

Formalidades de los Testamentos

Por ROMULO E. LANATTA

Profesor Principal.

Resumen: Este trabajo es un estudio integral de la materia, desarrollado sistemáticamente en seis secciones. En la primera se examina diversas cuestiones generales de notorio interés, doctrinario y práctico, sobre la problemática de las formalidades testamentarias, sin cuyo previo conocimiento sería rutinaria y elemental la enseñanza de los requisitos de forma de cada una de las clases de testamentos. En la segunda sección se trata sobre las formalidades comunes a todo testamento, así como sobre las exigibles en algunos de ellos. En las secciones tercera a sexta se expone lo referente a los requisitos formales que la ley establece en particular para cada una de las clases de los testamentos ordinarios. Se examina en éstas, en la tercera el testamento en escritura pública, en la cuarta el cerrado, en la quinta el ológrafo y en la sexta los denominados testamentos especiales, que son en nuestro derecho el marítimo y el consular.

En cada una de las referidas secciones se ha concedido especial importancia al método de exposición y a la necesaria claridad de los conceptos. En cuanto a la investigación que sirve de base a este trabajo, ella comprende el examen de las disposiciones contenidas en el Código Civil y en otras leyes pertinentes, de la doctrina, de la jurisprudencia nacional y de la legislación comparada, cuyo estudio permite aportar al examen de algunos problemas nuevos criterios de solución.

Debido a la extensión del presente estudio, en este número de la Revista aparecen sólo las dos primeras secciones, precedidas de su correspondiente sumario, que es útil para dar al lector una idea exacta de su contenido. En el próximo aparecerán las cuatro restantes, precedidas asimismo por su respectivo sumario.

SECCIÓN PRIMERA

CUESTIONES GENERALES

SUMARIO:

1. Significado de la forma solemne en el testamento.— 2. Naturaleza jurídica de las formalidades testamentarias y criterios riguroso y liberal

en su interpretación.— 3. La nulidad formal del testamento en el Código Civil peruano. Sistema y disposiciones generales pertinentes.— 4. El art. 1123 inc. 3 C.C.— 5. El art. 1124 C.C. y diferencia que se advierte entre la nulidad formal notoria y la no manifiesta.— 6. Posible ejecución voluntaria de testamentos que adolecen de nulidad formal.— 7. La prescripción de la acción declarativa de nulidad por vicios de forma y el art. 1169 C.C.— 8. Explicación sobre el sentido de otras disposiciones generales relativas al tema.— 9. Clases de testamentos en el vigente Código Civil.— 10. Referencia a los testamentos suprimidos.— 11. Equivalencia legal de las diversas clases de testamentos permitidos por la ley.— 12. Libertad de elección por el testador.— 13. Formalidades comunes y particulares de los testamentos.— 14. Prueba del cumplimiento de los requisitos formales.— 15. Formalidades superfluas.— 16. Ley aplicable a la forma del testamento en el espacio.— 17. Ley aplicable a la forma del testamento en el tiempo.— 18. Aspecto formal de la prohibición del art. 757 C.C. de otorgar testamentos mancomunados.— 19. validez de los testamentos simultáneos.

1. SIGNIFICADO DE LA FORMA SOLEMNE EN EL TESTAMENTO.

La forma, en el testamento, es la manera como debe constar este acto jurídico, los requisitos externos mediante los cuales la expresión de la voluntad del testador adquiere valor legal. Solemne es, en derecho, el acto en que debe darse cumplimiento a determinadas exigencias de forma requeridas imperativamente por la ley y cuya inobservancia trae consigo la nulidad del acto. El testamento es un acto jurídico solemne porque para su validez se requiere que sea otorgado empleando alguna de las clases taxativamente señaladas por la ley y que en cada una de ellas se dé cumplimiento a las formalidades esenciales, generales y especiales, bajo sanción de nulidad. En el testamento la forma del acto es exigida *ad solemnitatem*, no sólo *ad probationem*, es decir, que es requerida para su solemnidad como única manera de probarlo y por lo tanto para la validez misma del acto y no sólo como un medio cualquiera de prueba. De tal modo que aunque se acreditara cuál fue la voluntad del testador, aun de manera fehaciente, pero sin haberse dado cumplimiento a las formalidades de ley, no habría testamento y tal voluntad sería ineficaz. En el testamento, la validez de la forma es el soporte jurídico de su contenido, de tal manera que la inobservancia de las formalidades respectivas trae consigo la nulidad absoluta y total no sólo del documento en que consta, sino también de su contenido, que es la expresión de voluntad del testador, esto es, del acto mismo.

Conviene explicar que la solemnidad del testamento, en el derecho actual, no consiste precisamente en la realización de ceremonia alguna sino, como ya ha sido explicado, en el cumplimiento a los requisitos formales establecidos por la ley bajo sanción de nulidad, de tal manera que tan solemne es, en nuestro derecho y en el de muchos otros países, el testamento otorgado en escritura pública, ante un notario y los testigos que la ley exige, así como el ológrafo que el testador otorga en privado y cuyos requisitos de forma propios consisten en que debe ser escrito, fechado y firmado de puño y letra del otorgante. En este caso, la autografía, la fecha y la firma son los requisitos de forma, formalidades o solemnidades de este testamento. La distinción entre testamentos solemnes y menos solemnes aplicada para distinguir los comunes de los especiales, proveniente de los Proyectos del jurista venezolano don Andrés Bello y que se encuentra en los Códigos Civiles de Chile, Ecuador, Colombia, Uruguay y Panamá, no se emplea en el Perú.

La forma solemne en el testamento tiene como fines esenciales que la justifican, garantizar la autenticidad del acto y proteger la libertad del testador. Es además útil para llamar la atención del otorgante sobre la importancia del acto que practica y para evitar que pueda confundirse un simple proyecto o borrador con el testamento mismo, que no es proyecto sino expresión formal de última voluntad del testador, aunque revocable en todo o en parte por éste cuantas veces lo desee mediante otro u otros testamentos, cuya eficacia jurídica estará siempre sujeta a las solemnidades de ley y protegida por éstas.

El riguroso formalismo testamentario tiene su origen en el derecho romano, perduró aunque con diferente fuerza a través de la evolución de éste, fue conservado en el derecho consuetudinario medioeval o intermedio en algunas regiones de Francia y en otros países, y su recepción en el derecho moderno se produjo en el Código de Napoleón, fuente de donde pasó a los Códigos Civiles de Europa y América Latina. Con respecto al sentido de esta exigencia formalista del derecho romano, que se presenta como opuesta a la libertad del testador, el sabio jurista alemán Rudolf von Ihering hizo notar la relación que en ese derecho existió entre formalismo y libertad, explicando que no obstante la contradicción aparente entre ambos conceptos, en realidad, cuando la ley exige la observancia de determi-

nadas formas para la validez del testamento, tal exigencia tiene precisamente como objeto proteger la libertad del testador. (1)

2. NATURALEZA JURIDICA DE LAS FORMALIDADES TESTAMENTARIAS Y CRITERIOS RIGUROSO Y LIBERAL EN SU INTERPRETACION.

Como la solemnidad del testamento, según lo ya explicado, consiste en la observancia de las formalidades que la ley establece para su otorgamiento y siendo éstas de diferente significación, conviene precisar si todas ellas tienen el mismo carácter de imprescindibles, en cuyo caso el incumplimiento de cualesquiera de ellas produce la nulidad de este acto jurídico, o si algunas deben ser consideradas esenciales y otras no.

El principio doctrinario clásico es que todas las formalidades testamentarias señaladas por la ley son esenciales. El Código Civil francés, que fue importante fuente de las codificaciones civiles latinoamericanas, lo declara así de manera terminante en su art. 1001 en el que, refiriéndose a las formalidades testamentarias que legisla prolijamente en dos secciones que contienen treinta y cuatro artículos, dice: "Deben ser observadas so pena de nulidad las formalidades a que están sujetos los diversos testamentos por las disposiciones de la presente sección y de la precedente". Igual rigor y parecida redacción se advierte en el art. 588 del Proyecto García Goyena, fuente del art. 687 del Código Civil español y en el art. 933 del Proyecto Acevedo, fuente a su vez del 830 del Código Civil uruguayo. Con el mismo criterio don Dalmacio Vélez Sársfield, en su nota al art. 3622 del Código Civil argentino, precepto en que se indica cuáles son las formas ordinarias de testar, explica que "las formalidades testamentarias no son prescriptas como pruebas sino como una forma esencial y la falta de una sola anula el testamento". Y en el art. 3632 de dicho Código se dice: "Las últimas voluntades no puede ser legalmente expresadas sino por un acto revestido de las formalidades testamentarias....." Al anotar este último dispositivo cita su autor, como fuentes doctrinarias, las obras de los grandes juristas franceses de la época.

(1) Rudolf von Ihering "El espíritu del derecho romano", trad., Madrid, 1904, tomo III, p. 178.

Esta teoría de la naturaleza jurídica esencial de todas las formalidades testamentarias, además de las citadas normas de la legislación comparada, en que se declara el principio, o que se sustentan en él, tiene vasto apoyo en la doctrina. No obstante, y sin dejar de reconocer sus sólidos fundamentos, es preciso advertir a la luz del derecho actual, que debe tratar de abrir camino a las soluciones justas, los inconvenientes prácticos de la rigidez de tal sistema que para muchos es dogma jurídico intangible. Conviene considerar los casos en que el intérprete de la ley, especialmente el magistrado, se encuentre frente a algunos testamentos en que no habiendo duda de que la voluntad del testador ha sido auténtica y libremente expresada en algunas de las formas reconocidas por la ley y siendo de justicia respetarla y hacerla cumplir, se vea ante el obstáculo de haberse incurrido, por descuido del Notario o por ignorancia del testador, en la inobservancia de alguna formalidad intrascendente.

En la legislación comparada es posible encontrar, aunque muy pocas, algunas concesiones tendientes a atenuar el rigor formalista. En Colombia, una reforma hecha al art. 1083 del C.C. de ese país, establece que cuando se omitiera una o más de las designaciones del art. 1073, del inc. 4 del 1080 y del inc. 2º del 1081 del mismo, "no será por eso nulo el testamento siempre que no haya duda acerca de la identidad personal del testador, notario o testigo". (Se refiere a formalidades tales como las señaladas en el art. 685 de nuestro Código Civil). Igual criterio se advierte en la segunda parte del art. 1084 del Código Civil del Ecuador y en la segunda parte del art. 1026 de Chile. En el Proyecto brasileño de 1965 se establece que "El testamento es nulo por inobservancia de cualquiera de las formalidades *esenciales*", reproduciendo así el término *esenciales* que el vigente C.C. del Brasil emplea en sus arts. 1632, 1638 y 1645 para las formas ordinarias de los testamentos y no para las especiales. En el Código Civil italiano el art. 606 establece, finalmente, una franca clasificación entre defectos de forma que producen la nulidad, tales como la falta de la autografía o de la firma en el caso del testamento ológrafo, o la redacción por escrito, por parte del Notario, de las declaraciones del testador o la firma del uno o del otro en el caso del testamento por acto de Notario, y los demás defectos de forma del testamento, los cuales no producen nulidad, sino que son causa de anulabilidad mediante acción que prescribe a los cinco años.

En el Código Civil alemán existe una disposición, el art. 2084, que dice así: "Si el contenido de una disposición de última voluntad admite diversas interpretaciones, en la duda se dará preferencia a aquélla que le permita surtir efectos". Esta norma, obviamente, se refiere al contenido y no a la forma. No obstante, más adelante se apreciará cómo, juristas tan eminentes como Dernburg y Danz, la invocan para justificar la aplicación de un criterio liberal en la interpretación del valor de las formalidades testamentarias.

Preciso es reconocer, no obstante, la dificultad de hacer flexible el sistema de la interpretación de las normas referentes a las formalidades de los testamentos, mediante una norma legal específica.

Donde la distinción puede y debe hacerse, para determinar cuándo la inobservancia de los requisitos formales del testamento produce inexorablemente la nulidad del acto y en qué casos deberá atenuarse este rigor para abrir camino a la solución justa del caso, es en la doctrina, que debe señalar las directivas y en la jurisprudencia a la que corresponde llevarlas a la realidad.

En efecto, las disposiciones legales referentes a las formalidades testamentarias, como todas las normas jurídicas positivas pueden ser interpretadas, en los casos de duda, con arreglo a dos criterios: uno riguroso, estrictamente ceñido al texto de la ley, y otro liberal y flexible que valiéndose de los recursos que ofrece la técnica de la interpretación, dé a la norma jurídica, frente al caso planteado, la aplicación que esté más de acuerdo con la justicia, que debe ser el supremo valor en la interpretación y aplicación de las leyes.

Me referí al tema en trabajo anterior, examinándolo desde el punto de vista del respeto que merece la voluntad del testador (2). Sostengo, de acuerdo con las ideas expresadas entonces, la necesidad de señalar en la doctrina una orientación más

(2) "La voluntad en el testamento". En la Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1970, Nos. I y II de la Revista, Nº 2 del trabajo.

realista y justa, acorde con las más avanzadas tendencias del derecho, con el fin de que los escrúpulos de un exagerado respeto por las minucias formalistas no impidan la eficacia de las disposiciones de última voluntad, siempre que sea indudable la autenticidad del testamento, la libertad con que procedió el testador, la legalidad de sus disposiciones y el cumplimiento de los requisitos esenciales del acto.

Reproduzco en la nota de esta página las citas que hice en aquella oportunidad, de las opiniones conformes sobre el particular del Profesor alemán Erich Danz, del francés Louis Josserand y de los argentinos Guillermo A. Borda y Salvador Fornieles, a cuyas citas agrego las del Profesor español Federico Puig Peña y del costarricense Brenes Córdoba, (3). Esto prueba que en la doctrina de diversos países, y sostenida por juristas de notorio mérito, se abre paso la tendencia liberal en la interpretación del formalismo testamentario.

