatemalteco reconoce dos formas testamentarias, los testamentos comunes y especiales. Los testamentos comunes, son los conocidos en la doctrina como notariales, dentro de éstos, está el testamento secreto, que el Código Civil denomina cerrado y el testamento público, que el Código Civil lo denomina como testamento común abierto.

3.7. Testamento común abierto

Según la legislación española, testamento común abierto es aquel que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto quedando enteradas de lo que en el se dispone, de lo anterior se puede establecer que en la mayoría de legislaciones el testamento común abierto es fundamentalmente notarial con la conjunción necesaria de testigos. El testamento es abierto en el que el testador manifiesta su voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto quedando enteradas del hecho que el testador ha dispuesto. Al respecto manifiesta Espín Canovas: “testamento común abierto es el otorgado ante notario y testigos en el cual el testador manifiesta su ultima voluntad en presencia de dichas personas, que quedan enteradas de lo que en el se dispone³⁸. Royo Martínez manifiesta que: “el testamento común abierto se caracteriza por hallarse redactado por un notario, de conformidad con las instrucciones que al mismo de el testador y por ser leído en el otorgamiento aprobando por el otorgante, firmado por quienes en él intervienen y autorizado por el notario a cuyo protocolo queda inmediatamente incorporado³⁹”

No cabe duda dice Royo Martínez que esta forma de testar es una de las más comunes y de innegables ventajas, así por ejemplo la intervención del notario lo hace aconsejable por la garantía que imprime a su fecha, a la ordenación de su contenido y por lo que representa su conservación.

Para el Licenciado Mario Aguirre Godoy, el testamento común abierto es el único testamento notarial, por cuanto sólo en él, el notario recibe y expresa la voluntad testamentaria, mientras que en el cerrado recibe un documento en el que el testador afirma expresar la voluntad testamentaria.

³⁸ Puig Brutau. **Op.Cit**, pág. 58.

³⁹ Puig Brutau. **Op. Cit**, pág. 59

3.8. Requisitos

Los requisitos para otorgar testamento pueden dividirse en requisitos subjetivos y requisitos objetivos.

3.8.1. Requisitos subjetivos

El Código de Notariado regula que ha de intervenir notario hábil, así como la presencia de dos testigos que reúnan las calidades que exige la ley al respecto establece el Artículo 51 del Código de Notariado: “El notario podrá asociarse de testigos instrumentales en los actos o contratos que autorice, pero si se tratare de testamento o donaciones por causa de muerte, está obligado a asociarse de los testigos que exige esta ley”. Por su parte el Artículo 52 del mismo cuerpo normativo antes citado establece: “los testigos deben ser capaces, idóneos y conocidos por el notario, si el notario no los conociere deberá cerciorarse de su identidad por los medios legales”.

El testador ha de tener naturalmente capacidad para el otorgamiento del testamento. Otras personas que según la legislación española pueden intervenir en el testamento son facultativos siempre que el notario les requiera para dictaminar acerca de la capacidad mental del testador y de manera preceptiva cuando se trate de un incapacitado judicialmente por enajenación mental que pretenda testar en un intervalo de lucidez, además pueden intervenir intérpretes elegidos por testador.

La legislación guatemalteca por su parte contempla la intervención únicamente de dos intérpretes elegidos por el mismo testador para que traduzca sus disposiciones en el acto de expresarlas, así lo establece el Artículo 42 numeral siete del Código de Notariado

3.8.2. Requisitos objetivos

Los requisitos objetivos pueden dividirse en tres fase: fase de preparación, otorgamiento, y de conservación del testamento.

3.8.2.1. Fase de preparación

Esta fase consiste en la comunicación por el testador de su última voluntad al notario y redacción del testamento por parte de éste, ya que en la práctica lo que se hace es comunicar primero al notario las instrucciones del testador para que él pueda redactar el testamento, es por ello que esta comunicación directa entre el testador y el notario no forma parte del otorgamiento sino que constituye una fase anterior y preparatoria. Al respecto expresa Royo Martínez: “La labor asesora del notario puede ser desenvuelta con mayor sinceridad y holgura sin la presencia de testigos; y de otra parte la redacción de un testamento suele plantear con frecuencia delicados problemas y dudas cuya solución requiere estudios por parte del notario y sería imposible que el testador y los testigos permaneciesen junto al notario mientras éste estudia y consulta”.

Lo esencial de esta fase es que las instrucciones las reciba el notario del propio testador y no de distinta persona o por mediación de un tercero y es que el testamento ha de redactarse necesariamente a base de la comunicación directa y previa de la voluntad del testador al notario autorizante, en garantía de que el testamento contiene la verdadera voluntad del testador exige la ley que la iniciativa en su expresión haya partido del mismo testador, ello no constituye obstáculo alguno para que en dicha fase preparatoria y con un diálogo entre testador y notario, éste trate de aclarar con sus preguntas y perfile con sus consejos lo querido por el otorgante y contribuya a ajustar su propia voluntad a los requisitos legales.

3.8.2.2. Fase de otorgamiento

El otorgamiento propiamente dicho consiste en la lectura del testamento en voz alta, en presencia del notario autorizante, testigos y el testador y en la manifestación por parte de éste, de que lo leído está conforme a su voluntad, así lo contempla el Artículo 42 numeral 6º del Código de notariado el que establece que: “el testamento sea lea clara y distintamente por el testador o la persona que el 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”.

La esencial aprobación de lo leído por parte del testador consiste en clara e indudable manifestación de su conformidad a la pregunta del notario es en esa conformidad con lo leído en lo que consiste el otorgamiento.

3.8.2.3. Fase de conservación

Advierte Osorio Morales que el testamento abierto otorgado con intervención de notario y dos testigos es el único de los testamentos que tienen por sí pleno valor de tal, sin necesidad de ningún trámite ulterior que tiende a autenticarlo, puesto que al redactar el instrumento público, éste queda incorporado al protocolo notarial, no obstante el notario en cumplimiento con lo que dispone el Artículo 45 del Código Notariado: “El notario que autorice un testamento está obligado a comunicar al registrador de la propiedad inmueble, por escrito en papel dentro de los quince días siguientes a la fecha en que autorizó el testamento los datos expresados en el Artículo 1193 del Código civil”. por su parte el Artículo 1193 regula: “en el registro de testamento y donaciones por causa de muerte se hará constar: el nombre del testador o donante con todas las modificaciones que aparecen en el testamento o donación; el lugar, fecha y hora, el folio folios que correspondan al protocolo, el número y registro de papel especial para protocolo en que estuviera extendido el original y la constancia de haber firmado el testador o el nombre de la

persona que firmó a su ruego”. El Artículo 1194 establece en su parte conducente: “muerto el testador se presentara el testimonio del testamento abierto con duplicado y certificación del acta de defunción para que sea anotada en el libro de asientos y razonados”.

Otra obligación notarial la contempla el Artículo 37 literal a) del Código de Notariado el que establece en su parte conducente: “cuando se trate de testamentos o donaciones por causa de muerte así como sus modificaciones o revocaciones, el testimonio se entregara en plica firmada y sellada por el notario expresando en la misma el número de orden, lugar, fecha, hora y objeto del instrumento, nombre del otorgante, así como el número y registro de las hojas de papel de protocolo en el que fue extendido”. El testimonio deberá según disposición legal entregarse en plica es decir en “...sobre cerrado y sellado en que se reserva algún documento o noticia que no debe de publicarse hasta fecha u ocasión determinada”⁴⁰. La razón de que el legislador haya contemplado que en el caso de testamento abierto el testimonio especial sea entregado en plica obedece a que en dicho instrumento público contiene declaraciones de última voluntad que solo le compete conocerlas al propio testador, siendo secretas mientras viva éste para terceras personas.

En cuanto al impuesto que cubre el testamento común abierto dispone el Artículo tres literal d) de la Ley de Timbre Forense y Timbre Notarial: “En los testamentos y donaciones por causa de muerte veinticinco quetzales” y la forma en la que éste se cubre lo regula el numeral tres del citado Artículo el cual establece: “En los testamentos cerrados... se fijarán en la plica que contenga la disposición de ultima voluntad”.

3.9. Principio de unidad de acto

Es un principio fundamental en la redacción de todo instrumento público el cual consiste en que el instrumento público debe de perfeccionarse en un solo acto, por tal

⁴⁰ Fernández de León, Gonzalo, **Diccionario jurídico**, pág. 123.

circunstancia lleva una fecha determinada y en el caso particular de testamento o donación por causa de muerte la ley exige expresamente como requisito el consignar la hora de inicio y finalización de los instrumentos públicos, el Artículo 42 numeral 8º del Código de Notariado regula que: "...el testador, los testigos los intérpretes en su caso y el notario firmen el testamento en el mismo acto". Conforme a Osorio Morales: "La razón de ser de este principio radica en la necesidad de evitar que mediante interrupciones ocurridas durante el otorgamiento, al intercalarse en el transcurso de tan solemne acto cuestiones ajenas a las que lo motivan, puedan desvirtuarse la trascendencia y seriedad las disposiciones testamentarias e incluso influir en la libre determinación del testador". Según Royo Martínez, está unidad de acto tiene por fin evitar que las interrupciones puedan ser aprovechadas para alterar el texto, ejercer violencia u otro influjo sobre el testador o que de cualquier otro modo pueda ser perturbada la importante el acto testamentario. Por su parte la jurisprudencia civil española señala " que la unidad de acto del testamento comprende tan solo la declaración de la voluntad del testador, su lectura en voz alta, conformidad del testador con su redacción y la firma del testamento y siendo el propósito a que obedece este esencial requisito el de evitar la realización de actos ajenos salvo los motivados por algún accidente pasajero que quitaran seriedad al acto o que pudieran modificar la voluntad del testador claro es que no puede entenderse que interrumpe dicha unidad la intervención de los facultativos requeridos por el notario para asegurarse el y los testigos de la capacidad del testador, acto que es complementario y no extraño al otorgamiento" ⁴¹

El Código de Notariado por su parte regula otras formalidades esenciales que además de las formalidades generales propias de todo instrumento público el testamento debe contener; siendo estos:

- La hora y sitio en el que se otorga el testamento;
- La nacionalidad del testador;

⁴¹ Véase jurisprudencia civil española sentencia del 16 de noviembre de 1981.

- Fe de la capacidad mental del testador, a juicio del notario;
- Que el testador exprese por si mismo su voluntad;
- Que si el testador no sabe o no puede firmar, ponga su impresión digital y firme por el un testigo más que deberá reunir las calidades de los testigos instrumentales;

3.10 Testamento común cerrado

3.10.1. Concepto

Testamento cerrado es aquel que se entrega firmado por el testador al notario en un pliego cerrado en presencia de testigos, expresado que lo contenido en aquel pliego es su testamento.

La legislación española define al testamento cerrado como “aquel en que el testador, sin revelar su ultima voluntad manifiesta en presencia del notario y los testigos que aquella se halla contenida en el pliego cerrado y sellado que al efecto presenta”⁴²

De la anterior definición se deducen las siguientes consideraciones:

- El testamento cerrado esta integrado por dos fases distintas y complementarias; una *privada* de redacción del documento de última voluntad por el testador y una *pública*, constituida por el otorgamiento propiamente dicho en la que interviene además del notario los testigos exigidos por la ley.
- El testamento cerrado supone el secreto material de las disposiciones testamentarias y en él se prohíbe la publicidad formal de su contenido; en efecto es secreto con clausura material, puesto que debe de estar encerrado guardado, dentro de un sobre

⁴² Puig Peña. **Op. Cit.** Pág, 235.

debidamente pegado y sellado de forma que nadie pueda a través de él saber cuál es el fondo del querer testamentario, aunque naturalmente de modo particular lo pueda decir.

- Tiene este testamento carácter notarial; en virtud de la intervención de un notario que da carácter y condición al instrumento público.

3.10.2 Solemnidades

Es posible observar en el testamento cerrado dos fases: una fase privada o de preparación, en la que el testamento se escribe y otra pública en la que el documento escrito adquiere carácter solemne.

3.10.2.1. Fase privada o de preparación

En esta fase el testamento es escrito por el testador o redactado bajo su dirección y orden pudiendo esto ser verificado en tres formas.

- Forma principal o autografía total. Es esta la forma más completa desde el punto de vista de la autenticidad del documento y de la fidelidad de la voluntad testamentaria y la que mejor garantiza el secreto de pensamiento sucesorio.
- Forma subsidiaria voluntaria o de escritura del testamento por un tercero a ruego del testador. En esta forma el testador encomienda la formación del testamento a un tercero.
- Forma subsidiaria necesaria o de escritura del testamento por un tercero cuando el testador no sepa o no pueda firmar. En ese caso deberá intervenir otra persona que firme a ruego del testador indicando en el instrumento público dicha circunstancia que imposibilite al testador ya sea por no poner o no saber el testador firmar su testamento.

3.10.2.2. Fase pública o de otorgamiento

Es el momento solemne o notarial del testamento cerrado y se divide en tres momentos.

- Momento de la recepción. Es aquel en que el testador presenta el documento elaborado por él ante el notario y los testigos manifestándoles que aquel escrito contiene su testamento. Caracterizado por estar éste contenido en una cubierta cerrada y sellada en forma que no pueda sustraerse aquel sin romper éste, por la comparecencia del testador ante el notario y los testigos, por la manifestación de la voluntad del testador de que el pliego que presenta al notario contiene su testamento. En ese sentido dispone el Artículo 950 del Código civil formalidades del testamento cerrado: “1º. El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada, de surte que no pueda extraerse aquel sin romper ésta, 2º. 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 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...”
- Momento del otorgamiento: una vez recibido por el notario el sobre que contiene el testamento procederá a levantar acta notarial sobre su cubierta, la que posteriormente será leída tanto al testador como a los testigos que intervengan en el acto y posteriormente firmada por ellos y el notario autorizante. Al respecto se lee el Artículo citado: “3º Sobre la cubierta del testamento extenderá el notario acta de su otorgamiento, dará fe de haberse observado las formalidades legales y 4º 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”.

La obligación posterior que le corresponde al notario al tenor de lo que regula el Artículo 962 del Código Civil es, la de entregar al testador después de transcribir en su protocolo con el número y el lugar que le corresponda el acta de otorgamiento, la cual por disposición de la ley también será firmado también por todos los que intervienen en el acto.

- Momento de la protocolización. Este momento integra la fase final del testamento cerrado y da inicio con la presentación del testamento por aquel o aquellos que lo tengan en su poder, terminando con la protocolización propiamente dicha. Es importante señalar a este respecto que en cuando a la presentación del testamento hay que distinguir acerca de quien deba de hacerla y quien pueda pedirla, debe hacerla todo aquel que tenga en su poder el testamento como lo son el notario en quien se hubiera depositado o la persona de confianza a quien se lo entregó el testador o en cuya posesión material se encuentre.
- Plazo para la entrega, establece el Artículo 964 de Código civil Decreto Ley 106: “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 mas tardar dentro de los diez días, bajo pena de responder de los daños y perjuicios”.

CAPÍTULO IV

4. La conducta anormal

Conducta se define como “un conjunto de movimientos musculares y secreciones glandulares que constituyen las acciones observables de los seres humanos, respuesta observable de un ser vivo ante una estimulación externa o interna. Reacción global del sujeto frente a las diferentes situaciones.”⁴³

La distinción entre comportamiento normal y anormal no son claras, aunque existen ciertos criterios para distinguir siendo éstos: el de percepción distorsionada de la realidad, comportamiento incorrecto, sufrimiento y peligro para uno mismo o los demás. A lo largo de la historia se han propuesto varias hipótesis para explicar y tratar la conducta anormal desde las épocas más remotas, en las sociedades primitivas atribuían a la anormalidad a causas sobrenaturales, mientras que los antiguos griegos buscaban su origen en fenómenos naturales y curaban a las personas con ese tipo de problemas brindándoles empatía y cuidados como si sufrieran de un padecimiento físico. En la edad media la conducta anormal se consideraba un signo de posesión diabólica, se le castigaba con exorcismos y con tortura física, fue durante este período en donde aparecen por primera vez los asilos tanto públicos como privados, en los que se confinaba a los enfermos mentales, Los intentos de reforma dieron inicio a finales del siglo XVIII. Tanto en Europa como en Estados Unidos, mediante la cual se pretendía que los hospitales psiquiátricos contaran con un personal adecuado.

4.1. Perspectivas actuales de la conducta anormal

La psicología actual ha dado algunas perspectivas acerca de la enfermedad mental.

⁴³ Diccionario de psicología. **El mundo de la psicología en español**, pág.123.

4.1.1. El modelo psicoanalítico

El modelo psicoanalítico fue desarrollado por Freud y sus seguidores. En este modelo los trastornos del comportamiento son considerados como “expresiones simbólicas de conflictos internos, inconscientes”.⁴⁴ El modelo psicoanalítico afirma que la gente ha de advertir que el origen de sus problemas se halla en las experiencias de la infancia y la niñez, pues sólo así podría resolverlos bien.

4.1.2. El modelo conductista

Según el modelo conductista, el comportamiento anormal como todo comportamiento, es resultado del aprendizaje, el temor, la ansiedad, etc.

4.1.3. El modelo cognoscitivo

Según el modelo cognoscitivo el comportamiento anormal se entiende mejor como resultado de dichos procesos internos, a diferencia del modelo psicoanalítico subraya los procesos mentales de los cuales el individuo está consciente y considera a éste como un procesador activo de información.

4.1.4. El modelo biológico

El modelo biológico afirma que el comportamiento anormal es provocado cuando menos en parte por factores hereditarios, así como por una disfunción del sistema nervioso y de las glándulas endocrinas, en otros casos aparentemente hay una predisposición biológica al desarrollo de un trastorno en particular, si bien es cierto que se presente cierta circunstancia estresante para que dicha predisposición se revele en el comportamiento, según el modelo de diatesis-estrés, al parecer ciertas personas son biológicamente vulnerables a cierto tipo de estrés, mientras que otras son inmunes

⁴⁴ Morris Charles G, y Maisto, Albert, **Psicología**, pág.605.

inclusos a los traumas más severos.

4.2. Clasificación de la conducta anormal

Existen varios tipos de comportamiento anormal o también denominados trastornos psicológicos, para determinarlos la Asociación Psiquiátrica Americana, ha publicado un manual oficial en el que se describen y clasifican los diferentes tipos de comportamiento anormal llamado manual de diagnóstico y estadística de los trastornos mentales por sus siglas en inglés DSM, el último publicado es el DSM IV, el cual incluye una lista completa de los trastornos mentales, claramente definidos en función de patrones de comportamiento significativos para que el diagnóstico sea válido y confiable para el paciente.⁴⁵

4.3. Enfermedades mentales crónicas

La patología mental crónica, es decir aquellas enfermedades que por su organización permanente, aunque no siempre irreversible, constituyen formas patológicas de la existencia y cuyos caracteres comunes son: constituir trastornos mentales durables estables y a veces progresivos, además de modificar más o menos profundamente el problema de la personalidad.⁴⁶

Según su grado de gravedad estas enfermedades engloban las formas de desequilibrio psíquico; la neurosis, la psicosis delirante crónicas esquizofrenias y las demencias. En la descripción clínica de estas enfermedades mentales crónicas los síntomas de desestructuración de la conciencia no se observa casi, si no es a título de episodio o bien en las formas graves (disociación esquizofrénica y demencia).

En tanto que la crisis y la psicosis aguda, la estructura negativa constituidos por

⁴⁵ **Ibid**, pág 605.