Entre las opiniones de los mencionados juristas, considero de especial interés transcribir las siguientes:

El Profesor Erich Danz, quien fue profesor de la Universidad de Jena, explica que "también los preceptos de forma, aun los llamados imperativos, necesitan ser interpretados y esta interpretación ha de ser restrictiva y más aun en materia de disposiciones de última voluntad en que el art. 2084 (del B.G.B. ya citado en el párrafo anterior) ordena al Juez expresamente velar en lo posible por la efectividad de lo dispuesto, y como la inobservancia de la forma prescrita acarrea la nulidad de la disposición, el Juez que quiera atenerse al art. 2084 deberá interpretar todo precepto de forma restrictivamente, es decir, exigir el minimum posible de requisitos de forma cuando de la norma legal no aparezca claro cuál es la forma exigida. Citando al ilustre pandectista Dernburg, dice: "Es por tanto un augusto deber de los tribunales el velar del mejor modo posible por la efectividad de estas disposiciones de última voluntad y el ampararlas y garantizarlas" y agrega "La forma no debe exaltarse jamás a un fin en sí y los preceptos formales no tienen razón alguna de ser cuando carecen de una base material" "El fin de estos preceptos de forma no es el restringir ni poner trabas a este derecho individual... sino determinar qué declaraciones revelan la vo-

(3) Danz "La interpretación de los negocios jurídicos", trad., Madrid, 1955, cap. XX; Josserand, "La dessolennization du testament" en el Recueil de Dalloz, París, 1932 p. 73 de la crónica; Borda "Tratado de Derecho Civil argentino" Sucesiones. T. II, 3ª ed., Bs. As. 1970, Nº 1120. Fornieles, "Tratado de las Sucesiones", T. II, 4ª ed., 1958, Nº 324. Puig Peña, "Tratado de Derecho Civil español" tomo V, Sucesiones, vol. I, Madrid, 1954, cap. VII p. 151; Brenes Córdoba, citado por el Dr. Emilio F. Valverde en "El Derecho de Sucesión en el Código Civil peruano" tomo I, Lima 1951, p. 347.

luntad definitiva del testador... estos mismos preceptos de forma no se proponen, pues, otra cosa, que garantizar la efectividad de lo que el testador acordó al disponer de sus bienes, y su interpretación como la de toda declaración de voluntad, no debe olvidar nunca el fin que tales preceptos se proponen...." "Cuanto está comprobado que el documento que se tiene delante encierra realmente la última voluntad del testador, la observancia de la forma no tiene ya de por sí ninguna razón de ser, puesto que el fin que persigue la forma, que es el de garantizar esta voluntad en el caso concreto, se ha alcanzado por otro camino. La imposición de la forma se explica, únicamente, por lo difícil que es, normalmente, llegar a tal conclusión. Por tanto, el testamento deberá estimarse válido con arreglo al art. 2084 del Código Civil, aunque presente defectos de forma, siempre que se compruebe que en el documento se contiene la voluntad del testador" (4).

El Prof. Guillermo A. Borda, ex-Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Buenos Aires y Profesor Titular de la materia en la Universidad Católica argentina y en la Facultad de Derecho del Salvador, comentando las opiniones de Danz y Fornieles, así como la jurisprudencia argentina, termina diciendo al respecto:

"La nulidad no debe declararse sino cuando se han omitido aquellas formalidades que sirven para asegurar la verdad y autenticidad del acto, sin que el Juez deba hacer de cada palabra, de cada coma de la ley, una trampa en que naufraguen la voluntad del causante y los derechos de los beneficiarios" (5).

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, propugno, en la interpretación de las disposiciones legales referentes a los requisitos de forma del testamento, y siempre que ello fuera posible y conveniente a la justa solución del caso, que éste sea resuelto en favor de la validez del testamento. Es la aplicación en la interpretación del formalismo testamentario, de la regla *favor testamenti*, que se emplea en la de su contenido. Ello guarda armonía con el método positivo de interpretación preconizado por el Prof Gény que representa la atenuación del rigorismo lógico de la ley para atender a la equidad que requiere la solución del caso, y la conciliación de la severidad de la ley, que debe ser respetada, con la justicia que debe lograrse mediante la interpretación de la norma jurídica, criterio que fue expresado por el Prof. von Ihering en su célebre frase: "Por el Código Civil, pero más allá del Código Civil". (6)

(4) Danz. Ob. cit. § 31, Nº 7 y nota 31.

(5) Borda, Sucesiones, ob. cit., Tomo II, Nº 1130.

(6) Francois Gény, "Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo". trad., Madrid, 1925; Rudolf von Ihering, "La lucha por el derecho".

3. LA NULIDAD FORMAL DEL TESTAMENTO EN EL CODIGO CIVIL PERUANO: SISTEMA Y DISPOSICIONES PENALES PERTINENTES.

Carece nuestro Código Civil de disposición específica en que se declare que la inobservancia de los requisitos formales exigidos para el testamento produce la nulidad de este acto jurídico, norma que se encuentra expresamente indicada en los Códigos Civiles de algunos países, tales como los de Francia, art. 1001; España, 687; Italia, 606 Ia. parte; Argentina, 3630 y Uruguay, 830. También existe precepto especial al respecto en anteproyectos y proyectos de tanto interés como son los siguientes: a) El Proyecto español de García Goyena, art. 588 y el uruguayo de Acevedo, art. 933, que son los antecedentes de las citadas disposiciones de los correspondientes códigos; b) El Anteproyecto argentino Bibiloni, art. 3191; el Proyecto de Código Civil del mismo país, de 1936, art. 2027, y el Anteproyecto paraguayo de Gásperi, art. 3336, fórmulas que son variantes de la ya mencionada de Vélez Sarsfield, y c) El Anteproyecto brasileño Gomes, de 1963, y el Proyecto de Código Civil del mismo país, de 1965, en cuyo art. 748, Ia. parte, se declara: "El testamento es nulo por inobservancia de cualquiera de sus formalidades *esenciales*".

En la sistemática de nuestro referido Código, la nulidad formal del testamento proviene de aplicar a este acto una disposición general sobre la nulidad formal de los actos jurídicos, que es el art. 1123 inc. c, sistema que es empleado actualmente por el vigente Código Civil del Brasil, art. 130, por el alemán, art. 125 y por el de Portugal, art. 220.

Ello hace necesario explicar aquí, como antecedente de las disposiciones generales pertinentes, el sistema general de las nulidades según nuestro Código Civil, que será expuesto brevemente en los párrafos siguientes:

a) *El acto jurídico es nulo, esto es, adolece de nulidad absoluta*, cuando ha sido practicado por persona absolutamente incapaz, cuando su objeto fuese ilícito o imposible, cuando no revistiese la forma prescrita por la ley, salvo que ésta establezca sanción diversa, y cuando la ley lo declare nulo. (art. 1123).

b) *El efecto propio de la nulidad absoluta* es la ineficacia del acto, *ipso jure* y *ab initio*, de acuerdo con su origen en

la nulidad civil romana. Para los casos en que se pretendiera hacer valer el acto nulo, el art. 1124 dispone que la nulidad puede ser invocada por quienes tengan interés y por el ministerio fiscal cuando le corresponda intervenir y que puede ser declarada por el juez *cuando resulta manifiesta*. No ha sido previsto expresamente el caso en que la nulidad formal del acto jurídico, considerada siempre como absoluta dentro del sistema de nuestro vigente Código Civil, no esté de manifiesto, sino que sea debida a circunstancias cuyo esclarecimiento requiera de prueba en juicio y por consiguiente, sea susceptible de controversia y necesite, para ser efectiva, de sentencia declarativa de tal nulidad. Esto será examinado, en relación con el testamento, en el N° 5. En su parte final, el mismo citado art. 1124 establece que la nulidad no puede subsanarse por la confirmación.

c) *El acto jurídico es anulable*, según el art. 1125 del mismo Código, por incapacidad relativa del agente y por los vicios del consentimiento: error, dolo, violencia, simulación y fraude.

d) *En cuanto a los efectos de la anulabilidad*, o nulidad relativa, de acuerdo con su fuente que se encuentra en la nulidad romana pretoriana, se caracteriza principalmente porque opera sólo por vía de acción. El art. 1126 establece que estos actos sólo se tendrán por nulos desde el día en que quede ejecutoriada la sentencia que los invalide, y que tal nulidad no puede ser alegada por otras personas que aquéllas en cuyo beneficio la hubiere establecido la ley. Según el art. 1132 el acto anulable puede ser confirmado, salvo el derecho de tercero.

e) Fundamentando, e indicando la fuente inmediata del expresado sistema, el ponente de las citadas disposiciones Dr. Manuel Augusto Olaechea, se refirió a la teoría de la nulidad de los actos jurídicos en el derecho romano, a la doctrina francesa sobre el particular y al vigente Código Civil del Brasil, de 1916, expresando, finalmente, lo siguiente: "La doctrina francesa sobre la nulidad es simple y clara. Distingue dos clases de nulidad: la que tiene por principio el interés público, —nulidad absoluta—, y la que se concede en favor de ciertas personas o intereses, nulidad relativa. Este sistema es el que sigue con ad-

mirable netitud el codificador brasileiro y por el cual me decido sin trepidar". (7)

Dentro del referido sistema, las disposiciones generales de nuestro Código Civil aplicables a la nulidad del testamento por inobservancia de sus requisitos de forma, o que son pertinentes, son los arts. 1123 inc. 3, 1124, 1075, 1122, 1131 y 1169, todos los cuales se encuentran ubicados en el Libro Quinto del Código en que se legisla sobre el Derecho de obligaciones, y dentro de la Sección Primera, que contiene las normas sobre los actos jurídicos. En los siguientes numerales de este trabajo será examinado cada uno de ellos, para precisar su sentido en relación con el tema.

4. EL ART. 1123 INC. 3 C.C.

El Código Civil declara en su art. 1123, que: *El acto jurídico es nulo: 3º Cuando no revistiese la forma prescrita por la ley, salvo que ésta establezca una sanción diversa.*

En nuestro derecho *es nulo* el testamento cuando no revistiese la forma prescrita por la ley, por aplicación de la regla general contenida en este precepto, siendo inaplicable a dicho acto jurídico la salvedad que el mismo dispositivo contiene en su parte final, porque para el incumplimiento de las formalidades esenciales del testamento nuestra ley no establece sanción diversa de la nulidad y porque, según la doctrina ya explicada, el testamento es un acto cuyas formalidades son establecidas *ad solemnitatem*, esto es, como indispensables para la validez del acto y cuya omisión o infracción traen consigo su nulidad.

Esta norma carece de precedente en nuestro derecho anterior y su fuente se encuentra en el art. 130 del Código Civil del Brasil, que está inspirado a su vez en el art. 125 del Código Civil alemán. Al respecto es interesante hacer notar que en el referido Código brasileño, existen sobre el particular dos reglas, ambas generales y concordantes, pero de diferente texto y por consiguiente de diversa precisión con respecto al tema. Una de

(7) Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano, 4º fasc., 2a. éd., Lima, 1928, p. 237.

ellas es el citado art. 130, que se encuentra en el capítulo relativo a la forma de los actos jurídicos y que dice: "No vale el acto que deje de revestir la forma especial determinada en la ley, salvo cuando ésta contiene sanción diferente contra la preterición de la forma elegida". La otra, que está ubicada en el capítulo referente a la nulidad de los actos jurídicos, es el art. 145, que declara: "Es nulo el acto jurídico: III. Cuando no revistiese la forma prescrita por la ley; IV. Cuando fuera preterida alguna solemnidad que la ley considere esencial para su validez". Como puede advertirse, nuestros codificadores eligieron la fórmula del art. 130 cuya aplicación al testamento requiere de la explicación ya hecha sobre la inoperancia de la salvedad que contiene, y desecharon la del art. 145 incisos III y IV, cualquiera de los cuales es de más precisa aplicación a la nulidad del testamento por inobservancia de sus requisitos de forma, siendo indudablemente preferible la segunda de estas últimas, es decir, la contenida en el art. 145 inc. IV, que introduce el concepto de *solemnidad esencial*, muy valioso en este caso, tanto así que el Proyecto brasileño de 1965 en su art. 748, I.a. parte, lo aplica específicamente al testamento. Tal fórmula es acertada, en efecto, por conciliar, en el caso del testamento y en el de cualquier otro acto jurídico solemne, el rigorismo formalista de la ley con el criterio liberal de su interpretación, asunto que fue tratado en el N° 2.

5. EL ART. 1124 C.C. Y DIFERENCIA QUE SE ADVIERTE ENTRE LA NULIDAD FORMAL NOTORIA Y LA NO MANIFIESTA.

En el art. 1123 del Código Civil se enumera cuáles son las causales de nulidad absoluta del acto jurídico, como ya fue indicado en el N° 3, párrafo a). Una de ellas la del inciso 3° de dicho artículo es, "cuando no revistiese la forma prescrita por la ley, salvo que ésta establezca una sanción diversa", norma cuya explicación ha quedado hecha en los numerales anteriores, 1 al 4, especialmente en este último.

El art. 1124 del mismo Código, reseñado también en el N° 3 párrafo b) de este trabajo, dice lo siguiente: *La nulidad a que se refiere el artículo. anterior puede ser alegada por los que tengan interés y por el ministerio fiscal siempre que le corresponda intervenir. Puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta. No puede ser subsanada por la confirmación.*

Este precepto se refiere al funcionamiento de la nulidad absoluta en los actos jurídicos en general y en el supuesto a que se alude, y es aplicable a los testamentos nulos por inobservancia de los requisitos de forma, según lo establecido en el inc. 3 del art. 1123. Conviene examinarlo cuidadosamente para precisar su sentido.

En nuestro derecho, el art. 1124 C.C. tiene como precedentes el art. 2278 del C.C. anterior, aunque éste se limitaba a los contratos, y el art. 1116 del Proyecto, y como concordancias, además del ya citado art. 1123, el art. IV del Título Preliminar, los arts. 134, 1078 y 1169 del mismo Código y los arts. 404 y 663 2a. parte del Código de Procedimientos Civiles. En la legislación comparada tiene como referencias el art. 146 del Código Civil brasileño, que es su fuente, y los arts. 1047 del C.C. argentino, 1683 del chileno, 1742 del colombiano y 1561 del uruguayo. Son, asimismo, de contenido y redacción similar, el art. 205 del Proyecto argentino de 1930 y el art. 687 del Anteproyecto para guayo de Gásperi, de 1964.

El examen del texto mismo y de las concordancias y referencias del artículo comentado permite advertir claramente, aunque el precepto no lo diga de manera expresa, que con respecto a la nulidad por inobservancia de los requisitos de forma, de los actos jurídicos en general y del testamento en especial, es preciso distinguir en la realidad dos situaciones diferentes, a saber:

I. En algunos casos, la inobservancia de las formalidades legales en que se ha incurrido *está de manifiesto*, es ostensible y notoria, está patente en el instrumento en que consta el acto. Tal ocurriría, por ejemplo, si en el testamento otorgado por escritura pública, o en la cubierta del cerrado, no aparecieren interviniendo los testigos que la ley exige, o si el testamento el que se pretende hacer valer como ológrafo no estuviere firmado por su otorgante. Es obvio que en tales casos no sería necesaria ni siquiera resolución judicial. Pero como aun en estos supuestos, de notoria infracción de las formalidades de ley y de nulidad absoluta indudable, puede ocurrir que alguien, por ignorancia o malicia, pretenda hacer valer el acto nulo, el artículo comentado ha previsto tal situación declarando que la nuli-

dad *puede ser declarada de oficio por el juez cuando resulte manifiesta*. Obsérvese que sólo en estos casos, en que la inobservancia de los requisitos de forma se encuentra manifiesta, la nulidad absoluta del testamento por esta causal opera de pleno derecho, por sí misma o declarada de oficio, sin necesidad de tener que seguirse para ello una acción judicial. Estos son casos de verdadera e indiscutible nulidad absoluta, en la doctrina, en la ley y en la práctica.

I. Una situación diferente de la anterior se presenta en la realidad cuando la inobservancia de los requisitos formales del testamento *no está manifiesta*, sino que proviene de circunstancias que requieren de valoración judicial, de hechos que necesitan ser debidamente acreditados en juicio y que son, desde luego, controvertibles, en cuyo caso, la nulidad no puede operar como el supuesto anterior, sino que se requiere de la acción judicial en que se demande y pruebe y de la sentencia en que se declare. Tales serían los casos, por ejemplo, en que con respecto a un testamento otorgado por escritura pública o cerrado se adujera que no es cierto que los testigos cuyas firmas aparecen estuvieron presentes en el acto, como lo impone la ley, porque alguno o algunos de ellos se encontraban en la fecha correspondiente ausentes del lugar en que fue otorgado el testamento. O bien el testamento ológrafo con respecto al cual se afirme, con fundamento desde luego, que la letra con que está escrito no es la del testador, sino que ésta ha sido falsificada. Tales hechos requieren, indudablemente, de la prueba en juicio. Es elemental afirmar que en estas situaciones la pretendida nulidad no puede operar de pleno derecho, ni tampoco ser declarada de oficio como ocurre cuando resulta manifiesta y según el art. 1124 y lo explicado en el párrafo anterior. Será indispensable la acción judicial, la prueba correspondiente y la sentencia declarativa de la nulidad. Los únicos caracteres comunes entre la figura jurídica a que se refiere este segundo párrafo y la explicada en el anterior son, el haberse incurrido en inobservancia de los requisitos esenciales de forma en un acto solemne, contraviendo disposiciones imperativas de la ley y haberse producido, como consecuencia de ello, la nulidad *ab initio* del acto. Pero el mecanismo por el cual dicha causa ha producido el referido efecto es, como fácilmente se observa, completamente diferente.

Por estas consideraciones y sin dejar de reconocer la complejidad de la teoría de las nulidades en la doctrina, sus diversos sistemas y su variada terminología, me permito hacer notar, en las situaciones concretas cuya diferencia ha sido examinada, la necesidad de tenerlas presentes, no sólo en la práctica profesional, sino también en la posible reforma legislativa, que deberá estar de acuerdo con la realidad. No veo, en efecto, inconveniente alguno para que la inobservancia de los requisitos esenciales de forma del testamento y de los demás actos jurídicos solemnes, ya que presenta dos formas, una en que opera de pleno derecho y otra en que lo hace por vía de acción, constituya en el primer caso un *acto nulo* y en el segundo un *acto anulable*.

Invoco, en respaldo de esta opinión, algunos ejemplos tomados de la legislación comparada. Uno de ellos lo constituye el sistema del Código Civil argentino, que conteniendo artículo similar al 1124 materia de este comentario, que en ese Código es el 1047, distingue los casos en que la inobservancia de los requisitos formales constituye una verdadera nulidad, por aplicación del art. 1044, de aquellos otros en que es causal de anulabilidad, por aplicación del art. 1045 del mismo Código. Igual sistema se sigue, con variantes de numeración y redacción en los tres dispositivos citados, en el Anteproyecto Bibiloni, y en el Proyecto de Código Civil del mismo país, de 1936, en que los artículos correspondientes son el 205, equivalente a nuestro art. 1124, el 203 inc. 4 en que la inobservancia de la forma prescrita es causal de nulidad y el art. 204, inc. 4 en que la misma circunstancia es causal de anulabilidad. Asimismo, es valioso al respecto el Anteproyecto paraguayo del Prof. Luis de Gásperi, de 1964, en que las mismas disposiciones ya reseñadas, llevan en éste los números 687, 675 y 676. Finalmente, vuelvo a citar el Código Civil italiano, en su art. 606 al que ya me referí antes, en que distingue perfectamente, y con referencia específica al testamento, el caso en que este acto es nulo, por omisión de formalidades a las que se refiere el párrafo primero de dicho dispositivo que son de naturaleza esencial y cuya infracción es de carácter notorio, del caso en que dicho acto es anulable por cualquier otro defecto de forma; como lo establece el segundo párrafo de la misma disposición.

6. POSIBLE EJECUCION VOLUNTARIA DE TESTAMENTOS QUE ADOLESCEN DE NULIDAD POR DEFECTOS DE FORMA.

Acerca de la nulidad formal del testamento, sea ésta manifiesta o no, es de interés examinar la siguiente cuestión: ¿Pueden los sucesores, conociendo los defectos de forma de que adolece el testamento de su causante, darle ejecución voluntaria? Este problema tiene, en mi concepto, dos posibles soluciones:

La primera, que es negativa, proviene de interpretar el art. 1135 C.C. referente a la confirmación de los actos jurídicos, concordándolo con el art. 1124 *in fine*, relativo a los efectos de la nulidad absoluta, aplicando rígidamente la doctrina clásica. En efecto, el citado art. 1135 expresa: *La confirmación que resulta de la ejecución deliberada, total o parcial, del acto sujeto a una acción de nulidad excluye el ejercicio de esta acción*, y el art. 1124, sobre la nulidad absoluta, dice en su frase final que ésta: *no puede subsanarse por la confirmación*. De esta concordancia resulta que la confirmación a que se refiere el art. 1135 es posible sólo con respecto a los actos anulables, no con respecto a los nulos en cuyo caso se encuentra, por lo dispuesto en el comentado art. 1123 inc. 3, el testamento en cuyo otorgamiento se incurrió en inobservancia de alguna formalidad legal, y que por consiguiente los sucesores, aun estando de común acuerdo, no podrían dar ejecución válida a la voluntad testamentaria de su causante o que, por lo menos, tal ejecución no se consideraría como una confirmación. Además, se dirá, la confirmación de los actos jurídicos sólo puede hacerse por su otorgante y éste, que en el presente caso es el testador, ha fallecido ya.

La segunda interpretación, en favor de la cual opino, no está basada en el rigorismo formalista, ni en la doctrina clásica, sino que pretende abrir camino a la solución, de orden ético y práctico a la vez, que consiste en que los sucesores cumplan la voluntad de su causante, que los hijos respeten la voluntad testamentaria de sus padres, dando cumplimiento, siempre que ello fuere posible, a la voluntad del testador. En relación con el caso planteado, la solución consistirá en hacer los sucesores división y partición contractual de acuerdo con la voluntad de su causante, aun cuando ésta fue expresada en testamento nulo por defecto de forma, que es el supuesto del caso.

El correspondiente contrato de división y partición, *acto jurídico independiente* y que sería otorgado conforme a ley, tendría plena eficacia, dejando siempre a salvo los derechos de terceros. Ahora bien, ¿podrán los otorgantes de este acto impugnar con éxito el testamento al que de esta manera dieron voluntario cumplimiento? En mi concepto, no. Esta solución me parece justa y como lo dije ya, más práctica. También está en armonía con la tesis que propugno más adelante, de superar, hasta donde fuere posible, el rigorismo formalista, abriendo paso a las soluciones que se ajusten mejor a la justicia y a la realidad. Además, me remito al art. 590 del moderno Código Civil italiano y a la doctrina. (8)

7. EL ART. 1169 Y LA NULIDAD POR VICIOS DE FORMA.

Otro punto, que es también de interés al respecto, consiste en precisar si con respecto a los testamentos que adolecen de inobservancia de los requisitos formales es o no aplicable el art. 1169 de nuestro Código Civil, que dice: *La acción de nulidad de un acto o contrato prescribe a los treinta años*. Dejamos a salvo la facultad de los herederos, según lo explicado en el párrafo anterior, de dar ejecución al testamento formalmente defectuoso, mediante acto independiente. El supuesto en este párrafo es, por el contrario, que no hay acuerdo de voluntades entre los sucesores y que, por haber transcurrido treinta años desde la fecha de un testamento que adolece de defectos esenciales se trate de hacerlo valer, pretendiéndose convalidar tales vicios por el transcurso del tiempo propio de la prescripción extintiva de la acción de nulidad. Para resolver este caso debemos recor-

(8) Opiniones conformes, en la doctrina italiana: Azzariti-Martínez, "Successione per causa di morte e donazione", Padova, 1959, n° 302; Antonio Cicu, "El testamento", trad., Madrid, 1959, cap. III n° 6; F. Messineo, "Manual de Derecho Civil y Comercial", trad. Bs. Aires, 1956, t. VII § 187, n° 10. En la doctrina argentina: Salvador Fornieles, "Derecho de las Sucesiones", 4ª ed., Bs. Aires, 1958, t. II, n° 327; Guillermo A. Borda ob. cit., Sucesiones, t. II, n° 1146. En el mismo sentido se ha pronunciado la jurisprudencia francesa citada por Louis Josserand, "Derecho Civil", trad., Bs. Aires, 1952, t. III, nos. 1295 y 1296, aunque la opinión de este jurista es contraria, pues con respecto a los testamentos nulos por defectos de forma se adhiere a la teoría de Aubry et Rau que los considera actos inexistentes. Ripert-Boulangere en su "Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol", trad., Bs. Aires, 1965, t. X, vol. I, N° 2094, se refieren a la misma jurisprudencia, citando otras sentencias de la Corte de Casación en igual sentido pero al opinar al respecto exigen, como condición para que la ratificación tácita tenga eficacia, que los ejecutores conozcan la causa de la nulidad.

dar lo expuesto en los párrafos I y II del N° 5. En efecto, vuelvo a hacer la ya explicada distinción, entre nulidad formal manifiesta y nulidad formal oculta, ambas de naturaleza absoluta de acuerdo con nuestro Código Civil, para opinar que en el primer caso, de nulidad formal notoria de un testamento, debe considerarse inoperante el referido art. 1169 C.C., por las razones que luego daré, y que en el segundo caso, de nulidad formal oculta, que requiere ser demandada, probada y declarada en juicio, es aplicable dicho precepto.

En cuanto a lo primero, si se trata de un acto ostensiblemente nulo, que debe reputarse que no ha existido nunca, y que en tan dilatado lapso, de treinta años contados desde su otorgamiento, no ha producido tampoco efecto alguno, parece evidente que no por haber transcurrido ese tiempo convalide sus notorios vicios de forma, reviva y se convierta de inválido en válido e inimpugnable. Invoco al respecto la autorizada opinión de Josserand, quien inspirado sin duda en la teoría francesa de los actos inexistentes y refiriéndose al art. 2262 del Código Civil de su país, similar al art. 1169 del nuestro, dice: "Sería profundamente chocante que un testamento falsificado o redactado por una mano, por una voluntad extraña, pudiera adquirir alguna vez autoridad y sin embargo se llega al reconocimiento de tal autoridad al admitir, después de treinta años, la extinción de la acción de nulidad" (9). Apliquemos el mismo razonamiento al testamento que adolece de nulidad absoluta notoria, como sería el que, pretendiendo serlo en escritura pública, carece de requisitos de forma esenciales como la intervención del Notario o de testigos, acto viciado de nulidad *ab initio*, que no ha existido nunca, que no ha llegado a existir. Es aquí, además, aplicable una sabia regla del jurisconsulto romano Paulo, que dice: *Quod ad initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere*. (10)

En cambio, en el segundo caso, si la nulidad formal no es notoria y se requiere para acreditarla y obtener su declaración, de una acción judicial, es indudable que tal acción de nulidad podrá funcionar dentro del plazo señalado por el art. 1169 C.C.

(9) Louis Josserand "Derecho Civil", t. III, vol. III, trad., Bs. Aires, 1952, N° 1296.

(10) Digesto, libro L, tit. XVII, ley 29. Nuestro C.C., que no admite que el acto nulo pueda ser convalidado por la confirmación, (art. 1124 in fine), permite no obstante que pueda serlo por la prescriptibilidad de la acción de nulidad, según el referido art. 1169, lo cual es contrario a la mejor doctrina, que es la inspirada en el citado aforismo.

8. EXPLICACION SOBRE EL SENTIDO DE OTRAS DISPOSICIONES GENERALES RELATIVAS AL TEMA.

Me refiero a los siguientes artículos del Código Civil:

Art. 1075. Para la validez del acto jurídico se requiere agente capaz, objeto lícito y observancia de la forma prescrita, o que no esté prohibida por la ley.

Con respecto a esta disposición, cuya fuente se encuentra en el art. 82 del Código Civil del Brasil, conviene hacer notar que, en lo referente a las formalidades testamentarias, es aplicable sólo en la parte en que exige *observancia de la forma prescrita*, como corresponde en los actos jurídicos solemnes, no así su última frase que, concordante con el art. 1122, que inserto a continuación, se refiere a los actos no solemnes.

Art. 1122. Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.

Este precepto está tomado del art. 974 del Código Civil argentino. Su sentido, en el derecho peruano y en relación con el testamento, es que habiendo designado nuestra ley para dicho acto jurídico formas específicas, el testador no puede emplear otras.

Art. 1131. No debe confundirse el acto con el documento que sirve para probarlo. Puede subsistir el acto, aunque el documento se declare nulo por cualquier defecto.