⁴⁶ Ey Henri, Bernard, Ch, Brisset. **Tratado de psiquiatría**, pág.234.

trastornos de la conciencia es fundamental y la influencia de los procesos mentales manifiesta es decir la manía, la melancolía la confusión la epilepsia etc. Aquí prevalece el aspecto positivo dando a veces la impresión de ser el único en intervenir sobre todo en las formas menores como la neurosis por ello es importante dar una mayor importancia en la descripción clínica al psicoanálisis y a la fenomenología. Una neurosis una esquizofrenia una paranoia no pueden describirse más que por el juego del sistema relacional de la personalidad con su mundo o especialmente en sus relaciones dinámicas con el inconsciente definiendo a éste último según el psicoanálisis: "como parte de la mente formada por todos aquellos impulsos, deseos y sucesos olvidados, que permanecen fuera de la conciencia por causa de la represión o como la zona "sumergida" de nuestra personalidad, de la que el sujeto no es directamente consciente, sus intentos de acceder a la conciencia son frenados por la represión y sólo obtienen éxito en la medida en que, a través de las deformaciones de la censura, se producen formaciones de compromiso (sueños, actos fallidos, etcétera). Se compone básicamente de material psicológico procedente de los deseos infantiles".⁴⁷

Es necesario tener claro que cuando se habla de enfermedades mentales crónicas no se trata de definir una categoría de entidades fatalmente abocadas por su determinismo endógeno a la incurabilidad o la irreversibilidad, estos procesos implican en si mismos un movimiento dinámico que entra no solamente en la constitución de los síntomas secundarios más manifiestos como los son: los delirios y las alucinaciones, sino también el sentido de la curación si, en efecto el proceso sicótico es a la vez la consecuencia de una impotencia radical y la manifestación de una necesidad o de un deseo.

Al describir el tipo de las enfermedades crónicas se atiende a su estructura, la desorganización de la organización diacrónica del ser consciente. Dicha desorganización constituye en si misma una tendencia fundamental, no sólo a soñar su existencia sino también a detenerla o incluso a renunciar a ella.

⁴⁷ Diccionario de psicología. **Op. Cit**, pág 67.

4.3.1. El desequilibrio psíquico

Ciertas personalidades reúnen en proporciones variables de un sujeto a otros, determinadas anomalías como; la inadaptación a la vida social, la inestabilidad de la conducta y la facilidad de pasar a la acción asociada eventualmente a trastornos psiquiátricos diversos como: la depresión, toxicomanía entre otras ocasionan dificultades considerables desde el punto de vista medico legal y asistencial.⁴⁸

4.3.2. Las neurosis

Las neurosis son enfermedades de la personalidad caracterizada por conflictos intrapsíquicos que inhiben las conductas sociales. Producen una perturbación del equilibrio interior del neurótico de una alteración de su sistema de la realidad, estas reacciones constituyen las formas de enfermedades mentales crónicas menores es decir que desestructuran menos profundamente que la psicosis el sistema del yo en sus relaciones con la realidad, es una anomalía de la regresión o un defecto de desarrollo, que depende de una desorganización de la personalidad a la cual a su vez depende de factores etiopatogénos que la condicionan.

La fisonomía clínica de la neurosis se caracteriza por:

- Síntomas neuróticos. Son los trastornos de conducta de sentimientos o de ideas que manifiestan una defensa contra la angustia y que constituyen en relación con este conflicto interno un compromiso del que el sujeto obtiene desde su posición neurótica un cierto provecho.
- Por el carácter neurótico del yo. Éste a través de la identificación consigo mismo no puede encontrar buenas relaciones con el prójimo ni un equilibrio interior satisfactorio.

⁴⁸ Bergeret J. **Manual de psicología patológica**, pág.234.

La definición de neurosis implica tres ideas esenciales: enfermedad mental menor en comparación con la psicosis, preponderancia de los trastornos subjetivos; armazón de procedimientos defensivos más o menos artificiales e inconscientes contra la angustia. En lo que respecta a la diferencia entre neurosis y psicosis se distinguen dos grandes formas patológicas, en la psicosis los trastornos negativos o deficitarios, la debilidad del yo, la regresión de la actividad psíquica son importantes hasta constituir lo esencial del cuadro clínico, mientras que en la neurosis los trastornos negativos están menos marcados, la regresión es menos profunda y el psiquismo restante se organiza a un nivel más elevado próximo al normal, todo ello justifica el mantenimiento entre la distinción de neurosis y psicosis.⁴⁹

El segundo aspecto fundamental de la neurosis consiste en que estas formas de existencia patológicas son vividas como un malestar interior desbordante de angustia es conveniente retroceder en la historia, así el término neurosis consiste en que estas formas de existencia patológicas son vividas como un malestar interior desbordante de angustia.

4.3.3. La neurosis obsesiva

La neurosis obsesiva se define por el carácter forzado compulsivo de los sentimientos, de las ideas, de las conductas, que se imponen al sujeto y que la llevan a una lucha inextinguible, sin que no obstante, él mismo deje de considerar irrisorio este parasitismo incoercible.

Los caracteres clásicos de las obsesiones son: incoercibilidad, automatismo, lucha y conciencia de enfermedad.

La neurosis obsesiva se caracteriza clínicamente por:

⁴⁹ **Ibid**, pág. 234.

- La emergencia de fenómenos obsesivos, que se refieren a tal o cual idea, representación o situación convertida en preocupación exclusiva;
- Los medios de defensa del obsesivo contra su propia obsesión, medios que a su vez se convierten en obsesivos; y
- Por una clase de trastornos intelectuales y afectivos que constituyen los estigmas psicasténicos.

La fuerza de esta infraestructura inconsciente es lo que constituye el dinamismo propio del pensamiento compulsivo que molesta y trava al sujeto y contra la que él lucha, de ahí el carácter simbólico de las obsesiones que representan en el plano de lo imaginario, las exigencias de un sistema pulsional o libidinal anacrónico.⁵⁰

4.3.4. La histeria

La histeria es una neurosis caracterizada por la hiperexpresividad somática de las ideas, de las imágenes y de los afectos inconscientes. Sus síntomas constituyen las manifestaciones psicomotrices, sensoriales o vegetativas de esta conversión somática, por ello Freud llama a esta histeria de conversión, básicamente puede definirse con base a dos elementos: la fuerza inconsciente de la realización plástica de las imágenes sobre el plano corporal y la estructura inconsciente e imaginaria del personaje del histérico. Según estudios clínicos los síntomas de la histeria pueden organizarse en tres grupos siendo estos: a) los paroxismos, b) la crisis neuropáticas; c) las manifestaciones duraderas por inhibición de las funciones psicomotrices del sistema nervioso; d) los trastornos viscerales o titulares, trastornos funcionales, descritos en ocasiones en la histeria.

El histérico es un neurótico cuya sintomatología es tan expresiva y tan intencional

⁵⁰ Delay J y Pichos P. **Manuel de psicología**, pág.345.

que parece ser puramente psíquica. Babinski ha formulado una concepción acerca de la histeria que la separa definitivamente de la patología nerviosa que la acerca a la sugestión hipnótica y que considera a los fenómenos histéricos como el efecto del pitiatismo, es decir de la persuasión.

Su concepción del pitiatismo se apoya en un profundo análisis de lo que separa a la parálisis, a las crisis o a los trastornos orgánicos del sistema nerviosos, de los trastornos que pueden ser reproducidos por sugestión, de tal manera que para él, la histeria es: "Un estado psíquico que hace al sujeto capaz de autosugestionarse".⁵¹ Se manifiesta por trastornos primitivos y accesoriamente por trastornos secundarios, lo que caracteriza a los trastornos primitivos es que es posible reproducirlos por sugestión con una exactitud rigurosa en ciertos sujetos y hacerlos desaparecer bajo la influencia exclusiva de la persuasión. Lo que caracteriza a los trastornos secundarios es que están estrechamente subordinados a trastornos primitivos.

4.3.5. Las psicosis delirantes crónicas

Son psicosis caracterizadas por ideas delirantes permanentes que constituyen lo esencial del cuadro clínico, por ideas delirantes debe entenderse no sólo las creencias y las concepciones a través de las cuales se expresan los temas de la ficción delirante, sino también todo el desfile de fenómenos ideoaffectivos en las que el delirio toma cuerpo mediante intuiciones, ilusiones, interpretaciones, alucinaciones, exaltación imaginativa y pasional.

Los delirios crónicos son en cierto modo más completos que las experiencias delirantes puesto que el delirio no es tan solo pasivo y accidental como una especie de sueño o de trastornos del humor y de las percepciones a que da lugar una intoxicación sino que activamente prendido en las relaciones permanentes que unen a la persona a su mundo. Es decir que el delirio está incorporado a la personalidad del delirante los delirios crónicos son en este sentido enfermedades de la personalidad, modalidades delirantes del yo alienado

⁵¹ Bergeret J. **Op.Cit**, pág. 237.

4.3.6. Las psicosis esquizofrénicas

Entre el conjunto de enfermedades mentales graves que provocan una modificación profunda y durable de la personalidad, el grupo de las esquizofrenias engloba la mayor parte de los casos de alineación mental caracterizada por un proceso de disgregación mental, que ha sido llamado alternativamente demencia precoz, discordancia intrapsíquica o disociación autística de la personalidad.

La esquizofrenia puede ser definida como "una psicosis crónica que afecta profundamente la personalidad y que debe ser considerada como una especie dentro de un género, el de las psicosis delirantes crónicas."⁵² Se caracteriza por una transformación profunda y progresiva de la persona quien cesa de construir su mundo en comunicación con los demás, para perderse en un pensamiento autístico, es decir un caos imaginario.

Dicho proceso es más o menos lento, progresivo y profundo; se caracteriza, como afirmaba Bleuler, por un síndrome deficitario (negativo) de disociación y por un síndrome secundario (positivo).de producción de ideas, de sentimientos y de actividades delirante, al que Bleuler atribuye más importancia todavía.

Todos los síntomas intelectuales, afectivos, psicomotores, son manifestaciones de este proceso regresivo. Generalmente se entiende a la psicosis como un conjunto de trastornos en los que dominan la discordancia, la incoherencia, ideoverbal, la ambivalencia, el autismo, las ideas delirantes y las alucinaciones mal sistematizadas y perturbaciones afectivas profundas, en el sentido del despego y de la extrañeza de los sentimientos, trastornos que tienden a evolucionar hacia un déficit y hacia un disociación de la personalidad.

⁵² Hagop s. Akiskal. **Manual de diagnóstico y terapéutica**, pág 78.

4.4. La demencia

Clásicamente la demencia es definida como un debilitamiento psíquico profundo, global y progresivo, que altera las funciones intelectuales y desintegra las conductas sociales. La demencia afecta a la personalidad hasta en su estructura de ser razonable, es decir en el sistema de sus valores lógicos, de conocimiento de juicio y de adaptación al medio social. Naturalmente los estados demenciales deben ser considerados sobre todo en su aspecto evolutivo y en este sentido implican fases y grados.