Inserto, finalmente, este artículo cuyas fuentes se encuentran en el art. 1233 del derogado Código Civil peruano de 1852 y en el 152 del Código Civil brasileño de 1916, sólo para explicar que es *total y absolutamente inaplicable al testamento* y evi-

tar de esta manera que pueda incurrirse en error en cuanto a su alcance. La advertencia es necesaria, porque en su texto y tal como ocurre en sus citadas fuentes, no se ha cuidado de expresar una limitación muy importante, inherente a su naturaleza, y que consiste en que *tal norma se refiere y es aplicable únicamente a los actos jurídicos no solemnes, cuyos requisitos de forma son sólo ad probationem, y por consiguiente no es aplicable al testamento.*

En efecto, en los actos jurídicos solemnes, como el testamento, y con arreglo a la doctrina ya explicada, la nulidad de la forma trae consigo la del contenido, la validez del acto depende de la validez formal del documento que sirve para probarlo y no puede subsistir el acto si tal documento se declara nulo por vicios de forma, siendo en este caso exacto el adagio latino que dice: *forma dat esse rei.*

9. CLASES DE TESTAMENTOS EN EL VIGENTE CODIGO CIVIL.

En cuanto a su forma los testamentos son de dos clases, a saber:

A) COMUNES U ORDINARIOS, que pueden ser otorgados normalmente en cualquier circunstancia y que en nuestro derecho son los siguientes:

1º *El otorgado en escritura pública*, por el testador ante un notario y tres testigos. En la legislación comparada se le denomina también público, por acto público, abierto, o auténtico. Será estudiado en la Sección Tercera de este trabajo.

2º *El cerrado*, en que la voluntad del testador está expresada en un pliego contenido en un sobre o envoltura que el otorgante entrega al notario ante cinco testigos, con el fin de que autentique la cubierta mediante un acta que dicho funcionario extiende en ésta y en su registro. Es también testamento notarial, al que en otros países se da, además, los nombres de secreto o místico. Será examinado en la Sección Cuarta.

3º *El ológrafo*, que es el otorgado en privado, y, como se ha expresado ya, escrito, fechado y firmado de puño y letra por el otorgante, sin requerirse intervención notarial ni de testigos. Lo referente a este testamento será tratado en la Sección Quinta.

B) **ESPECIALES**, que son los otorgados sólo en ciertas circunstancias, y que en nuestro derecho son:

4º *El marítimo*, o de los navegantes, que puede ser otorgado a bordo de los buques en navegación, ante el Capitán o ante quien tuviere el mando de la nave. Entre los testamentos autorizados por las leyes peruanas, éste es el único que tiene el carácter de privilegiado o de emergencia, por cuyo motivo su vigencia está limitada en el tiempo, pues sólo es válido si el testador fallece en el viaje o dentro de los treinta días de su llegada al puerto de su destino. Sobre esta clase de testamento se tratará en la Sección Sexta.

No existe en nuestro derecho el testamento aéreo o aeronáutico, que aparece en los modernos proyectos legislativos extranjeros, tales como el Proyecto de Código Civil del Brasil de 1965, art. 744.

5º *El consular*, es el testamento que los peruanos podemos otorgar en el extranjero ante el Cónsul del Perú y conforme a las leyes peruanas. Como el Cónsul desempeña en tales casos las funciones de un Notario, este testamento podrá ser otorgado ante aquél en escritura pública o cerrado, perteneciendo por consiguiente, en cuanto a su forma, a las clases 1 o 2 ya indicadas, pues son esencialmente testamentos ordinarios. No obstante, le asigno aquí al testamento consular la condición de especial, siguiendo la tendencia predominante en la doctrina y en la legislación comparada, cuyo origen puede verse en el art. 563 del Proyecto García Goyena, y atendiendo a las particularidades que presenta este testamento, que son la de otorgarse en el extranjero, a que no actúa un Notario sino un Cónsul, aunque investido de funciones notariales y a que en los testimonios que expida, si es en escritura pública, o en el acta de la cubierta, si es cerrado, la firma del Cónsul ante quien se otorgó el testamento en el primer caso, o que lo autoriza en el segundo, requiere de la legalización del Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú. Sobre este testamento se tratará en la ya citada Sección sexta.

Conviene tener presente, además, que nuestro Código Civil, al declarar en el art. XX de su Título Preliminar que la forma de los actos jurídicos se rige por la ley de lugar en que se otorgan, permite admitir la validez formal de los testamentos otorgados por peruanos o extranjeros en países extranjeros, con arreglo a las leyes del respectivo país, y ante los funcionarios del mismo. Estos testamentos serán comunes o especiales, según la nomenclatura que con arreglo a su naturaleza y a dichas leyes les corresponda. Se refiere a ellos el N° 15 de esta Sección.

10. REFERENCIA A LOS TESTAMENTOS SUPRIMIDOS.

A) *El testamento militar.*

Este testamento, omitido en el vigente Código Civil de 1936, y que es de los denominados especiales o privilegiados, es el que se permite otorgar en campaña a los miembros de la fuerza armada, fuerzas policiales y prisioneros de guerra, y consiste en expresar el testador su última voluntad ante un oficial y dos testigos. Puede ser verbal o escrito y en todo caso se hace constar debidamente y se envía al Cuartel General respectivo. Si el testador ha fallecido, los interesados pueden solicitar su protocolización dentro de un breve término. Tiene su origen en el testamento *in proscinctu*, del derecho romano y es admitido, con diversas variantes, en los Códigos Civiles de varios países. (11)

No contiene nuestro vigente Código Civil disposición alguna que autorice esta forma de testamento, que estuvo legislado en el Código Civil anterior de 1852, en los arts. 674 y 677 y en el antiguo Código de Justicia Militar de 1898, arts. 28 al 30. Al entrar en vigencia el actual Código Civil, el 14 de noviembre de 1936, continuó existiendo el referido testamento, regido por el citado Código privativo, pero al ser derogado éste no apareció ya dicha forma testamentaria en el Código de Justicia Militar de 1939, ni en los posteriores de 1950 y 1963, que como corresponde, no legislan sobre esta materia que pertenece al Código Civil. (12)

(11) Francia, arts. 981 a 984; España, arts. 716 al 721; Italia, arts. 617 al 619; Portugal, arts. 2110 a 2113; Chile, arts. 1030 al 1047; Ecuador, arts. 1088 al 1105 reformados por Decreto Legislativo de 6 de noviembre de 1956, R. O. 53; Colombia, arts. 1087 al 1104; Brasil, arts. 1660 al 1663; Bolivia, arts. 456 a 457; Uruguay, arts. 813 al 816; Argentina, arts. 3672 al 3678 y México, arts. 1501 y 1579 al 1582.

(12) Traté sobre esta clase de testamento en mi "Curso de Justicia Militar" Lima, 1935, ps. 79 al 81. Los sucesivos Códigos de Justicia Militar arriba mencionados, cada uno de los cuales derogó al anterior, son los siguientes: 1) el promulgado por Ley de 20 de diciembre de 1898; 2) el dado por Ley N° 8.991 de 16 de octubre de 1939; 3) el dictado por Decreto-Ley N° 11.380 del 29 de mayo de 1950, ratificado por Ley N° 11.490 del 19 de setiembre de 1950; y 4) el aprobado por Decreto-Ley N° 14.613 de 25 de julio de 1963, que rige actualmente con la Ley Orgánica de Justicia Militar, Decreto-Ley N° 14.612 de la misma fecha.

B) *El testamento verbal.*

Interesa también lo reativo al testamento verbal, cuya existencia en el Perú proviene de nuestro derecho autóctono, pues fue el único empleado en el incario y en los curacazgos de la costa, como lo expliqué anteriormente, (13) y porque desde entonces subsiste, fuertemente arraigado, en el derecho consuetudinario de nuestra población indígena.

En el derogado Código Civil de 1852 estuvo legislado en los arts. 663 al 666, estableciéndose que podía ser otorgado por el testador ante cinco testigos, siendo dos o más vecinos del lugar o seis si no pudiese ser habido más de uno que fuera vecino; que el testador y los testigos debían estar reunidos en un mismo acto, lugar y tiempo, desde el principio hasta la conclusión del acto, y que sólo podía ser hecho "en caso de extrema necesidad". Dentro de los ocho días contados desde la muerte del testador se solicitaba su "legalización" ante el Juez de Primera Instancia y según los trámites señalados en el Código de Procedimientos Civiles en sus arts. 1250 y 1251. En el vigente Código Civil fue suprimido.

Tal supresión ha planteado un interesante problema que ha sido cuidadosamente estudiado por el Dr. H. Gustavo Palacio Pimentel, Profesor de la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cuzco. En efecto, como dicho Profesor expresa, dicho testamento se emplea todavía en el derecho consuetudinario indígena y sus formalidades consisten en la enunciación verbal que hace el jefe de familia a la mujer y a los hijos en ocasión de una enfermedad y en presencia de los parientes respetables e indios notables del *ayllu*, que guardan en la memoria el testamento con admirable fidelidad... "A la muerte del testador y en oportunidad de una de las ceremonias religiosas fúnebres o en ocasión de algún agasajo realizado para celebrar socialmente la memoria del finado, se reconstruye en común el testamento, con la concurrencia de los testigos testamentarios y los herederos. Se verifica el testamento y en la casi totalidad de los casos se procede a darle cumplimiento inmediato". "Sólo queremos contraernos, añade, a anotar lo relativo a la forma de la testificación, la que a pesar de no guardar conformidad con los rituales prescritos por el C.C. le comunica al testamento consuetudinario un valor y una vigencia social tan perfectos, como los que tienen los testamentos otorgados con las formalidades del Código Civil". "Esta circunstancia constituye un hecho, un fenómeno jurídico que bien merece el estudio y el análisis del jurista para servir de base a una institución legal que pudiera consignarse en reglas en el Código Civil nacional". (14).

(13) "Derecho de Sucesiones", Tomo I, Lima, 1969, Nos. 46 y 47.

(14) H. Gustavo Palacio Pimentel, "Desajustes entre el Derecho Civil positivo y el derecho consuetudinario indígena, como normas reguladoras de las relaciones de orden privado", Cuzco, 1967.

En realidad, estando empleado desde tiempo inmemorial por la población indígena del Perú, que no tiene acceso al otorgamiento de los testamentos notariales en escritura pública o cerrado, por su costo, muy elevado para aquélla, y tampoco al ológrafo porque dicha población es en su mayor parte analfabeta, el no reconocer valor a la única forma que tiene de expresar su última voluntad y que ellos respetan tanto, es prescindir de este aspecto de la realidad nacional. Además, debe tenerse presente que el testamento verbal, es permitido en el Código Civil de Bolivia, en cuyo art. 455 se lo autoriza expresamente, "a los indios residentes a más de una lengua de sus respectivos cantones". También existe en los Códigos Civiles de Chile, Ecuador y Colombia. Conviene por consiguiente, estudiar el valor que debe asignársele en la reforma de nuestro Código Civil.

Finalmente, es útil indicar que al testamento verbal se le da también, por algunos tratadistas, el nombre de *nuncupativo*, denominación que otros aplican al testamento por escritura pública, lo cual es debido a que el verbo latino *nuncupare* significa hablar, expresarse oralmente, y en ambos, tanto en el otorgado por escritura pública así como en el verbal, hay expresión oral del testador.

C) El testamento en escritura privada.

El antiguo Código Civil admitía y el vigente no autoriza, esta forma testamentaria, en que era escrita, en privado y ante testigos, una *memoria testamentaria* que firmaban el testador y los testigos, en la que, si éste no podía firmar, lo hacía uno de los testigos a su ruego. En este caso, hay un motivo que justifica esta supresión y es la actual existencia del testamento ológrafo, escrito en privado de puño y letra del testador fechado y firmado por éste, testamento que, en la mayoría de los casos, es más fácil de otorgar y ofrece, indudablemente, mayores garantías de autenticidad.

D) Los codicilos.

Finalmente, es necesario explicar también que el vigente Código Civil suprimió asimismo los *Codicilos*, que según el Código anterior consistían en que, sin revocar el testamento, se podía alterar, ampliar, restringir o derogar las disposiciones de éste, con excepción de la institución de herederos, que sólo podía hacerse en testamento. Pero, exigiendo el referido Código que los codicilos fueran otorgados con las mismas solemnidades que los testamentos, la diferencia era sólo conceptual. Tanto es así que, en una causa, que fue famosa en su época, en que en disposiciones de última voluntad otorgadas bajo el nombre de codicilo se había revocado la institución de heredero, y en que una de las partes sostenía la nulidad del acto y otra su validez, la Corte Suprema resolvió por Ejecutoria de 7 de mayo de 1923, que el acto otorgado, aunque bajo la denominación de codicilo, constituía un

testamento con arreglo a su contenido y que la revocación que se hacía de la institución de heredero, era por consiguiente válida (15). Este caso demuestra que requiriéndose iguales formalidades para el codicilo que para el testamento y admitiéndose por nuestro vigente Código Civil la pluralidad de testamentos, en que uno posterior puede revocar parcialmente a otro anterior, la distinción legal entre testamento y codicilo proveniente del antiguo derecho español carece de utilidad, siendo por consiguiente acertada a supresión.

11. EQUIVALENCIA LEGAL DE LOS DIVERSOS TESTAMENTOS PERMITIDOS POR LA LEY.

Cualesquiera de los diversos testamentos indicados en el numeral 8, goza de igual eficacia jurídica con respecto a los demás. Por consiguiente, un testamento otorgado por escritura pública o cerrado puede ser revocado por uno ológrafo, o viceversa. Lo mismo ocurre con los testamentos especiales respecto de los comunes y de éstos con aquéllos, salvo lo explicado más adelante.

En efecto, mientras que para adquirir eficacia jurídica el testamento otorgado por escritura pública no requiere de trámite alguno, porque con arreglo a su naturaleza produce prueba plena según el art. 400 inc. 1º del Código de Procedimientos Civiles, el cerrado requiere para ello pasar por los trámites de su apertura judicial y protocolización notarial, conforme a los arts. 692 y 693 C.C. y 1228 al 1242 C.P.C.; el ológrafo necesita asimismo de los trámites de su verificación judicial y protocolización notarial, según los arts. 694 al 696 C.C. y los citados preceptos del C.P.C. en cuanto fueren aplicables, y también el marítimo requiere de tales trámites conforme lo disponen los arts. 696 y 698 C.C. y los mismos arts. 1228 al 1242 C.P.C. siendo de advertir, con respecto a este último, que su eficacia, con arreglo a su naturaleza especial, está limitada en el tiempo, como ya se indicó.

De lo expuesto resulta que si bien es cierto que todos los testamentos, cualquiera que fuere su clase, tienen igual eficacia jurídica, como ha sido enunciado arriba, sólo el otorgado en escritura pública la tiene inmediata, desde el momento de la muerte del testador, mientras en los demás existe la dilación, debida a los trámites requeridos para adquirir tal eficacia.

(15) Anales Judiciales de 1923, p. 28.

La razón por la cual todos los testamentos permitidos por la ley tienen igual valor jurídico está en que, como se aprecia por lo anteriormente explicado, el testamento por escritura pública por sí mismo, y los demás mediante los trámites por los cuales llegan a la protocolización notarial, todos pueden tener, finalmente, el mérito de instrumentos públicos.

12. LIBERTAD DE ELECCION POR EL TESTADOR.

Quien va a otorgar testamento puede elegir libremente cualesquiera de los testamentos comunes que autoriza la ley: por escritura pública, cerrado u ológrafo, escogiendo la que más le convenga. Para ello deberá conocer las ventajas y desventajas de cada una de estas formas testamentarias, lo cual será explicado al tratar específicamente sobre cada una de las clases de testamentos, para aplicar tal conocimiento a las necesidades particulares de su propio caso. En cuanto a los testamentos especiales, marítimo y consular, el testador los podrá emplear si se encuentra en las circunstancias en que cada uno de éstos es permitido.

La libertad de elegir la clase de testamento está limitada para las personas a las que se refieren los arts. 682 al 684 del Código Civil, que son los menores entre los dieciocho y los veintiún años, quienes no pueden emplear la forma ológrafo, los mudos que sólo pueden otorgar testamento cerrado u ológrafo, así como los ciegos y los analfabetos que pueden testar sólo en escritura pública. Son éstos, casos de incapacidad relativa en cuanto a la manera de otorgar testamento, o prohibiciones para algunas personas de emplear determinadas clases de testamento, tema sobre el cual traté en trabajo anterior. (16).

13. FORMALIDADES COMUNES Y PARTICULARES DE LOS TESTAMENTOS.

Hay requisitos de forma que son *comunes* a todos los testamentos, como los que establece el art. 685 C.C., o a varias clases de ellos, como los del art. 691 referente a los testigos, cuyos

(16) "Capacidad del testador", Lima, 1970, ns. 20 al 23.

preceptos serán explicados en la Sección Segunda, y otros que son *proprios o particulares* de cada una de las clases de testamentos, que son los señalados en los arts. 687 y 688 para el otorgado en escritura pública, 689 para el cerrado, 694 para el ológrafo, 698 para el marítimo y 699 para el consular, y que serán estudiados en las Secciones Tercera a Sexta, como ya ha sido indicado.

De esta distinción doctrinaria se deduce una importante consecuencia práctica, que consiste en que *las formalidades propias o particulares que la ley señala para cada una de las clases de testamento no son de aplicación a las demás*. Así, la autorización contenida en el art. 687 inc. 7º C.C.; que permite que si el testador no sabe o no puede firmar lo haga el testigo testamentario que él designe, es aplicable sólo al caso del testamento otorgado en escritura pública, para el cual la ley permite esta modalidad de la firma a ruego, pero es inaplicable a las demás clases de testamentos. Así también, la disposición del art. 689 C.C. de que el testamento se contenga en pliego cerrado, es propia de esta forma de testar, no de las demás, tanto así que el testamento ológrafo puede estar abierto o cerrado, siendo esta última modalidad, de guardar el testamento ológrafo dentro de un sobre, desde el punto de vista legal, una manera superflua e inocua, aunque en la práctica el testador la emplee porque considere conveniente hacerlo así. La referida noción explicada en este párrafo, es denominada en la doctrina con el nombre de *particularidad de la forma en cada clase de testamento* y está declarada en el art. 3626 del C.C. argentino, en cuya nota su autor cita precisamente como ejemplo, el caso de la firma a ruego, considerándola como modalidad permitida sólo en el testamento otorgado por acto público, es decir, en escritura pública, como ocurre en nuestro derecho.

14. PRUEBA DEL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS FORMALES.

Es principio doctrinario que fue enunciado por los comentaristas del derecho francés, Aubry y Rau y M. Troplong principalmente, que la prueba de haberse observado los requisitos formales del testamento debe ser la que resulte del acto mismo, esto es, la intrínseca y no la consistente en el empleo de otros elementos probatorios. El jurista argentino don Dalmacio Vélez Sarsfield expresó dicho principio en el art. 3627 de su Código Civil, diciendo: "La prueba de la observancia de las formali-

dades prescriptas para la validez de un testamento debe resultar del testamento mismo y no de otros actos probados por testigos". El Dr. Juan Antonio Bibiloni, en su Anteproyecto de Reformas a dicho Código, propuso el cambio de la última frase para incluir en la prohibición, además de la prueba testimonial a que dicho precepto se refiere, la prueba escrita. Según lo indica Vélez en la respectiva nota, dicha fórmula tiene su fuente en la obra de Troplong, quien dice lo siguiente: "Las pruebas extrínsecas son sin valor porque, por ser el testamento acto solemne, debe valer por sí mismo". El rechazo es a toda clase de pruebas ajenas al propio testamento. En el Proyecto argentino de 1936 no aparece la norma en referencia. En la Ley N° 17.711, de 1968, de Reformas al citado Código, se mantiene el texto original. (17) Tal disposición tiene la finalidad práctica de impedir que la perfección formal del testamento pueda ser desvirtuada después de la muerte del testador, por la actuación de otras pruebas.

Con respecto a la protección que merece el testamento en que han sido cumplidas las formalidades de ley, según resulta de su propio texto y de la fe notarial, conviene examinar, como tema conexo en nuestro derecho, el valor, que se concede a la prueba testimonial en el procedimiento no contencioso de apertura de los testamentos cerrados, según el art. 1232 del Código de Procedimientos Civiles. Establece esta disposición que reunidos en un solo acto el notario que autorizó la cubierta del testamento y los testigos que intervinieron en el mismo, éstos declararán, según el inciso 3°, "*Si todos juntos y en un solo acto vieron que el testador entregó el pliego al notario y le oyeron decir que el papel que entregaba contenía su testamento*". Tal disposición desconoce el valor probatorio de la fe notarial, que no ha sido impugnada, y abre un peligroso camino para destruir la validez formal de esta clase de testamento. En efecto, si según el art. 689 inc. 3 del Código Civil se exige "*que el notario autorice las firmas (del testador y de los testigos) y dé fe del acto*"; si conforme al art. 1° de la Ley del Notariado "*Los notarios dan fe de los actos*

(17) Aubry et Rau "Droit Civil français" 4me. éd. Paris, 1875 Tome 7. § 664 N° 4.— M. Troplong "Droit Civil expliqué" "Des donations entre vifs et des testaments" Tome 2, Bruxelles, 1855 N° 1462.— Juan Antonio Bibiloni "Anteproyecto de Reformas al Código Civil Argentino" Ed. Abeledo. Bs. Aires, 1931 Tomo IV p. 429; "Proyecto de Código Civil Argentino" Editor A. Lacort. Bs. Aires, 1938; "Código Civil de la República Argentina" con las notas de Vélez Sársfield y leyes y decretos complementarios, Victor P. de Zavalla. Editor Bs. Aires, 1969.

y contratos que ante ellos se practican o celebran", y si como se dispone en los arts. 400 inc. 1º y 401 del Código de Procedimientos Civiles el acta extendida en la cubierta del testamento cerrado es un instrumento público y como tal produce fe *respecto de la realidad del acto otorgado ante el Notario*, ¿cómo es posible que se establezca que tal realidad, autenticada por la fe notarial y no impugnada, pueda quedar destruída por la posible declaración contraria de los testigos testamentarios, quienes por olvido o mala fe podrían declarar contra la verdad del acto que atestiguaron destruyendo el valor formal y por consiguiente la validez del testamento?.

Es justificado, en cambio, que en el procedimiento no contencioso para la verificación y protocolización del testamento ológrafo, se deba emplear la prueba pericial y en su defecto la testimonial, según el art. 695 de nuestro Código Civil, pues constando este testamento originalmente en instrumento privado, no habría otra manera de acreditar la autenticidad de su autografía.

15. FORMALIDADES SUPERFLUAS.

En algunos testamentos ocurre que, además de los elementos formales señalados por la ley, se encuentran otros que pueden haber sido agregados por creerse que con ellos se da mayor valor al acto. Tal por ejemplo, el caso de que un testamento otorgado por escritura pública, en que sólo se requiere de tres testigos, se haga intervenir a cinco, que es el número exigido para el cerrado, o que en un testamento ológrafo, en que la ley no establece la presencia de testigos, el testador los haga presenciar el acto y firmar con él, o el caso indicado en numeral anterior en que no exigiéndose en el testamento ológrafo que sea colocado dentro de un sobre cerrado, el testador lo guarda o lo hace guardar en esta forma, no porque lo exija la ley, sino porque él lo quiere así para proteger mejor el secreto de su voluntad.

Estas formalidades no exigidas por la ley, denominadas superfluas, son completamente inocuas. No favorecen ni perjudican la validez del acto y se las tiene por no puestas. Se aplica aquí el adagio de que *lo que abunda no daña*. Hay no obstante un caso en que, tratándose precisamente del número de testi-

gos en el testamento, algunos de los concurrentes pueden adolecer de incapacidad u otros impedimentos, y entonces los excedentes, pueden ser útiles, para el efecto de computar los testigos hábiles.

16. LEY APLICABLE A LA FORMA DEL TESTAMENTO EN EL ESPACIO.

Por tratarse de tema al que es necesario referirse en este lugar, reitero algunas nociones ya tratadas (18) para exponer lo siguiente:

1º En el art. XX del Título Preliminar de nuestro Código Civil, se declara: *La forma de los actos jurídicos y de los instrumentos se rige por la ley del lugar en que se otorgan o por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto. Cuando los instrumentos son otorgados ante funcionarios diplomáticos o consulares del Perú se observarán las solemnidades establecidas por la ley peruana.* Esta disposición es enteramente aplicable al testamento, que es acto jurídico, y que en su aspecto formal es instrumento, porque en nuestro derecho todo testamento es necesariamente escrito.

2º Por consiguiente, según el referido precepto, la forma del testamento se rige: A) Por la ley del lugar, esto es, por la ley del país en que es otorgado, aplicándose la regla *lex loci regit actum*. B) Por la ley que regula la relación jurídica objeto del acto, es decir, por la ley que rige la sucesión a que el testamento se refiere, la cual según el art. VIII del mismo Título y su interpretación es la del último domicilio del causante. (19) C) Por la ley peruana, cuando se otorga ante los cónsules peruanos en el extranjero, que tienen funciones notariales con respecto a los testamentos, según los arts. 699 del Código Civil y 163 y 182 del Reglamento Consular del Perú.

3º Según el régimen de los Tratados latinoamericanos de Derecho Internacional Privado, la forma de los testamentos está regida, en el Tratado de Montevideo de 1889, art. 44, suscri-

(18) En mi "Derecho de Sucesiones" tomo I, Nº 102.

(19) En la misma obra, Nº 97.

to por el Perú y otros países y en el de Montevideo de 1940, con igual numeral y que el Perú no suscribió, por la ley del lugar donde se encuentran los bienes. En el de la Habana de 1928, suscrito por nuestro país y otros se establece en el art. 150 que: *"Los preceptos sobre la forma de los testamentos son de orden público internacional con excepción de lo relativo al testamento otorgado en el extranjero, y al militar y marítimo en los casos en que se otorgue fuera del país"*.

4º En la legislación comparada son de interés la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado, en cuyo art. 38 se declara lo siguiente. "Los actos jurídicos son válidos en cuanto a su forma si cumplen los requisitos exigidos en cualesquiera de las siguientes leyes: a) La ley del lugar de celebración del acto; b) La ley que rige el contenido del acto; c) La ley del domicilio del otorgante o del domicilio común de sus otorgantes en la época del otorgamiento". Asimismo, es una fórmula moderna y de interés el art. 65 del Código Civil de Portugal en cuyo párrafo 1º se indica como ley aplicable a la forma del testamento, la ley del lugar en que se otorga y en su defecto la ley personal del otorgante.

5º Comparando el art. XX del Tít. Prelim. de nuestro Código Civil con los referidos Tratados y con los citados ejemplos de legislación comparada, se aprecia fácilmente el mérito del precepto peruano. Es verdad que no concuerda con los Tratados de Montevideo, que en este aspecto no ofrecen el mejor sistema, pero puede funcionar dentro de la aplicación del Código Bustamante, que consigna una regla de gran amplitud y sobre todo, coincide en lo principal, con el sistema de la Ley venezolana de Derecho Internacional Privado y con el Código Civil de Portugal, que son los mejores ejemplos que ofrece la legislación comparada, al permitir que la forma de los testamentos se rija por la ley del lugar en que se otorguen o por la ley aplicable a la sucesión misma, con objeto de facilitar de esta manera la validez formal de los testamentos, en los casos de conflictos de leyes en el espacio, propios del Derecho Internacional Privado.

17. LEY APLICABLE A LA FORMA DEL TESTAMENTO EN EL TIEMPO.

En el caso de producirse en el tiempo modificaciones legislativas que afecten la forma del testamento, debe tenerse presen-

te que ésta se rige por la ley vigente el día de su otorgamiento. Es la aplicación del adagio latino: *Tempus regit actum*.

La fuente de este criterio, proveniente del derecho romano, se encuentra en el Capítulo I de la Novela 66, y Savigny lo expuso diciendo: "La forma del testamento entra en el elemento de hecho, así que el testamento es válido o nulo según que se haya observado o no la ley entonces vigente, de modo que una ley posterior no puede cambiar nada en pro ni en contra del testamento" (20).

En la legislación comparada se encuentra este criterio en el art. 3625 del Código Civil argentino, que dice así: "La validez del testamento depende de la ley que rija al tiempo de hacerse. Una ley posterior no trae cambio alguno aunque sea dada viviendo el testador". Esta disposición se refiere a los requisitos de forma, pues está ubicada en ese código en el Título denominado "De las formas de los testamentos" y porque a la validez del contenido, según el art. 3612 del mismo, se aplica la ley vigente en el domicilio del testador al tiempo de su muerte. Vélez Sarsfield en su nota al referido art. 3625, además de citar sus fuentes, ilustra la regla con un ejemplo que demuestra el carácter absoluto que le asignó. Dice que un testamento ológrafo hecho antes de la sanción de ese código, es decir, cuando no se admitía en ese país dicha forma de testar, carecería de valor, aún cuando después quedara legalizada la forma ológrafa, que el referido código admite.