En los casos en que la demencia es incipiente o poco profunda se emplea más bien el término de debilitamiento demencial o intelectual, cuando es poco sensible y casi infraclínica se habla de deterioro mental. La demencia fue definida en un principio por su carácter de decadencia irreversible, crónica, progresiva e incurable.

4.4.1. La inteligencia y la demencia

La inteligencia constituye la estructura típica tradicional en la organización del ser conciente y la incorporación del lenguaje y del sistema de los valores culturales.

Es ésta actividad superior en la que se encuentra desintegrada la demencia de forma irreversible y según las modalidades de una regresión muy profunda del ser razonable. A este respecto, el demente se vuelve niño y se aproxima incluso a grados elementales de la inteligencia animal. La inteligencia humana que se degrada en la demencia no es sólo la inteligencia asociativa, instrumental o basal; es la inteligencia en la plenitud de su sentido o la inteligencia en su aspecto más humano.⁵³

⁵³ **Ibid** pág. 75.

4.4.2. Patología de la demencia

El estado demencial más puro es el que se observa en un enfermo: 1º. Que es lúcido, pero que presenta una desintegración de su ser razonable; 2º. Que es capaz de utilizar sus funciones perceptivas, gnósicas, verbales intactas, pero sin integrarlas en unos comportamientos característicos de la actividad intelectual superior.

La demencia pura se caracteriza esencialmente por los trastornos del juicio, del capital intelectual.

La demencia global, es la que corresponde a la mayoría de los dementes, se caracteriza esencialmente por una imbricación de los trastornos del patrimonio intelectual y de elementos contusiónales y a veces incluso de trastornos instrumentales.

La demencia orgánica se caracteriza esencialmente por el predominio de los trastornos de la actividad instrumental es decir trastornos de desorientación, amnesia de fijación, etc.

4.5. Trastornos mentales de la senilidad

El trastorno mental es definido como: “el estado patológico que se caracteriza por confusión de ideas, perturbación emocional y conducta inadaptada. Puede tener origen orgánico o funcional. Anomalía patológica que provoca alteraciones en el pensamiento, las emociones o la conducta, de tal modo que se dificulta la adaptación del individuo a su entorno personal y social”.⁵⁴

El proceso de la senescencia o del envejecimiento es un fenómeno o biológico general que se manifiesta en todos los niveles de integración del organismo a escala molecular a escala molecular a nivel de la célula y de los tejidos, al de los órganos y sus funciones en todo el organismo, a nivel de la personalidad y podríamos añadir igualmente a nivel de los grupos humanos.

⁵⁴ Diccionario de psicología. **Op. Cit.**, pág. 97.

La senescencia o envejecimiento es una edad de la vida la tercera, después de la edad del crecimiento y de la edad adulta. La senescencia fenómeno directamente ligado a la vida desemboca tarde o temprano en el estado senil o senilidad, estado deficitario que por sus manifestaciones clínicas constituye una condición patológica.

El estudio de la patología mental de la senilidad es posible en su evolución los trastornos mentales que resultan de simples alteraciones funcionales y de comportamientos reaccionales, de aquellos que dependen de una decadencia lesional progresiva de las células cerebrales.

El primer grupo estará constituido por las neurosis, los estados maniaco-depresivos y los estados delirantes de involución; todos estos estados evolucionan sin un decaimiento demencial notable.

El segundo grupo comprenderá las demencias por atrofia cerebral primitiva que comprenden: la demencia senil degenerativa y las demencias atróficas de la presenilidad, y las demencias arteriopáticas.

CAPÍTULO V

5. Nulidad

El concepto opuesto a lo que ha de entenderse por nulidad es la invalidez, es decir el cumplimiento de lo normativo, lo legal o voluntario.

La nulidad se deriva de una causa intrínseca, por estar o estar viciado alguno de los elementos esenciales del negocio.

Los tratadistas argentinos exponen que nulidad es: “toda sanción legal que invalida un acto jurídico en razón de un defecto constitutivo”.⁵⁵

Se entiende también por nulidad “la ineficacia de un acto jurídico como consecuencia de carecer de las condiciones necesarias para su validez, sean estas de fondo o de forma.”⁵⁶

Salas refiriéndose a la nulidad expone: “desde el punto de vista notarial la nulidad se puede definir como la incapacidad de un instrumento público para producir efectos jurídicos, por mediar algún vicio en su contenido o en su parte formal“. La nulidad del instrumento público puede ser: de fondo o de forma, la primera de ellas se produce cuando aquel es ineficaz porque el acto o contrato que la produce que contiene está afectado por un vicio que lo invalida, este tipo de nulidad es la que está regulada por el derecho civil, es la denominada nulidad contractual.

En tanto que la nulidad formal, que es la que interesa al derecho notarial porque afecta el documento considerada en sí mismo.

⁵⁵ Gattari, Carlos Nicolás, **Manual de derecho notarial**, pág. 222.

⁵⁶ **Ibid**, pág 222

Por su parte Larraud citado por Nery Roberto Muñoz indica que existen tres principios con respecto a la nulidad siendo estos: el de excepcionalidad, el de finalidad y el de convalidación o subsanibilidad, éste último aplicable a los casos referentes a la nulidad relativa.⁵⁷

La doctrina clasifica a la nulidad en dos sentidos a decir: nulidad absoluta y nulidad relativa.

5.1. Nulidad absoluta

La nulidad absoluta afecta básicamente el acto jurídico que contraría o viola las normas protectoras de intereses sociales o del orden público.

La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, y la acción para promoverla es imprescriptible. En ese sentido el Artículo 1309 del Código Civil establece: “hay nulidad absoluta en un negocio jurídico cuando su objeto sea contrario al orden público o contrario a las leyes prohibitivas expresas y por la ausencia o no concurrencia de los requisitos esenciales para su existencia, los negocios que adolecen de nulidad absoluta no producen efecto si son revalidables por confirmación”. El Artículo 1309 del citado cuerpo normativo regula: “La nulidad puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta. Puede también ser declarada por los que tengan interés o por el Ministerio Público”.

5.2. Nulidad relativa

La nulidad relativa afecta básicamente al acto jurídico que ataca intereses particulares por lo tanto, constituye una sanción que la ley contempla para proteger a determinadas personas, dándoles la posibilidad de anular el acto que las lesiona o convertirlo en un acto válido por la confirmación o por el paso del tiempo, sin ejercer la

⁵⁷ Larraud, citado por Muñoz, Nery Roberto, **Introducción al estudio del derecho notarial**, pág, 113.

acción de nulidad.

El acto afectado de esta nulidad produce sus efectos, pero estos son destruidos retroactivamente por resolución judicial y mientras ésta no existe, el acto seguirá surtiendo los mismos.

El Código civil establece en el Artículo 1304 "Los negocios que adolecen de nulidad pueden revalidarse confirmándolos expresamente o dando cumplimiento a la obligación, a sabiendas del vicio que los hace anulables". El Artículo 1306 establece: "La confirmación expresa o tácita de un negocio viciado de nulidad relativa implica la renuncia a la acción o excepción de nulidad". En tanto que el Artículo 1309 preceptúa: "el negocio que adolece de nulidad relativa surte todos sus efectos mientras en sentencia firme no se declare dicha nulidad".

En cuanto el plazo para promover la nulidad relativa según lo establece la ley es de dos años contados desde el día en el que se contrajo la obligación salvo los casos en que la ley fije un término distinto.

5.3. Impugnación del instrumento público

El Artículo 196 del Código procesal civil y mercantil establece que los documentos autorizados por notario producen y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redargüirlos de nulidad y falsedad. Según Carlos Pelosi se entiende por impugnación: "la actividad encaminada a combatir la validez o eficacia de algo que puede tener trascendencia en el campo de lo jurídico".⁵⁸

Con relación al documento notarial dos son las causas que pueden dar origen a su impugnación, así también son dos los medios que el derecho positivo ha previsto para obtenerlo.

⁵⁸ Pelosi, Carlos citado por Muñoz, Nery Roberto, **Introducción al estudio del derecho notarial**, pág 115.

Si existen vicios en su formación referentes al autor o por defecto de forma la acción procedente será la de nulidad.

5.4. Nulidad instrumental o formal

Prima face y tal como sostiene un sector mayoritario de la doctrina, la nulidad implica la inaptitud del documento notarial para causar las consecuencias jurídicas que en condiciones ordinarias, está destinado a procurar.

La nulidad formal o instrumental incide o afecta el continente del negocio jurídico, si se parte del presupuesto de que el notario es el autor intelectual del instrumento, las causales de nulidad, en este orden, están estrechamente vinculadas con la figura del notario.

La nulidad formal implica la vulneración de las regulaciones o principios que informan la constitución del instrumento notarial o que atentan contra la imparcialidad del funcionario fideidaciente.⁵⁹ Su declaración judicial puede conllevar implicaciones de diversa índole en el actuar del notario por quebrantamiento de las normas deontológicas de su profesión o incluso podría tratarse de un supuesto de responsabilidad civil o hasta penal del notario autorizante.

Al respecto argumenta Nery Roberto Muñoz, que la nulidad formal sólo se declarará en los casos expresamente regulados por la ley ya sea en forma directa o indirecta, no cabe en este orden ni la analogía ni la interpretación extensiva, hay una presunción de legitimidad de los instrumentos notariales dada por la fe pública de la que están investidos los notarios por ministerio de la ley, es por ello la excepcionalidad de la declaración de nulidad.

En ese mismo orden de ideas sostiene Nery Roberto Muñoz que la finalidad del instrumento público prevalece sobre la mera formalidad, su nulidad no implica una total

⁵⁹ Muñoz, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial** pág, 118.

carencia de eficacia jurídica, sino un decaimiento de la misma. La subsanabilidad es subprincipio de éste, porque la finalidad del instrumento público debe prevalecer sobre el simple formalismo, la subsanabilidad del instrumento puede realizarse por los medios que admite la legislación vigente.

5.5. Incidencia de la nulidad instrumental o formal en el negocio jurídico

El documento notarial nulo supone una desarmonía entre el actuar del notario y el deber jurídico que la norma notarial le impone, es decir un desajuste entre el instrumento como había sido previsto o contemplado por el ordenamiento jurídico y como fue realizado el instrumento en la realidad.⁶⁰ No necesariamente el acto o el negocio jurídico contenido en el instrumento público está afectado por el vicio que lesiona la pureza de éste último. La afectación del instrumento no tiene que dañar inexorablemente el contenido, lo anterior dependerá del rol que el ordenamiento jurídico le atribuye a la forma para la perfección y eficacia Inter-partes u *erga omnes* del acto o negocio jurídico.