En la moderna doctrina argentina, los Profesores Fornieles y Borda coinciden en opinar que la norma es lógica en el caso de que la nueva ley introduzca otras formalidades que no eran exigidas en el momento en que se otorgó el testamento, pero que en el caso inverso, de que la nueva ley suprimiera algunas formalidades que en ese testamento no se cumplieron, no habrá por qué anular el acto si faltara una exigencia formal ya desaparecida. (21) Estas últimas opiniones están en armonía con la más justa y avanzada tendencia del derecho actual, propugnada en el N° 1 de este trabajo, que consiste en resolver cualquier duda que hubiere en cuanto a los requisitos formales

(20) Savigny, ob. cit. tomo VI, p. 399.

(21) Fornieles, ob. cit., tomo II, N° 339; Borda, "Sucesiones", ob. cit. tomo II. N° 1153.

del testamento, mientras sea insospechable la autenticidad del acto y la libertad con que procedió el testador, en favor de la validez de aquél.

En nuestro derecho positivo, el art. 1830, que forma parte de las disposiciones finales del vigente Código Civil, fiel a su fuente que es la regla 12 de las disposiciones transitorias del Código Civil español, se refiere al cumplimiento, en cuanto el nuevo Código lo permita, de las *disposiciones testamentarias*, es decir a los problemas que plantea *el contenido* de los testamentos otorgados conforme al derecho anterior, *no a los relativos a la variación de su forma en el tiempo*, sobre lo cual no legisla, siendo aplicable, en consecuencia, la ya explicada doctrina según la cual la forma del testamento hecho según la ley vigente al tiempo de su otorgamiento debe ser respetada.

18. ASPECTO FORMAL DE LA PROHIBICION DEL ART. 757 C.C. DE OTORGAR TESTAMENTOS MANCOMUNADOS.

Este dispositivo dice así:

Art. 757. Es nulo el testamento otorgado en común por dos o más personas.

Las fuentes de este precepto se encuentran en el Código de Napoleón y en nuestro anterior Código Civil de 1852. El primero, en su art. 968, declara: "No podrá hacerse un testamento en un solo documento por dos o más personas ya sea a favor de un tercero ya sea a título de disposición recíproca y mutua". El segundo, en su art. 707, expresa: "Es nulo el testamento otorgado en común por dos o más personas sea quien fuere el heredero instituido". Esta norma de la codificación de 1852 modificó en el Perú la antigua legislación española, vigente hasta entonces, que influenciada en este aspecto por el derecho germánico, permitía este testamento, llamado también *de conjunto o mancomún*, así fuera otorgado en beneficio mutuo de los testadores o en favor de un tercero. Modalidad especial de este testamento fue el *pacto de hermandad* que podían otorgar marido y mujer instituyéndose mutuamente herederos, siempre que hubiera transcurrido un año de su matrimonio y no teniendo hi-

jos ni otros herederos forzosos, según lo autorizaba el Fuero Real en su Libro Tercero, Título 6º, Ley 9.

El mencionado precepto francés fue adoptado en algunas de las más importantes codificaciones y se encuentra, con leves variaciones de redacción, en el Proyecto García Goyena, art. 557, y en los Códigos Civiles de España, art. 669; Italia, art. 589 y Portugal, art. 2181; y en los de Argentina, art. 3618; Paraguay, art. 3618; Chile, art. 1003; Ecuador, art. 1961; Colombia, art. 1059; Uruguay, art. 781; Panamá, art. 701; Brasil, art. 1630; Méjico, art. 1296; Venezuela, art. 835 y Puerto Rico, art. 618. Siguiendo la tendencia contraria, proveniente del derecho germánico, el testamento mancomunado está permitido en los Códigos Civiles de los países que admiten la sucesión contractual, que son los de Alemania, art. 2265 y Suiza, art. 512.

Interesa precisar aquí, si el referido art. 757 de nuestro Código Civil, es una regla de forma o de fondo, cuestión que tiene una consecuencia práctica, porque si aceptamos que dicho precepto es regla de forma, lógicamente deberemos admitir que el testamento mancomunado otorgado en países como Alemania y Suiza en que se admite, es válido también en el Perú por lo dispuesto en el Art. XX del Título Preliminar de nuestro Código Civil, según el cual la forma de los actos jurídicos se rige, preferentemente, por la ley del lugar en que han sido otorgados y no obstante el referido art. 757 C.C.

Las referencias ilustrativas sobre esta cuestión son las siguientes:

En el Código Civil francés, donde como se ha indicado tiene su fuente esta regla, el art. 968 que la contiene, está ubicado en un capítulo que tiene como rubro: "*De las reglas generales sobre la forma de los testamentos*". Para los juristas franceses Aubry y Rau y Demolombe, y entre los modernos para los Hnos. Mazeaud, es una regla de forma. Opinión contraria sostienen en la doctrina de ese país, Baudry-Lacantinerie y Colin, indicando que es regla de fondo, no de forma. (22)

(22) Aubry et Rau, ob. cit. § 667; Demolombe, 21 Nos 20 y 476; G. Baudry-Lacantinerie et Maurice Colin "Traité Théorique et Pratique de Droit Civil". Tome XI "Des donations entre vifs et des testaments", II, Paris 1905, Nº 1855

En la doctrina argentina, Salvador Fornieles refiriéndose al art. citado 3618 del Código Civil de su país que contiene igual prohibición, manifiesta que comparte la opinión de Aubry y Rau y Demolombe, que es la generalmente admitida en Francia, es decir, que *se trata de un precepto de forma*. Apoyando su opinión en la jurisprudencia de su país, cita una sentencia en que se aplicó este concepto, de que la expresada norma es disposición formal, habiéndose reconocido por lo tanto en esa República, en el referido caso, la validez formal de un testamento mancomunado que había sido otorgado en país que así lo permite. (23)

En relación con la naturaleza jurídica de esta norma, opino que la discusión es debida, precisamente, a que dicha regla tiene los dos aspectos. Es regla que afecta tanto la forma como el fondo o contenido del testamento. *Es regla de forma*, en cuanto afecta al otorgamiento mismo de este acto jurídico que es esencialmente unipersonal, tanto así que un Notario rechazaría de plano autorizar el testamento que pretendieran otorgar ante él en un solo acto dos o más personas, aun prescindiendo de su contenido, que puede ignorarlo como ocurre en el testamento cerrado, y porque como regla de forma precisamente está dirigida a cautelar la libertad con que debe proceder el testador otorgando su testamento unilateralmente, libre de la influencia de toda otra voluntad. Por tal motivo y en ese aspecto formal, está tratada dicha norma en este lugar. *Pero es también regla de fondo*, que afecta el contenido del testamento, en cuanto está dirigida a impedir la sucesión contractual que no se permite en nuestro derecho, según el citado precepto y los arts. 674 y 1338 C. C.

Concretando la aplicación práctica de estos conceptos y con referencia a la posible vigencia en el Perú de testamentos mancomunados otorgados en país que los permita, opino que puede atenderse a su aspecto formal para admitir su vigencia en nuestro país, por aplicación del citado art. XX del Título Preliminar del vigente Código Civil que admite la regla *lex loci regit actum*, pero que la admisión de la validez formal no implica admitir también la eficacia total del contenido, y que por consiguiente no tendrán efecto en el Perú las disposiciones testamentarias que sean contrarias a instituciones que consideramos de orden públi-

(23) Fornieles, ob. cit. tomo II, nº 159 y 159 bis; Rev. de J. A. 1948, IV a 541.

co, tales como la intangibilidad de la legítima, porque conforme el art. X del mismo Título Preliminar, las leyes extranjeras son inaplicables cuando son contrarias al orden público. (24)

Debe tenerse presente, como salvedad a lo expuesto, que el testamento mancomunado otorgado en país en que lo permite será inaplicable en el Perú, tanto en su forma como en su contenido, si fuera el caso de aplicar el art. 148 del Tratado de Derecho Civil Internacional de La Habana, según el cual, son de orden público internacional las disposiciones que no admiten el testamento mancomunado.

19. VALIDEZ DE LOS TESTAMENTOS SIMULTANEOS.

Es preciso aclarar que la prohibición de los testamentos conjuntos a los que se refiere el numeral anterior, no incluye a los denominados simultáneos o concordantes, que son aquellos en los que dos o más personas, en actos e instrumentos separados, otorgan cada una el suyo, aun cuando el contenido de tales testamentos resulte coincidente, sea para favorecerse recíprocamente uno y otro testador dentro de lo que permite la ley, o para favorecer a terceras personas. La razón de esta diferencia está en que se trata de actos jurídicos separados e independientes. Cada uno otorga su propio testamento, que puede revocar en todo o en parte cuando lo desee.

De no admitirlo así se llegaría a la aberración de sostener que los cónyuges no pueden otorgar cada uno y por separado su testamento en favor del otro cónyuge y de sus hijos, figura común y lícita que, aunque implique desde luego coincidencia o concordancia de voluntades armónicas, no crea vínculo jurídico alguno entre uno y otro testador y carece, por consiguiente de los elementos propios del contrato. Los referidos testamentos simultáneos son, en consecuencia, perfectamente válidos. (25)

(24) Véase sobre el particular la obra del Dr. Manuel García Calderón, "Derecho Internacional Privado", Lima, 1969, nos 174 a 176 y en mi "Derecho de Sucesiones" los nos. 102 y 103.

(25) Opiniones conformes son las de Planiol-Ripert-Trasbot, "Tratado Práctico de Derecho Civil francés" Trad. La Habana, 1946, tomo V, Nº 258; Messineo, ob. cit., tomo VII, Parágrafo 181 Nº 5 bis; Vélez Sarsfield, en su nota al art. 3618 del C.C. argentino; Fornieles ob. cit., tomo II, Nº 159; Luis de Gásperi "Tratado de Derecho Hereditario" Bs. Aires, 1953, Tomo III Nº 378; Borda, ob. cit., Sucesiones, tomo II, Nº 1064 y Federico Puig Peña, ob. cit. tomo V, vol. I, p. 216.

SECCIÓN SEGUNDA

FORMALIDADES COMUNES

A) FORMALIDADES COMUNES DE TODO TESTAMENTO.

20. La forma escrita.— 21. Los seis requisitos del art. 685 C.C.— 22. La firma del testador.

B) FORMALIDADES COMUNES DE ALGUNOS TESTAMENTOS.

23. La intervención notarial, los impedimentos de los notarios y el art. 690 C.C.— 24. Los testigos, sus impedimentos y el art. 691 C.C.— 25. Examen de valor de la presencia de los testigos testamentarios y caso de su incapacidad aparente.— 26. El idioma en los testamentos.

A) FORMALIDADES COMUNES A TODO TESTAMENTO.

20. LA FORMA ESCRITA.

En los países como el nuestro, en que no se admite el testamento verbal, la forma escrita es el primero de los requisitos comunes a todo testamento. A tal punto es la escritura requisito morfológico esencial del testamento, que don Eduardo Acevedo expresó en el art. 792 del Código Civil uruguayo: "El testamento es siempre escrito", y don Dalmacio Vélez Sarsfield al definir el testamento en el art. 3067 del Código Civil argentino, dijo: "es un acto escrito", indicando en la nota respectiva: "La escritura es un elemento constitutivo del testamento mismo".

Nuestro Código Civil lo admite así al exigir para el testamento en escritura pública, *que el Notario escriba el testamento en el registro*; (art. 687 inc. 3) para el testamento cerrado, que éste se contenga en un *pliego interno* que es autenticado mediante *un acta que el Notario extiende en la cubierta y que transcribe en su registro* (art. 689), siendo dicho pliego y el acta *documentos escritos*, y para el ológrafo, que sea *escrito por la mano del testador* (art. 694). El testamento de los navegantes

también *debe constar por escrito*, pues aunque ello no se establece de manera expresa en el art. 698 del Código, se deduce tal exigencia del art. 559 inc. c) del Reglamento de Capitanías y de la Marina Mercante. Asimismo, los testamentos otorgados por peruanos en el extranjero ante los agentes diplomáticos o consulares, por escritura pública o cerrados, son por lo tanto *también escritos* por lo dispuesto en los arts. 182 y 187 del Reglamento Consular del Perú. *Todos los testamentos otorgados bajo las leyes peruanas son pues necesariamente escritos*. Ello es, además, una consecuencia de la supresión del testamento verbal que el Código Civil de 1852 autorizaba y que el vigente de 1936 no permite. La forma escrita es, por consiguiente en el Perú, requisito esencial para la existencia y validez de todo testamento.

21. LOS SEIS REQUISITOS COMUNES DEL ART. 685 C.C.

El referido precepto dice así:

Art. 685. Todo testamento debe indicar nombre, estado, nacionalidad y domicilio del testador, y el lugar y la fecha en que se otorga.

Está ubicado en el Libro Tercero del Código, en la Sección Segunda denominada "De la sucesión testamentaria" y en el Título I de ésta cuyo rubro es, como ya se ha indicado, "De los testamentos y de sus solemnidades". El Dr. Aparicio Gómez Sánchez dió a este dispositivo el epígrafe de "Requisitos comunes a todo testamento" y el Dr. Echecopar García el de "Solemnidades generales". (26)

Su fuente se encuentra en el Código Civil anterior, que iniciaba el título relativo a los testamentos diciendo en su art. 657: "En todo testamento se expresará el nombre, patria, edad estado y domicilio del testador y el lugar, día y hora en que se otorga". Esta norma proviene, a su vez de la Novísima Recopilación. Libro X, Título XIII, Ley Primera.

(26) Germán Aparicio G. S. "Código Civil", Concordancias tomo I, 1ª ed., p. 189; 3a. ed. p. 150; Luis Echecopar García, "Derecho de Sucesiones", Lima, 1950, p. 77.

Los requisitos comunes a todo testamento, según el referido art. 685 C.C., son por lo tanto los seis siguientes:

- 1º *Nombre del testador*
- 2º *Estado civil*
- 3º *Nacionalidad*
- 4º *Domicilio*
- 5º *Lugar en que se otorga el testamento, y*
- 6º *Fecha del otorgamiento.*

1º *Nombre del testador.*

Es elemental pero necesario, decir que éste es un requisito esencial e indispensable cuya omisión produciría la ineficacia del acto. En el testamento por escritura pública el Notario lo indica, mencionando los nombres y apellidos del testador en la introducción de la escritura; en el cerrado lo hace en el acta que figura en la cubierta exterior y en su registro, mientras en el pliego interior del testamento cerrado y en el testamento ológrafo, el testador mismo deberá expresarlo, salvo que resulte claramente de su firma. El testador debe cuidar de que cualquiera que sea la clase de testamento que otorga, su nombre figure de manera completa, es decir, con los nombres y apellidos que le corresponden según su partida de nacimiento y sus documentos de identidad. El art. 685 C.C. cuando dispone que en todo testamento se debe indicar el nombre, lo hace por consiguiente de manera imperativa y entendiendo por nombre el de pila y el apellido: *nomen et cognomen*, con los que una persona se identifica en su relación legal con las demás. Si no hay nombre del testador, como es obvio, no hay testamento.

2º *Estado civil*

No ocurre lo mismo con el estado civil del testador, requisito que se cumple expresando si es soltero, casado, viudo o divorciado. Conviene al testador hacer tal indicación e inclusive precisar las fechas de su matrimonio, divorcio o viudez, con el fin de fijar la duración de cada sociedad conyugal y facilitar la determinación de los respectivos gananciales, aun cuando, des-

de luego, tal información puede suplirse con las pruebas pertinentes. Pero no se ve la razón por la cual el omitirse indicar el estado civil del testador produzca la ineficacia o nulidad de su testamento. En consecuencia, es posible sostener que no se trata en este caso de un requisito esencial y que, por consiguiente la posible omisión de indicar en el testamento el estado civil del otorgante, no es causal de nulidad.

3º *Nacionalidad*

La indicación que en el testamento debe hacerse de la nacionalidad del testador es útil, como dato integrante de las circunstancias personales denominadas *las generales de ley*, que sirven para su más completa identificación. La prueba usual de la nacionalidad peruana, dentro del Perú, es la libreta electoral. En el extranjero el peruano prueba su nacionalidad con su pasaporte, así como los extranjeros acreditan en el Perú su nacionalidad, también con su pasaporte del respectivo país.

Pero estando regida la forma del testamento por la ley del lugar en que se otorga y no por la ley de la nacionalidad del otorgante, y siendo además la nacionalidad, para el caso de que ella influyera en el contenido del testamento, susceptible de ser probada por otros medios, la omisión de tal indicación no configura precisamente, en mi opinión, una causal de nulidad y aun cuando este dato faltare, el testamento puede ser considerado válido y debe ser respetado, con arreglo al criterio ya explicado en el numeral 7.

En nuestra jurisprudencia se tiene resuelto, en la Ejecutoria Suprema del 7 de enero de 1944, que no es nulo el testamento ológrafo en que el testador omitió indicar su nacionalidad. (27)

4º *Domicilio*

El domicilio al que se refiere el art. 685 es el ordinario y real del testador, constituido por su residencia habitual en un

(27) Anales Judiciales de 1943, p. 425; Revista de los Tribunales, Nº 548 de 1944.

lugar. Son aplicables, según fuere el caso, los arts. 19 al 26 del Código Civil.

Si el testamento es en escritura pública, el Notario expresa el domicilio del otorgante en la introducción de la escritura, por disponerlo así el art. 44 inc. 2º de la Ley del Notariado. Es usual que tratándose de testamentos se indique no sólo la ciudad y distrito sub-urbano si lo hubiera, sino también la calle y número de la casa donde reside el testador.

Ello supone, desde luego, precisar el país en que está domiciliado el testador, información que puede ser de importancia para la aplicación del art. VIII del Título Preliminar de nuestro Código Civil, según cuyo texto e interpretación, la sucesión se rige preferentemente por *la ley del lugar del último domicilio del testador*. (28)

En el caso del testamento ológrafo, la Corte Suprema de la República tiene resuelto en la misma Ejecutoria citada en el apartado anterior y nota 24, que no hay tampoco nulidad del testamento ológrafo por haberse omitido la indicación del domicilio del testador, porque los datos referentes a la nacionalidad y al domicilio tienen por objeto, según los considerandos de dicha sentencia, reunir los elementos necesarios para la identificación del otorgante, y no son indispensables cuando el testador actúa solo, como ocurre en el testamento ológrafo.

Con respecto a este requisito opino, con el criterio de interpretación que ha sido ya explicado en el numeral 7 y de acuerdo con esta Ejecutoria, que la no indicación del domicilio del testador, que bien puede ser omisión involuntaria, que en nada afecta la autenticidad del acto, ni la libertad con que ha procedido el testador, no produce la nulidad del testamento.

5º Lugar.

La indicación del lugar en que es otorgado el testamento es útil, porque su forma se rige, preferentemente, por la ley del lugar en que ha sido otorgado.

(28) Me refiero a mi "Derecho de Sucesiones", tomo I, Nº 97.

Además, en los extendidos en escritura pública, y en los cerrados, la indicación del lugar sirve para establecer la jurisdicción del Notario, que está limitada por razón del territorio, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3 de la Ley del Notariado. En los otorgados por escritura pública, los notarios cuidan de indicar no sólo el lugar, en el sentido de ciudad y distrito, sino la especial circunstancia de que el testamento sea otorgado en su oficina o en la casa del testador o en un hospital u otro local, expresando con precisión estas circunstancias, y en estos últimos casos la calle y número, pudiendo estas indicaciones coincidir o no con el domicilio del testador.

El art. 685 C.C. al exigir la indicación del lugar donde se otorga el testamento, establece un requisito indispensable si el testamento es notarial, es decir, por escritura pública o cerrado porque el Notario deberá dar cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 44 inc. 1º y 67º de la Ley del Notariado. Pero si el testamento fuera ológrafo, que puede quedar, en todo caso, sujeto a la ley que regula la sucesión, y en su otorgamiento se ha dado cumplimiento a los requisitos específicos de forma que señala el art. 694 del Código Civil para esta clase de testamentos, no sería justo declarar la nulidad de tal testamento por haber omitido una circunstancia no indispensable en tal caso y cuya obligatoriedad no conocía el testador.

6º *Fecha.*

La indicación expresa de la fecha en que se otorga el testamento, exigida por el mismo art. 685 C.C. es otro de los requisitos esenciales para su validez. Si es otorgado por escritura pública, porque debe darse cumplimiento, además, al art. 60 de la Ley del Notariado. Si es cerrado, porque en el acta que figura en la cubierta del testamento así como en el registro del Notario, este elemento es indispensable. Si es ológrafo, porque entre los requisitos específicos de éste, señalados por el art. 694 C.C., se exige imperativamente la indicación de la fecha

En nuestra jurisprudencia está precisada la obligatoriedad de la fecha al haberse declarado por Ejecutoria Suprema del 14 de agosto de 1936, de conformidad con el dictamen fiscal del Dr. Lino Cornejo, *que no es testamento el que carece de fecha*

y que dicha omisión anula el otorgamiento por escritura pública. (29)

Cualquiera que sea la clase de testamento, la fecha de su otorgamiento debe estar expresada en el mismo acto y en la forma usual y correcta, es decir, indicándose el día, mes y año en que se otorga. Es conveniente indicar también la hora, como se establecía en el art. 657 del Código Civil anterior y como se exige en el art. 1016 del C.C. de Chile y en el art. 585 inc. 1º del Código Civil de Costa Rica, para los testamentos abiertos. En nuestro país, en los testamentos otorgados en escritura pública, se indica la hora de su otorgamiento en virtud de una prudente y acertada costumbre notarial.

La indicación de la fecha en el testamento, tiene por objeto poder determinar:

a) La capacidad del testador, que se debe apreciar con referencia al momento en que otorgó el acto, como se admite de manera unánime en la doctrina actual y conforme se declara expresamente en el Proyecto García Goyena, art. 605 y en los Códigos Civiles de España, art. 666; Argentina, art. 3613 México, art. 1312; Italia. art. 591 inc. 3 y Portugal, art. 2191.

b) La forma del acto, pues éste se rige, en su aspecto formal, por la ley vigente en el momento de testar; como fue explicado en el N° 16.

c) En caso de haber otorgado el testador dos o más testamentos, la fecha de cada uno de ellos permitirá determinar cuál es el vigente y cuáles los revocados, o bien determinar las disposiciones modificatorias que prevalecen con respecto a las modificadas, dentro de la posible vigencia parcial de más de un testamento, según lo permite el art. 748 del Código Civil.

22. LA FIRMA DEL TESTADOR.

Es el conjunto de signos caligráficos con que una persona acostumbra estampar sus nombres y apellidos, de manera más

(29) Revista de los Tribunales, año 1936, p. 250.

o menos completa o abreviada, legible o ilegible, que emplea para suscribir un documento o expresar su conformidad con el mismo y que puede ir o no, acompañada de signos propios a los que se denomina rúbrica. El requisito de la firma, que es necesario para dar valor legal a cualquier acto que conste por escrito, lo es con mayor razón para el testamento que es acto personalísimo y expresión de voluntad destinada a producir efectos jurídicos. La firma del testador, aunque el art. 685 C.C. no lo indica, es por consiguiente uno de los requisitos comunes exigibles para la validez de todo testamento, con las únicas excepciones de que el testador no sepa firmar o se encuentre imposibilitado físicamente para hacerlo en ese momento, en cuyo caso la ley permite, *sólo en los testamentos otorgados en escritura pública*, que pueda firmar por el testador y a ruego de éste, uno de los testigos testamentarios, según el art. 687 inc. 7 C.C. Por Ejecutoria Suprema del 15 de diciembre de 1941 se resolvió que es nulo el testamento suscrito, por impedimento físico del testador, por persona que no aparece como testigo testamentario. (29 bis)

La firma del testador debe ser *la que emplea en todos sus actos*, como se dice en lenguaje notarial, y, como ya se ha expresado, puede consistir en una expresión caligráfica ilegible, si es esa la que acostumbra usar como su firma, porque no es precisamente sólo el nombre y apellido del testador, sino esta signatura personal y usual puesta de su puño y letra, la que debe ser empleada. Con respecto al caso de personas no versadas, que creyeran hacerlo mejor suscribiendo el testamento con sus nombres y apellidos, escritos de su puño y letra pero en forma que no es la que usualmente emplean, debe atenderse a la buena fe con que lo hicieron y respetar la firma que así estamparon, o proceder a establecer la autenticidad de tal suscripción mediante el cotejo.

La firma del testador está a su vez autenticada por la fe notarial, en los testamentos otorgados por escritura pública y en la cubierta de los cerrados, mientras en los ológrafos es materia de la diligencia judicial de cotejo y del correspondiente peritaje caligráfico en el procedimiento de verificación y protocolización de estos testamentos.

En nuestro país, por consiguiente, la firma del otorgante es también requisito común y esencial del testamento, salvo lo dispuesto en el ya referido art. 687 inc. 7 C.C.

B) FORMALIDADES COMUNES A ALGUNOS TESTAMENTOS.

23. LA INTERVENCION NOTARIAL, LOS IMPEDIMENTOS DE LOS NOTARIOS Y EL ART. 690 C.C.

La intervención notarial se requiere en los testamentos otorgados por escritura pública y en los cerrados según lo dispuesto en los arts. 687 inc. 1º y 689 inc. 1º del Código Civil, 67 de la Ley del Notariado y 182 del Reglamento Consular y constituye requisito de forma esencial para la validez de estos actos. El notario no debe adolecer de los impedimentos indicados en el art. 690 C.C.

El referido texto dice así:

Art. 690. El notario ante quien se otorga un testamento o que lo autoriza no debe ser pariente del testador en línea recta ni en línea colateral hasta el tercer grado de consanguinidad o el segundo de afinidad.

Se trata de una prohibición legal de carácter imperativo, relativa a las formalidades testamentarias, en virtud de la cual los notarios están impedidos de intervenir en los testamentos otorgados por escritura pública ante ellos, o en los cerrados que autoricen, cuando tienen parentesco de consanguinidad o de afinidad con el testador en las líneas y grados que en este artículo se indica. La prohibición es aplicable también al testamento consular, en que los cónsules desempeñan la función notarial.

Para precisar mejor el sentido de esta norma es preciso distinguirla, en su naturaleza y efectos, de la establecida por el art. 669 que dice: *No producen efecto la disposiciones en favor del notario que autoriza el testamento ni de su cónyuge y sus parientes dentro de los grados indicados en el artículo anterior.* (En cuanto al parentesco, se refiere al art. 668 que menciona el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad). (30)

El comentado art. 690 C.C. es, como se ha expresado, disposición referente a los requisitos de forma del testamento, confi-

(30) Me referí al art. 669 C.C. en mi "Derecho de Sucesiones", Tomo I, Nº 129-E.

gura una incompatibilidad o incapacidad relativa para ejercer la función notarial en tales casos y su infracción produce la nulidad absoluta y total del testamento. En cambio, el art. 669 es norma que afecta no a la forma sino sólo a una parte del contenido del testamento, estableciendo una incompatibilidad o incapacidad relativa para recibir por razón del mismo y la nulidad que produce es sólo con respecto a las disposiciones que favorezcan al notario, a su cónyuge y a los parientes consanguíneos v afines que esta disposición señala.

La comparación de ambos preceptos permite apreciar una omisión en que el comentado art. 690 incurre y consiste en que, entre las personas que señala en el impedimento no incluye al cónyuge del notario. Es preciso hacer notar, aunque ello sea elemental, que en el parentesco por afinidad hasta el segundo grado está incluido el parentesco de esta naturaleza, de los suegros con sus yernos o nueras o viceversa, quienes son entre sí parientes por afinidad en primer grado y los cuñados o hermanos políticos, quienes lo son en segundo grado, pero no está incluido el cónyuge. En efecto, en el Derecho de Familia y dentro de los regímenes del matrimonio y del parentesco, el marido y su mujer no son entre sí parientes afines, ni reciben la denominación de tales. Son cónyuges, cuyo vínculo que es el matrimonial o uxorio, es diferente del parentesco. Por el matrimonio no se constituye parentesco entre los cónyuges, aunque el matrimonio es la fuente del parentesco de afinidad de cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Por consiguiente, para que el cónyuge quede comprendido en algún impedimento o incompatibilidad, que debe estarlo en este caso por razones obvias, el legislador debió incluirlo expresamente, como lo hace en los arts. 669 y 691 inc. 8. En el art. 690, aunque la incompatibilidad sea también justificada, la ley debe indicarla, porque las incompatibilidades no se presumen y deben ser expresamente señaladas por la ley.