Si la forma del acto es *ad probationem*, o si es advertida como mero medio de prueba se entiende como manifiesta Diez Picazo, que en el documento se establece y se pacta con la única y exclusiva finalidad de facilitar la prueba de la existencia o del contenido de un contrato que se presupone ya celebrado o perfecto con anterioridad de ello se deduce que el acto o contrato es la realidad primaria preexistente al propio documento y que al constituir éste un simple medio de prueba de las declaraciones de voluntad de las partes debe concurrir en su rol probatorio de la existencia y del contenido de tales declaraciones, con los demás posibles medios de prueba.

A efectos de nulidad, la vulneración de las normas formales en la constitución del documento notarial podía traer consigo la carencia de prueba documental del negocio, pero no la subsistencia de éste en si, que es perfecto y eficaz, tanto entre las partes como

⁶⁰ Gattari, Carlos Nicolas. **Op.Cit**, pág 232.

respecto de terceros, con absoluta independencia de la forma que le reviste, cabe en ese supuesto la presencia de otros medios de prueba como la confesión y la declaración testimonial que se utilizaría con el objeto de probar fehacientemente las declaraciones de voluntad, cuya existencia misma es anterior o independientemente del documento en que están contenidas.

Si por el contrario, la forma se constituye como el elemento formativo del propio negocio jurídico, o como componente intrínseco de éste su destrucción por nulidad lleva implícita la destrucción del contenido negocial, pues éste ya *ex voluntate*, ya *ex lege*, no se perfecciona y como consecuentemente, no es eficaz sin la forma prescrita por el ordenamiento jurídico o establecida por la autonomía de la voluntad de las partes. Estos actos, dominados en la doctrina *ad solemnitatem*, son sancionados por la ley, bajo pena de nulidad radical de no complementar los requerimientos formales que el ordenamiento impone o que las partes han añadido, dotándole de un valor esencial.

En los actos solemnes, la nulidad de la forma quebranta el valor intrínseco del acto que sin forma no tiene razón de ser no son atendidos por el derecho.⁶¹

Existe la posibilidad de que la forma no deviniera como presupuesto de existencia ni de perfección del acto o negocio, sin que, por el contrario se le pueda imputársele el valor de simple medio de prueba. Así el documento no constitutivo pudiera revestir como dice Díez Picazo un presupuesto de eficacia *Inter.- partes* del acto, en esta hipótesis el acto existe ya validamente constituido, no es nulo sino podrían las partes reclamarse recíprocamente el cumplimiento de esta formalidad posterior para que el acto surta efectos *erga omnes* dado que entre las partes los efectos se da *ab initio* en tanto pueden exigirse el cumplimiento de tal formalidad consecuencia derivada del mismo contrato cuyo presupuesto de existencia y perfección es requisito sine qua non para que las partes se compelen recíprocamente en el ejercicio de la facultad de exigir el revestimiento de formalidades.

La nulidad formal en estos actos afectaría de manera exclusiva el continente no así el

⁶¹ Muñoz, Nery Roberto. **El instrumento público y el documento notarial** pág.121.

contenido dado que si se parte de la perfección del acto con independencia del recubrimiento de formalidades, la ausencia de estas.

5.6. Ineficacia de los testamentos

El testamento no será eficaz a pesar de que intrínsecamente sea apto para producirla. Según Ossorio Morales esta carencia de efectos jurídicos no dependen de circunstancias que afectan al propio testamento, sino de que faltan después de abrirse la sucesión, los presupuestos indispensables para que la prescrita mediante el testamento pueda tener lugar.

El testamento puede ser ineficaz por tres distintas causas o razones: por nulidad, por revocación y por caducidad.⁶²

El testamento será nulo si faltare algún requisito esencial en su otorgamiento o si el contenido de sus disposiciones infringe normas de derecho necesario. Las causas de nulidad que afectan al otorgamiento del testamento como acto solemne son básicamente según lo contempla la doctrina: falta de capacidad del otorgante, existencia de vicios de la voluntad y defectos de forma o infracción de un precepto de derecho imperativo.

5.7. Nulidad del testamento

El testamento será nulo cuando en su otorgamiento no hayan concurrido los requisitos necesarios para su validez, es decir que la nulidad se produce cuando el otorgante carece de capacidad para testar, o cuando su voluntad no se expresó libremente o cuando en el mismo otorgamiento fueron infringidos los requisitos de forma esenciales para la validez del acto.

⁶² Puig Peña, **Op.Cit.** pág 234.

5.7.1. Causas de nulidad

El testamento puede ser nulo por falta de capacidad del otorgante, por vicios del consentimiento y por haber infringido en su otorgamiento alguna norma de derecho necesario.

- Falta de capacidad del otorgante. Es nulo el testamento otorgado por un menor de edad, o por quien no se encuentre en el momento de otorgar testamento en el pleno uso de sus facultades mentales y volitivas.
- Vicios de la voluntad: El Código civil establece en el Artículo 977: “Es nulo el testamento que se otorga sin la observancia de las solemnidades esenciales que la ley establece”. En tanto que el Artículo 918 del citado cuerpo normativo dispone: “Es anulable el testamento otorgado con violencia, dolo o fraude. El testador no puede prohibir que se impugne el testamento en los casos en que haya nulidad declarada por la ley”. En los casos en que el testamento posterior fuere declarado nulo o falso la ley dispone que subsistirá el anterior.

La ley preceptúa que será anulable el testamento cuando emane de violencia, dolo o fraude. El Código Civil dispone que la violencia o intimidación deben ser de tal naturaleza que causen impresión profunda en el ánimo de una persona razonable y le inspiren el temor de exponer a su persona o su honra o la de su cónyuge o conviviente de hecho, ascendientes, descendientes o hermanos a un mal grave o a la pérdida considerable de sus bienes. El dolo será entonces toda sugestión o artificio que se emplee para inducir a error o a mantener en él a alguna de las partes.⁶³ Dolo o fraude no son más que matices de un mismo vicio del consentimiento, afirma Ossorio Morales, que existirá este vicio de la voluntad en los testamentos cuando con palabras o maquinaciones insidiosas alguien es inducido a otorgar un testamento o a revocarlo en todo o en parte de tal manera que sin dichas palabras o maquinaciones no lo hubiere otorgado o revocado o se hubiera producido de otra manera.

⁶³ Ossorio Manuel, **Op. Cit.** pág 89.

5.8. Efectos de la infracción a disposiciones de derecho necesarias en el otorgamiento del testamento

Los testamentos en cuyo otorgamiento se haya adoptado una forma de testar prohibida o no reconocida por el Código civil serán nulos y también es nula la disposición contenida en un testamento que siendo válido en su otorgamiento, incurra por el contenido de aquella disposición en la infracción de preceptos de derecho necesarios, además serán nulos aquellos testamentos en los que no se haya observado las formalidades respectivamente establecidas por el Código de Notariado contenidas en el Artículo 42.

5.9. Ejercicio de la acción de nulidad

El testamento no puede ser impugnado en vida del testador, nadie tiene derechos adquiridos en vida del mismo, por las disposiciones de carácter voluntario contenidas en un testamento, por consiguiente no existen personas legitimadas para accionar en tal sentido pues de momento el único interés tutelado por el derecho es el del propio causante, que está facultado para lograr que su testamento contenga su última voluntad, para ello puede el testador revocarlo, cambiarlo o modificarlo y esta posibilidad impida que tenga sentido hablar de la impugnación del testamento en vida del testador.

El Código procesal civil y mercantil establece al respecto de la nulidad en el Artículo 186: "Los documentos autorizados por notario o por funcionario público o empleado público en ejercicio de su cargo producen fe y hacen plena prueba, salvo el derecho de las partes de redargüirlos de nulidad o falsedad".

La acción de nulidad es una acción de derecho privado y su ejercicio una vez fallecido el testador depende de la iniciativa de lo que puedan tener interés en la declaración de nulidad sean estos los herederos instituidos y legatarios favorecido en el testamento anterior o los herederos que sucederían *ab intestato* en caso de declararse la nulidad del testamento.

La acción de nulidad se sustanciara en vía ordinaria siendo competente para conocer de la correspondiente demanda el Juez de Primera Instancia Civil, en cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, la legislación dispone que es imprescriptible.

5.10. Efectos de la nulidad declarada

Declarada la nulidad del último testamento, recobra su eficacia el testamento anterior válido que hubiese sido otorgado por el mismo causante, o se reconoce que no la perdió por faltar un testamento posterior perfecto que lo derogase.

Si en el mismo supuesto no existe el testamento anteriormente válido se abre la sucesión intestada.

La declaración de nulidad de los testamentos notariales abierto y cerrado puede implicar responsabilidad para el notario autorizante en caso de que la falta o defecto que la haya motivado sea debida a su malicia, negligencia o ignorancia inexcusable.

5.11. La capacidad como requisito esencial del testamento

Puede definirse a la capacidad como: “La aptitud derivada de la personalidad que toda persona tiene para ser titular como sujeto activo o pasivo de relaciones jurídicas o bien de derechos y obligaciones, aptitud que llega a tener concreción en la dinámica del mundo jurídico, ya por virtud de la propia ley que lo permite o bien por un proceso en que la voluntad es expresada libremente”⁶⁴

Conforme Rojina Villegas la capacidad jurídica no es considerada como una aptitud para ser titular de derechos obligaciones, sino como un atributo, es decir algo inherente al ser de las personas que debe de reconocer y no otorgar el derecho.

⁶⁴ Brañas, Alfonso. **Op.Cit**, pág. 34.

La capacidad desde el punto de vista real consiste en la facultad que tiene la persona para ser sujeto de derechos y obligaciones y de adquirir unos y otros y de realizar todos los actos jurídicos. Es decir que se tiene aptitud de obrar validamente por sí mismo.

5.11.1. Clases de capacidad

En la actividad jurídica y especialmente en el ámbito contractual, la persona puede estar colocada como titular de determinados derechos o determinadas obligaciones, o bien en situación de querer o tener que ejercitar derechos o cumplir obligaciones, ello ha dado lugar a que surja la distinción entre capacidad de derecho y capacidad de ejercicio .

5.11.2. Capacidad de derecho

Denominada también capacidad de goce y es definida por Coviello como: “La capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones de la cual están dotados todos los hombres“. Castan Tobeñas afirma que la capacidad de derecho es la aptitud para ser sujeto de derechos y deberes, pero referida a la mera tenencia y goce de los derechos, siendo la base para ostentar aquellos y estos. Por su parte Sánchez y Román la define como: “La aptitud que tiene el hombre de ser sujeto en las relaciones de derecho“. Bonnecase expone de una forma más explícita que la capacidad de derecho o de goce: “Es la aptitud de una persona para participar en la vida jurídica por si misma o por medio un representante, figurando en una situación jurídica o en una relación de derecho, para beneficiarse con las ventajas o soportar las cargas inherentes a dicha situación o relación”⁶⁵

La capacidad de derecho es pues, la aptitud de ser titular de derechos subjetivos y obligaciones la titularidad implica más que la actual existencia de derechos subjetivos o de obligaciones jurídicas, la aptitud de llegar a tener esos derechos o esos deberes. Por lo

⁶⁵ Bonnecase, Julian. **Elementos del Derecho Civil**, pág 344.

tanto se tiene capacidad de goce cuando se es apto para tener derechos y obligaciones

5.11.3. Capacidad de ejercicio

Se le denomina también capacidad de obrar o de hecho, consiste en la aptitud para ejercitar derechos. Para Coviello: “La capacidad de obrar consiste en la capacidad de adquirir y ejercitar por sí los derechos y en asumir por sí obligaciones.”⁶⁶

Rojina Villegas expone que la capacidad de ejercicio supone la posibilidad jurídica en el sujeto de hacer valer directamente sus derechos y celebrar en nombre propio actos jurídicos de contraer y cumplir sus obligaciones y de ejercitar las acciones conducentes ante los tribunales.

Castan Tobeñas por su parte afirma que es la aptitud para el ejercicio de los derechos y para concluir actos jurídicos, Puig Peña escribe que: “la capacidad de obrar se integra por la aptitud de realizar actos con eficacia jurídica”⁶⁷

La capacidad consiste en la aptitud para adquirir y para ejercitar con la propia voluntad es decir por si sólo derechos, o de asumir con la propia voluntad obligaciones jurídicas, es decir de cumplir actos de naturaleza personal o patrimonial de la vida civil, es decir que se tiene capacidad de ejercicio cuando se ostenta la aptitud para poder ejercer por si mismo los derechos y cumplir obligaciones que se tienen.

La capacidad de ejercicio o de obrar presupone la capacidad jurídica o de goce, pero no a la inversa, la persona con aptitud o capacidad de goce puede tener limitada su capacidad de ejercicio, estas limitaciones son las que constituyen las denominadas incapacidades.

⁶⁶ Brañas Alfonso. **Op. Cit**, pág 37.

⁶⁷ Brañas Alfonso. **Op. Cit**, pág.38.

Significa entonces que la capacidad de ejercicio es la dinámica de la capacidad jurídica, de la persona que puede actuando por sí, personalmente, adquirir derechos y contraer obligaciones. Esta capacidad se adquiere cuando la persona individual cumple la mayoría de edad. Al respecto estipula el Código Civil Artículo 8º: “La capacidad para el ejercicio de los derechos civiles se adquiere por la mayoría de edad. Son mayores de edad los que han cumplido dieciocho años...”. Entendiéndose que por este hecho la persona se encuentra en pleno goce de sus facultades mentales, de su capacidad jurídica total, a menos que en ella se caracterice alguna forma de incapacidad prevista por la ley.

Por otra parte durante la minoría de edad la persona tiene capacidad de derecho o de goce, pero no de ejercicio, ello sin olvidar por supuesto la denominada capacidad relativa de la que gozan los menores que han cumplido catorce años, en esa misma situación, es decir carentes de capacidad de ejercicio se encuentran las personas que por ocurrir alguna de las causales previstas en el Código civil para promover las acciones tendientes a declararlos incapaces.

Las afirmaciones anteriormente expuestas llevaría a aceptar que los derechos y las obligaciones del menor o incapacitado quedarán estáticos hasta que el primero que el menor cumpliera la mayoría de edad, o en el caso del incapacitado, éste recobrar su capacidad jurídica plena, lo cual sería aceptar la paralización del normal desarrollo de importantes aspectos dentro de la actividad jurídica, lo cual es inadmisibles por la razón de la dinámica misma de lo jurídico. Para obviar esta situación el derecho ha creado instituciones como la patria potestad, la tutela que además de cumplir una función protectora de la persona del menor de edad o del incapacitado, cumplen la función de garantizar el ejercicio o el cumplimiento en tiempo oportuno de los derechos y obligaciones de aquellos, permitiendo y facilitando así el normal desenvolvimiento de las relaciones jurídicas”⁶⁸

⁶⁸ Vasquez Ortiz, Carlos Augusto. **Derecho civil I**, pág 126.

5.11.3.1. Circunstancias determinantes de la capacidad de ejercicio

Por ser la capacidad de ejercicio o de obrar el complemento pleno de la capacidad jurídica, se consideran como circunstancias determinantes de ella: el sexo, actualmente y debido a la evolución de las instituciones jurídicas, sin mayor relevancia, salvo los casos de capacidad relativa, en que a la mujer se le habilita a más temprana edad para contraer matrimonio; la edad, la cual es determinante para fijar la mayoría de edad y autorizar a los menores de edad para la celebración de ciertos actos; la nacionalidad, actualmente sin mayor importancia para los efectos civiles a no ser ciertos casos de excepción, el domicilio; uno de cuyos efectos principales es el de precisar el lugar o lugares en que se han de cumplir las obligaciones o que de estas pueda demandarse su cumplimiento; el parentesco, el que generalmente da lugar a ciertas prohibiciones como la que el marido y la mujer no pueden celebrar contratos de compraventa entre sí, o determina el orden de la prestación de alimentos o de la sucesión intestada por citar algunos ejemplos y las enfermedades físicas o mentales, estas pueden tener relevancia cuando alcanzan a constituir causa de incapacidad.⁶⁹

5.12. Incapacidad como vicio del testamento

La incapacidad consiste en la carencia de facultad de la persona para ser sujeto de derechos y obligaciones y de adquirir unos y otros por sí mismo, debiendo hacerlo por medio de su representante legal.

La incapacidad también puede definirse como el defecto o falta total de capacidad, o de aptitud para ejercer derechos y contraer obligaciones. La carencia de aptitud legal para ejercer validamente determinados derechos, como actos de disposición o actos de administración así como también para hacer, dar, recibir, transmitir, aceptar alguna cosa, contraer matrimonio, ejercer la patria potestad, la tutela o curatela, etc.

Por regla general la mayoría de edad confiere la capacidad de ejercicio, así también en

⁶⁹ **Ibid**, pág. 126.

aras de la normalidad y de la seguridad del tráfico jurídico, ha previsto como excepción la posibilidad de privar a la persona de dicha capacidad, sin afectar la capacidad de derecho que puede ser manifestada por la persona misma o ser ejercitada por un representante legal en el caso del menor o incapacitado. Al respecto establece el Código Civil en el Artículo 14: “Los incapaces pueden ejercitar sus derechos contraer obligaciones por medio de sus representantes legales”.

El principio indiscutible de que el incapaz ejercer sus derechos mediante la actuación de su representante. Sin embargo la doctrina se detiene en el estudio de lo que denomina ciertos derechos no susceptibles de ser ejercitados por el representante legal, que en el ámbito del Derecho civil se circunscribe al derecho de contraer matrimonio y al de otorgar testamento, por tratarse de actos personalísimos. En estos casos, como al representante legal del incapaz sea este padre, madre o tutor, le está vedado por la ley expresar y comprometer la voluntad del menor o del incapaz.⁷⁰

5.12.1. Clases de incapacidad

La incapacidad absoluta consiste en la falta de capacidad total para los actos jurídicos y la incapacidad relativa; que consiste en la falta de capacidad para determinados actos jurídicos.

Algunos aspectos que de conformidad con la ley son determinantes para considerar a una persona individual como incapaz son: a) el de no haber alcanzado la mayoría de edad; la que conforme a ley se fija en dieciocho; b) la de adolecer o padecer de enfermedad mental que haga privar al sujeto del debido discernimiento, siempre y cuando se haya hecho la declaratoria de interdicción; c) la de abusar de bebidas alcohólicas o estupefacientes que puedan poner en peligro la situación económica personal o familiar; d) las perturbaciones mentales transitorias que hacen nulas las acciones hechas en esta etapa; e) la ceguera congénita o adquirida en la infancia.

⁷⁰ Puig Peña. **Op. Cit.** pág.239.

El Código civil en este sentido dispone en el Artículo 9º: “Los mayores de edad que adolecen de enfermedad mental que los priva de discernimiento, deben ser declarados en estado de interdicción, las personas que por abuso de bebidas alcohólicas o de estupefacientes, se expone ellas mismas o exponen a sus familias a graves perjuicios económicos, la declaratoria de interdicción produce desde la fecha que sea establecida en sentencia firme, la incapacidad absoluta de la persona para el ejercicio de sus derechos; pero los actos anteriores a tal declaratoria pueden ser anulados si se probare que la incapacidad existía notoriamente en la época en verificaron”. Por su parte establece el Artículo 13: “Quienes padezcan de ceguera congénita o adquirida en la infancia y los sordomudos tienen incapacidad civil para ejercitar sus derechos pero son capaces los que puedan expresar su voluntad de manera indubitable”.

5.12.2. Incapacidad para testar en la legislación guatemalteca

El Código Civil regula en el Artículo 945 las personas que están incapacitados para testar, que son:

- El que se haya bajo interdicción (entendiendo a la interdicción como la situación en que se encuentran las personas que han sido incapacitadas previa declaración judicial para la realización de todos o algunos de los actos de la vida civil).
- El sordomudo y el que hubiere perdido el uso de la palabra cuando no pueda darse a entender por escrito, esta disposición obedece a que el testamento, sea cualquiera su forma debe constar por escrito.
- El que sin estar bajo interdicción no gozare de sus facultades mentales y volitivas por cualquier causa al momento de testar.

De acuerdo con lo que dispone el Artículo 42, inciso 4º del Código de Notariado, el notario debe de dar fe a su juicio, de la capacidad mental del testador, es decir, que es al notario a quien por disposición de la ley le corresponde determinar si quien desea hacer

testamento goza o no de sus facultades intelectuales y volitivas.

La incapacidad por enajenación mental como expresa Roca Sastre es bastante amplia para comprender no solo los casos de demencia, sino también aquellos estados que aun transitorios privan de discernimiento en el momento de testar como lo es la embriaguez, drogadicción, etc.

CAPÍTULO VI

6 Apreciación del notario en cuanto a la capacidad mental del testador

6.1 Formación jurídica y profesional del notario

Para el doctor Mario Aguirre Godoy la formación del notario debe de comprender una formación técnica y humana.

La formación técnica comprende: un saber hacer por repetición mecánica y un saber hacer conociendo el porque de esa actitud y sus causas inmediatas.

La formación humana comprende los aspectos de formación moral, intelectual mediante el conocimiento de las disciplinas que dan significado al actuar de cada hombre, además que el notariado es una profesión eminentemente al servicio de la sociedad.

La actividad del notario está señalada por su carácter de depositario de la fe pública y por ello no admite desviaciones ni quebrantos que puedan turbar la confianza de la que el notario debe ser acreedor, puesto que es una profesión de vocación cimentada sobre bases científicas y éticas.⁷¹

⁷¹ Aguirre Godoy, Mario. **La capacitación jurídica del notario**, pág. 23.

6.2 El notariado como profesión universitaria

Según el sistema notarial latino adoptado por Guatemala y otros países latinoamericanos, el notario tiene que ser un profesional universitario, en ese sentido el doctor Mario Aguirre Godoy expone que:“ el notario debe tener una profesión universitaria básica, la que debe comprender las disciplinas jurídicas necesarias para conocer el Derecho positivo vigente de su país y el derecho comparado, preparación que corresponde a las diferentes facultades de derecho de las Universidades autorizadas en el país”⁷²

Francisco Larroyo por su parte concibe a la profesión como un conjunto de habilidades adquiridas mediante determinado aprendizaje y al servicio de una actividad económica destinada a asegurar y mantener la vida humana, señala como fases de dicha formación las siguientes:

- Formación científica; la que conlleva el dominio de principios, leyes y teoremas;
- Formación técnica; en la que el notario aplica la ciencia;
- Formación ambiental; que son las actividades en las que se encuentra el profesional;
- Formación cultural; puesto que el notario debe de estar dotado de suficiente cultura;
- Formación económica y social; porque el notario debe de estar relacionado con problemas de política económica de organización gremial y empresarial y;
- Formación ética; necesaria para el notario, asegurando con ello un correcto desempeño en su que hacer notarial.

⁷² Muñóz, Nery Roberto. **Op. Cit.** Pág,140.

La enseñanza del Derecho debe comprender: una enseñanza teórica, que se refiere a la transmisión de conocimientos de la ciencia jurídica, no olvidando por supuesto el mundo circundante de los hechos económicos y sociales en que surgen los fenómenos jurídicos, es decir el estudio de normas jurídicas.

No es suficiente para la formación del notario la enseñanza teórica, ni hacer únicamente práctica, es preciso también saber hacer, es decir, contar con una la técnica, principalmente en la elaboración de instrumentos públicos con los cuales trabaja el notario a lo largo de su profesión.

La enseñanza práctica es la etapa final de la formación profesional del notario, puesto que con una base teórica que le permita un manejo adecuado de la técnica notarial es oportuno poner en práctica el conocimiento adquirido.

6.3 Medios directos para capacitar al notario

Expone el doctor Mario Aguirre Godoy que los medios para lograr una verdadera capacitación del notario son;

- Formación universitaria que culmine con el grado de licenciado en Derecho o con el título de abogado y notario como fase previa;
- Con un doctorado en Derecho notarial;
- Sistema de oposición;
- Universidad o facultad notarial específica.

En el primer caso, se pretende que el aspirante a notario obtenga una licenciatura en Derecho o el título de abogado y notario que garanticen su conocimiento en el campo del Derecho, como es el caso en Guatemala en la que se estudian simultáneamente la Abogacía y el Notariado, el estudio conjunto de ambas profesiones supone una preparación extensa no solamente en el campo jurídico sino también en lo social y económico.

El segundo caso consiste en hacer del notariado un doctorado, estudiando para el efecto ramas específicas de especialización durante cierto período de tiempo y posteriormente la elaboración de un trabajo de tesis doctoral.

En el tercer caso, el sistema de oposición es utilizado en muchos países con el objeto de que solo puedan llegar los mejores, para ello se crean los concursos de oposición los cuales deben ser rigurosos y limitar el número de notarios.

En el V Seminario de Reflexión de los Notariados Americanos realizado en Acapulco, México en 1988 el licenciado guatemalteco Marco Tulio Melini Minera presentó su trabajo en el cual expuso acerca de la formación y capacitación continua de los aspirantes a notarios, indicando que “En Guatemala el trabajo ha comenzado con una etapa de consolidación y fortalecimiento del Derecho notarial, tanto a nivel nacional como internacional con la ampliación de la enseñanza universitaria más técnica y creativa y la realización de encuentros y jornadas locales y departamentales, así como con la masiva participación de notarios en eventos internacionales”⁷³

6.4 La ética profesional

Según la definición del diccionario de la lengua española ética es “la parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre”⁷⁴

⁷³ Muóz, Nery Roberto. **Op. Cit**, pág 147.

⁷⁴ Real Academia española. **Diccionario de la real academia española**, pág 123.

La ética en general estudia normas de conducta, es decir lo bueno o lo malo en las actitudes de las personas.

En lo que respecta a la ética profesional, se asocia de forma inmediata a la conducta de un profesional, la que conforme a las normas deontológicas debe de ser intachable al respetar y observar normas de conducta profesional y sujetarse a las disposiciones contenidas en la ley.

6.5 La moral y la ética

Según el diccionario de la real academia de la lengua española, moral es, la ciencia que estudia el bien y el mal. El bien para conocerlo y practicarlo y el mal para conocerlo y evitarlo.

Por lo tanto, podemos decir que el ámbito que concierne a la moral no compete al orden jurídico sino al fuero interno o al respeto humano.

La ética es, una de las ramas de la moral que establece normas de conducta en relación a las profesiones y oficios indicando cual debe de ser la actitud y comportamiento frente a la sociedad.

Las normas de conducta establecidas en los decálogos o códigos de ética si pueden ser susceptibles de sanción si no se cumplen, el doctor Pérez Fernández del Castillo expone “el notariado se encuentra íntimamente unido a la moral puesto que no puede entenderse una sin la otra”⁷⁵

El notario fedatario escucha y aconseja a las partes, redacta los instrumentos públicos revistiéndoles de pleno valor probatorio, los conserva y reproduce; es depositario

⁷⁵ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. **La ética notarial**, pág. 14.

de la confianza del Estado y de los particulares, es por ello que la sociedad espera de él una conducta con total apego a la ley y ética.

6.6 La ética notarial

El doctor Bernardo Pérez Fernández del Castillo, expresa " que las etapas de la actividad notarial y la función del notario consisten en; escuchar, interpretar y aconsejar a las partes, preparar, redactar y reproducir el instrumento y que en estas etapas de la actividad notarial el notario debe caracterizarla por su imparcialidad, espíritu conciliador, discreción en los secretos recibidos, equidad en el cobro de honorarios, preparación técnica y jurídica, empeño profesional y cumplimiento de las demás normas éticas y jurídicas."⁷⁶

La profesión de notario no consiste simplemente en copiar instrumentos públicos, sino redactarlos, es decir ser el creador del instrumento público en cumpliendo de la función modeladora dándole forma legal a la voluntad de las partes encuadrándola a los normas que regulan el negocio jurídico.

El Código de ética profesional del Colegio de Abogados y Notarios vigente en Guatemala contiene preceptos referentes al secreto profesional, libertad moral, capacidad profesional honor y honradez.

Las partes deben confiar en el notario, el Estado confía en el notario por ser este el depositario de la fe pública, para que los actos y contratos que autorice sean válidos y ciertos.

⁷⁶ **Ibid**, pág 14.

El notario en el ejercicio de su profesión debe actuar con rectitud, en especial porque no tiene una supervisión constante, él debe aplicar las normas ajustadas a la ética y a la moral más estricta y siempre haciendo uso de la equidad e imparcialidad.

Manuel González Enríquez en la ponencia de la III Jornada Notarial de Plobet, expuso que “La honorabilidad y caballerosidad del notario residen no en autorizar instrumentos, sino saber en el momento oportuno negarse a autorizarlos”⁷⁷

6.7 Código de ética del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala

El Código de ética profesional del colegio abogados fue aprobado por la asamblea general el uno de febrero de 1956, modificado por otro aprobado en el año 1994, el que en su primer considerando preceptúa que *“la profesión del abogado y el notario comprende actividades que deben ser leales eficientes, y honoríficas de servicio a la comunidad.”*

El Código de ética profesional hace hincapié en lo que concierne al secreto profesional, la libertad moral para actuar, la capacidad profesional, el honor y la ética.

El Artículo 37 del Código de Ética profesional establece la extensión a los postulados de la abogacía al notario en lo que respecta a los derechos, deberes y obligaciones que deben ser observados en su actuación profesional.

Es decir los principios de buena fe y fidelidad a la ley en todo documento que autorice.

⁷⁷ Muóz, Nery Roberto. **Op. Cit**, pág. 149.

6.8 El Juicio

Las formas del pensamiento constituyen uno de los factores o medios cognoscitivos más importantes, siendo el juicio una de esas formas.

El juicio es entonces “la capacidad o facultad del alma humana que aprecia el bien y el mal y distingue entre la verdad y lo falso”⁷⁸

El juicio es la segunda estructura de la lógica el que según expone Fatone puede ser considerado de tres maneras:

- Como pensamiento que es verdadero o falso;
- Como una relación enunciativa entre conceptos y:
- Como una afirmación.

En el proceso cognoscitivo se pasa de un juicio a otro y de cierto nivel de conocimiento a otro más elevado, en donde las diversas formas del juicio son eslabones o factores aislados de dicho proceso.

El juicio también puede definirse como la opinión o el parecer o idea acerca de algo o de alguien.

6.9 El juicio del notario

El Notario es la persona a quien por sus cualidades humanas, profesionales es decir ostentar los títulos profesionales de abogado y notario así como por sus cualidades de honorabilidad y sobre todo de ética profesional, las que sin lugar a dudas son de gran importancia para el ejercicio de su profesión contenidas en el Código de Ética Profesional del Colegio de Abogado y Notarios de Guatemala las que constituyen un conjunto de

⁷⁸ Ossorio, Manuel. **Op. Cit.** pág 234.

normas de conducta que exigen de cada profesional honor, decoro, rectitud, respeto, y dignidad en todas y cada una de sus actuaciones.

Siendo entonces la dignidad profesional un paradigma de honestidad frente a la sociedad y profesionales.⁷⁹

Por lo anterior, es el notario a quien el Estado como ente soberano le delega la fe pública para que sea éste quien en representación del mismo intervenga en los actos y contratos que realiza la sociedad y los revista con una presunción de autenticidad y fuerza probatoria.

En el caso particular del testamento, el que sea al notario a quien por disposición legal le corresponda dilucidar y calificar la capacidad mental del testador como requisito esencial para la validez jurídica del mismo, la que de conformidad con la ley hace constar en el cuerpo del instrumento público, en el que se materializa las disposiciones de última voluntad de quien requiere sus servicios profesionales. a efecto de otorgar testamento, lo compromete a tomar en consideración su juicio.

Lo que significa que indudablemente el notario por las aptitudes que tiene y el conocimiento adquirido establece la capacidad mental de una persona, no solo dentro de los límites legales sino además tomando en consideración su juicio, lo que no deja de ser un apreciación subjetivo por parte de él, puesto que si bien es cierto es como se expuso anteriormente un profesional del Derecho investido de fe pública, con principios éticos y morales que le permite ejercer la profesión con dignidad y decoro, enalteciendo el prestigio que la profesión de abogado y notario merecen; también lo es que únicamente una persona docta en el tema de la psiquiatría puede determinar con exactitud si una persona se encuentre con plena capacidad mental; tomando como punto de partida la historia clínica de la persona, la observación directa y como se expuso en el capítulo V de este

⁷⁹ Muñoz, Nery Roberto. **Op. Cit**, pág, 153.

trabajo de tesis, con base al manual de diagnóstico y estadística de los trastornos mentales por sus siglas en inglés DSM IV.

Es por ello que siendo la capacidad mental uno de los requisitos esenciales para la validez del testamento, el notario según la presente investigación no es la persona idónea para determinar la capacidad mental de una persona.

Sería entonces conveniente, que sea un profesional de la psiquiatría, quien extendiese una constancia médica acerca del estado de salud psíquica de la persona que desea otorgar testamento, para que posteriormente sea el notario quien la haga constar en el cuerpo del instrumento público, indicando que se tuvo a la vista la constancia médica extendida por un psiquiatra, con la que se acredita que el testador se encuentra en el momento de otorgar testamento en el pleno uso de su capacidad mental.

El hecho de que sea el notario quien de fe de la capacidad mental del testador no teniéndola éste en el momento de testar, generan consecuencia para el notario, quien incurrirá indudablemente en responsabilidades contraviniendo sus principios éticos morales y profesionales al afirmar algo que no es cierto, además del Derecho que confiere a las partes interesadas de redargüir de nulidad el instrumento público que contiene el testamento, por carecer este como se indicó anteriormente de uno de los requisitos esenciales para su validez.

CONCLUSIONES

- 1 El notario es responsable de la construcción técnica del instrumento público del cual es su verdadero creador, solo una actuación conforme a las normas deontológicas éticas y jurídicas harán merito a la excelencia profesional y a la confianza que le ha sido depositada por el Estado.
- 2 Es el notario como profesional del derecho a quien por disposición legal le corresponde determinar la capacidad mental y volitiva del testador requerida en la autorización del testamento común abierto como requisitos esencial para su validez.
- 3 Es La capacidad para testar la que corresponde a toda persona que tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento con arreglo a las disposiciones legales.
- 4 Únicamente la persona individual con plena capacidad puede disponer de sus bienes para después de su muerte a través de materializar su última voluntad en el acto mismo de testamento.
- 5 La nulidad formal del instrumento notarial, obedece a razones de naturaleza adjetiva consagradas en las leyes y demás disposiciones jurídicas ordenadoras del actuar del notario, con consecuencias extensivas o no al negocio escriturado, en dependencia del rol que la forman asuma en la constitución del propio negocio.
- 6 Consideramos que la facultad otorgada por la ley al notario de que sea este quien establezca la capacidad mental de una persona requerida en la autorización del testamento común abierto, lo compromete indudablemente no solo a calificar dicha capacidad dentro de los límites legales sino además a

tomar en consideración su juicio, lo cual constituye una apreciación subjetiva que variara según la calificación personal que del estado mental del testador realice el notario.

o

RECOMENDACIONES

- 1 Es conveniente que la facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala fomente en los estudiantes de derecho, la importancia de la ética profesional para el desempeño de la profesión de Abogado y Notario, ya que ello permite cimentar el prestigio y el honor que frente a la sociedad merece tan digna profesión.
- 2 Que el Congreso de la República modifique lo dispuesto en el artículo cuarenta y dos numeral cuatro, del decreto legislativo trescientos catorce del Congreso de la República Código de Notariado; en el sentido de que el notario haga constar en el cuerpo del instrumento público que contiene testamento común abierto la capacidad mental y volitiva de una persona, con base a la constancia expedida por un profesional de la psiquiatría.
- 3 Al reformar el Código de Notariado, el notario como creador del instrumento público no incurre en responsabilidad, en el caso en que se promoviese acción de nulidad en contra de las disposiciones testamentarias atendiendo al requisito de la capacidad mental y volitiva requerida para autorizar el testamento común abierto, debido a que sería un profesional de la psiquiatría quien dictaminará al respecto, limitándose el notario a dar fe en el cuerpo del instrumento que se tuvo a la vista la constancia expedida por el profesional.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRRE GODOY, Mario. **La capacitación Jurídica del notario**. Pág. 89 revista trimestral, No. 8 del Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala (marzo 2005).
- BRAÑAS Alfonso. **Manual de derecho civil**. 3ª. ed.; Guatemala: Ed. Estudiantil fénix Universidad de San Carlos de Guatemala, 1998.
- BERGERET, J. **Manual de psicología patológica**. 8ª. ed., Barcelona, España: Ed. Massón S. A., 1974.
- CABANELLAS, Guillermo. **Diccionario de derecho usual**. 11. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Porrúa S. A., 1976.
- CARRAL Y TERESA, Luís. **Derecho notarial y derecho registral**. 7ma. ed.; México: Ed. Porrúa S. A., 1976.
- DELAY J. Y P. Pichotl, **Manual de psicología**. 7ma. ed.; Barcelona, España: Ed. Masson, S. A., 1976.
- El mundo de la psicológica en español. **Diccionario de psicología**. 5ª. ed., Madrid, España: (s.e), 1978.
- EY GENRI, BERNARD P Y BRISSET CH. **Tratado de psiquiatría**. 8ª. ed., Barcelona, España: Ed. Massón, 1987.
- GATTARI, Carlos Nicolas. **Manual de derecho notarial**. 3ª. ed.; Barcelona, España: (s.e), 1975.
- GIMENEZ ARNAU, Enrique. **Introducción al estudio del derecho notarial**. Pamplona, España: Ed. revista de derecho privado, 1944.
- GIMENEZ ARNAU, Enrique. **Derecho notarial**. Ed.; Universal de Navarra, Pamplona, España: (s.e), 1876.

GONZÁLEZ, Carlos Emerito. **Derecho notarial**. 5ª. ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. La ley S. A., 1971.

HAGOP S, Akiskal. **Manual de diagnóstico y terapéutica**. 4ª. Ed.; Barcelona, España: Ed. Massón, 1978.

LOPEZ PERMUTH, Luis Cesar. **Presentación prospectiva de la lógica jurídica**. 2ª. ed.; Guatemala: Ed. Universitaria, 2002.

MORRIS, Charles G y MAISTO, Albert A. **Psicología**. Traducida al español por José Carmén Pecina Hernández, 10ma. ed.; México: Ed. pearsón educación de México, 2001.

MUSTAPICH, José Maria **Tratado teórico y práctico de derecho notarial**. Tomo I, El instrumento público, 3 Ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. Desalma, 1973.

MUÑOZ, Nery Roberto. **Introducción al estudio del derecho notarial**. 7ª. Ed.; Guatemala: Ed. talleres de Centroamérica, 2000.

MUÑOZ, Nery Roberto **El instrumento público y el documento notarial**. 7ª. Ed.; Guatemala: Ed. Infoconsult, 2000.

OSSORIO, Manual. **Diccionario de ciencias jurídicas sociales y políticas**. Buenos Aires, Argentina: Ed. Heliasta S. R. L., 1981.

PELOSI, Carlos A. **El documento notarial** 3ª. Ed.; Buenos Aires, Argentina: Ed. astrea, 1997.

PÉREZ FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Bernardo. **Derecho Notarial**. 7ª. ed.; Barcelona, España: Ed. Porrúa S.A., México, 1995.

PUIG PEÑA, Federico. **Compendio de derecho civil español**. Parte general. 1t; 3ª. ed.; revisada; Madrid, España: Ed. Pirámide S. A., 1976.

Real academia española. **Diccionario de la lengua española**. 19ª ed., Madrid: 1970.

SALAS, Oscar Humberto. **Derecho notarial de Centro América**. Costa Rica: (s.e), 1976.

TOBEÑAS CASTÁN José. **Función notarial y elaboración notarial del derecho**. 3 ed;
Barcelona, España: (s. e), (s.f).

Legislación:

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

Código Civil. Decreto ley número 106, 1964.

Código Procesal Civil y Mercantil. Decreto ley número 107, 1964.

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

Código de Ética Profesional Colegio de Abogados y Notarios de Guatemala. 1994.

Ley de Colegiación profesional obligatoria. Decreto legislativo 72-2001, 2001.