Concuerta el comentado art. 690 C.C. con el art. 13 inc. 1º de la Ley del Notariado, que adolece de igual omisión. Son sus posibles fuentes, y en todo caso sus referencias en la legislación comparada, los arts. 3653 del C.C. argentino, 2234 del alemán y 503 del suizo.

24. LOS TESTIGOS, SUS IMPEDIMENTOS Y EL ART. 691 C.C.

Este precepto dice así:

Art. 691. No pueden ser testigos testamentarios:

1º Las personas que no están en el ejercicio de sus derechos civiles;

2º Los ciegos, los sordos y los mudos;

3º Los que no saben leer ni escribir;

4º Los herederos en el testamento que los instituye, y sus parientes en línea recta o consanguíneos dentro del cuarto grado o afines dentro del segundo;

5º Los legatarios, en el testamento en que son instituidos;

6º Los acreedores, cuando no pueden justificar su crédito sino con la declaración del testamento;

7º Los dependientes del notario y los parientes de éste dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad;

8º Los cónyuges, en un mismo testamento.

En relación con este dispositivo, conviene explicar primero las nociones generales indispensables, para efectuar luego el examen particular de cada uno de sus incisos.

Testigos testamentarios son las personas que presencian el otorgamiento de algunas clases de testamentos, por exigencia de la ley, a solicitud del testador y con el fin de comprobar la autenticidad del acto, la libertad con que procede el otorgante y el cumplimiento que debe darse a los demás requisitos legales. La concurrencia de testigos en los testamentos, cuando la ley lo ordena así, es formalidad *ad-solemnitatem*, necesaria para la validez del acto.

Nuestro Código Civil establece entre las solemnidades de los testamentos, con excepción del ológrafo, la concurrencia de testigos que deben presenciar su otorgamiento, indicando el número requerido según la clase de testamento, debiendo ser tres para el otorgado en escritura pública, cinco en el cerrado, dos

por lo menos para el marítimo, y tres o cinco en el consular, según que éste último sea otorgado por escritura pública o cerrado (arts. 687 al 689, 698 y 699).

Indica además, en el art. 691 anteriormente inserto, quiénes *no pueden ser testigos testamentarios*, exigiendo, mediante esta norma prohibitiva, que dichos testigos sean legalmente hábiles, esto es, que no adolezcan de alguno de los impedimentos que dicho precepto enumera. Por consiguiente, pueden ser testigos testamentarios todos aquéllos a quienes no se les prohíbe, como lo decía nuestro Código Civil anterior en su art. 682 y como se declara en la primera parte del art. 3696 del Código Civil argentino.

El referido art. 691 C.C., materia de este comentario, configura un régimen específico de incapacidad para los testigos testamentarios, con interesantes particularidades que requieren la debida explicación.

La primera de ellas, elemental en apariencia, pero que en realidad contiene una delicada problemática, consiste en que dentro del sistema de nuestro Código Civil y de acuerdo con nuestra doctrina y jurisprudencia, cuando uno o más de los testigos testamentarios requeridos, adolecen de alguno de los impedimentos señalados y éste es probado en juicio, la intervención del testigo se considera nula, y como se ha incurrido en incumplimiento de las disposiciones legales que exigen la presencia de un número determinado de testigos y ello significa la infracción de un requisito necesario para la solemnidad y por lo tanto para la validez del testamento, tal circunstancia produce la declaración judicial de nulidad absoluta y total del acto mismo, es decir, del contenido del testamento, por aplicación de lo dispuesto en los arts 691, 1075 y 1123 inc. 3 C.C. Este es el concepto elemental y ortodoxo que conduce, como es fácil apreciar, a que por adolecer alguno de los testigos que intervinieron en el testamento de cualesquiera de los impedimentos señalados en ese dispositivo, aunque el impedimento resulte de escasa significación, y no haya afectado la autenticidad del acto ni la libertad del testador y aun cuando tal impedimento haya sido ignorado por el otorgante que procedió de buena fe, tal circunstancia produce la nulidad del acto y por lo tanto la ineficacia de su voluntad. Esto plantea el problema de si el comentado art. 691 C.C. debe ser interpretado y aplicado de manera rigurosa, como corresponde a su naturaleza de norma imperativa, o de modo liberal, como conviene en algunos casos a la justicia y co-

mo fue indicado en el N° 2, y cuáles pueden ser los recursos de interpretación que atenúen el rigor de la ley para lograr la solución justa. Como el tema requiere mayores explicaciones, me limito aquí a enunciarlo, reservándolo para ser tratado en el numeral siguiente.

Otro punto consiste en apreciar, mediante el examen de la referida disposición, que el legislador ha cuidado de incluir en ella todos los impedimentos legales para ser testigo testamentario, tan es así que en su inciso 1° este precepto menciona expresamente la incapacidad general de ejercicio, que es la señalada en los arts. 8, 9, 10, 555 y 575 del mismo Código, y en sus incisos 2, 3 y 7 indica, asimismo, los impedimentos señalados para ser testigo en las escrituras públicas, que figuran en los cuatro incisos del art. 51 de la Ley del Notariado. Esto permite afirmar que la enumeración del comentado art. 691 C.C. es integral taxativa y excluyente. Es integral, porque comprende en su texto todas las causales de incapacidad, inhabilidad o impedimento para ser testigo testamentario. Es taxativa, con arreglo a su naturaleza jurídica, porque no se admite que estén impedidas de intervenir como testigos testamentarios otras personas no incluidas en la enumeración del referido precepto, cualquiera que sea el motivo que haga suponer su posible interés en el testamento, y es excluyente porque tratándose de un régimen específico de incapacidad para ser testigo en los testamentos, son inaplicables los regímenes especiales de impedimentos para testificar en otros actos, siendo en consecuencia, inaplicables a los testigos testamentarios, el art. 114 del mismo Código relativo a los impedimentos de los testigos en el matrimonio y los arts. 452 y 454 del Código de Procedimientos Civiles, relativos a los impedimentos de los testigos en dichos procedimientos.

Consecuencia práctica de lo expuesto es que pueden ser testigos testamentarios, por no prohibirlo el comentado art. 691 C.C. no sólo los varones sino también las mujeres, así sea el testamento otorgado por escritura pública, porque aunque el art. 50 inc. 1° de la Ley del Notariado exige que los testigos en las escrituras públicas sean varones, disposición concordante del art. 683 inc. 2 del Código Civil anterior, que prohibía ser testigos testamentarios a las mujeres, el vigente art. 691 no las menciona en su enumeración y hay declaración expresa de los autores del vigente Código Civil en el sentido de que las mujeres no están impedidas de ser testigos testamentarios, por cuyo motivo no fueron incluidas en la enumeración de impedimentos del pre-

cepto comentado. (31) Además, el texto del inc. 8 del mismo artículo, que prohíbe ser testigos testamentarios a "los cónyuges en un mismo testamento" no deja lugar a duda alguna de que, salvo este caso, las mujeres pueden ser testigos testamentarios.

Pueden, también ser testigos testamentarios, los sacerdotes católicos, los pastores protestantes y los ministros de cualquier otra religión; los médicos y quienes ejerzan profesiones afines, así hayan prestado o se encuentren prestando su asistencia al testador y los abogados aun cuando hayan asesorado al testador en la preparación de su testamento y estén cumpliendo en el acto de otorgamiento la función de colaborar para que se dé el debido cumplimiento a las formalidades de ley. Tampoco están impedidos de ser testigos testamentarios, los albaceas, tutores y curadores, así fuere en el testamento en que son nombrados; ni los apoderados, empleados, obreros y domésticos del testador. Asimismo, no está prohibido que los testigos testamentarios tengan entre sí cualquier grado de parentesco. Todas estas personas pueden, por lo tanto ser testigos testamentarios, mientras no adolezcan de alguno de los impedimentos señalados de manera clara y taxativa en el referido art. 691.

No obstante y en algunos casos, el régimen de incapacidad específica para los testigos testamentarios, es más severo que el establecido para otorgar testamento. Así, los menores de edad, entre los dieciocho y los veintiún años no cumplidos, los ciegos, los mudos y los analfabetos, pueden otorgar testamento en la forma señalada por la ley según los arts. 582 al 684 C.C., y para los sordos no existe, en nuestro derecho, restricción alguna en cuanto a la clase de testamento que pueden emplear. En cambio, todas estas personas adolecen de impedimento para ser testigos testamentarios según el art. 691 inc. 1º al 3º. La razón de esta desigualdad de regímenes está en que el acto de otorgar testamento puede ser necesario a la persona, para prevenir y resolver determinados problemas que pueden presentarse en su sucesión, o simplemente para proporcionar a sus herederos el título de tales, por cuyo motivo la ley procura facilitar el acto, mientras ser testigo testamentario no tiene este carácter, por-

(31) Actas. ob. cit. fasc. III 2ª ed. p. 241; Germán Aparicio G. S. ob. cit., tomo III p. 306

que el testador puede escoger otra persona. Además, para la función testifical se requiere no sólo capacidad legal de ejercicio, sino también las condiciones físicas y de cultura elemental para poder cautelar el acto, por cuyo motivo pueden otorgar testamento, pero no ser testigos testamentarios, los ciegos, los sordos, los mudos y los analfabetos.

Son además principios doctrinarios aplicables a los impedimentos de los testigos testamentarios, que como la capacidad se presume y la incapacidad no, las incapacidades para estos testigos deben estar no solamente señaladas expresamente en el citado art. 691 C.C., sino que deben ser debidamente probadas por quien las invoque en juicio. Asimismo, es aplicable el principio según el cual la incapacidad, inhabilidad o impedimento del testigo, empleando en este caso los citados términos como sinónimos, debe existir al momento de otorgarse el testamento.

Finalmente, no es cuestión doctrinaria, sino regla de prudencia que debe aconsejarse al testador, que sus testigos testamentarios sean personas idóneas, porque dentro de nuestro régimen procesal en el caso de los testamentos cerrados, los testigos testamentarios deberán ser citados a declarar sobre la realidad del testamento en que han intervenido, en el procedimiento no contencioso de apertura de los referidos testamentos, según lo disponen los arts. 1231 al 1234, 1237 y 1241 del Código de Procedimientos Civiles, y porque también aun en los otorgados por escritura pública, los testigos que intervienen en este acto pueden ser citados a declarar en juicio si dicho testamento fuere impugnado invocándose falta de autenticidad del mismo o de libertad en el testador, incapacidad de éste o incumplimiento de los requisitos formales del acto.

En cuanto a las referencias propias de cada uno de los ocho incisos del precepto comentado, éstas son las siguientes:

Inc. 1º Aunque la referencia a los incapaces de ejercicio hecha en este inciso, incluye según nuestro derecho tanto a los incapaces absolutos del art. 9 C.C. así como también a los denominados incapaces relativos señalados en los arts. 10 y 555 del mismo Código, opino que es preciso tener presente, a la luz del derecho comparado, que algunos de estos últimos, por la natu-

raleza misma de la causal de la incapacidad que se les atribuye y por la extensión de ésta, se encuentran en un caso especial. Con respecto a los incluídos en la enumeración del art. 555, opino que adolecen indudablemente de incapacidad para ser testigos testamentarios, los débiles mentales del inc. 1º, los enfermos mentales del inc. 2º, los sordomudos del inc. 3º, los ebrios habituales del inc. 5º y los toxicómanos del inc. 8º, porque estas son causales que conllevan la perturbación de las facultades mentales. Pero no hay justificación suficiente que afecte a los pródigos del inc. 4, a los que incurran en mala gestión económica del inc. 6 y a los que sufran la pena de interdicción civil del inc. 7, porque no existe, en estas últimas personas, la denominada *incapacidad natural* y porque, en el caso de los sujetos a interdicción por efectos de una condena, en que se impuso dicha medida accesoria, debe tenerse presente que sus efectos legales son únicamente los precisados en el art. 32 del Código Penal, que no incluye la incapacidad de otorgar testamento, como lo expliqué en otro trabajo (32), ni tampoco la de ser testigo testamentario. Pero, siendo ésta sólo una opinión, es prudente, que si ello fuese posible, no se les encomiende esta función para no exponerse a que con un criterio rigorista, que no atiende a estas particulares circunstancias, pueda considerarse que están impedidos también y declararse nulo el testamento en que intervinieron como testigos.

Inc. 2. Las personas a quienes se refiere este inciso, que son los ciegos, los sordos y los mudos, y que incluye, desde luego, a los sordomudos por padecer de dos de estas causales, así puedan expresar su voluntad de manera indubitable, están impedidas, no por incapacidad legal general, sino por su inhabilitación física. Lo están, por eso, el ciego que no puede ver lo que ocurre en la facción testamentaria, el sordo que no puede oír lo que dice el testador y el mudo porque, pudiendo ser llamado el testigo a declarar ante el Juez después de la muerte del testador en el procedimiento no contencioso de apertura de testamentos cerrados, o en juicio, no podría darse a entender oralmente.

Inc. 3. Los analfabetos están impedidos de ser testigos en los testamentos, en virtud de este inciso, tal como lo están de

(32) "Capacidad del testador", Lima 1970, Nº 16. Sustenta opinión contraria el Dr. Pulg Peña, ob. cit., Tomo V., Sucesiones, vol. I, Madrid, 1954, p. 175.

serlo en las escrituras públicas por el art. 51 inc. 3 de la Ley del Notariado, por presumirse que quien no sabe leer y escribir carece de la cultura indispensable para el desempeño de la función testifical, que incluye la posible lectura del documento y el empleo de la firma.

Inc. 4. En este inciso se prohíbe que sean testigos testamentarios *los herederos en el testamento en que se les instituye*, lo cual está plenamente justificado, porque no es admisible que alguien sea testigo en acto que le favorece de manera personal y directa.

La misma prohibición se extiende, según dicho inciso y con amplitud considerable, a los *parientes de dichos herederos, hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad*, habiendo seguido al respecto nuestro Código, casi textualmente, lo que disponía el art. 683 inc. 3 del anterior, que a su vez se inspiró en el art. 467 del C.C. de Bolivia que así lo establece. Responde a un criterio más moderno el art. 1630 inc. 4 del C.C. del Brasil que limita este impedimento, específicamente, a los ascendientes, descendientes, hermanos y cónyuge de los herederos instituidos en el testamento.

En nuestra jurisprudencia hay dos casos de aplicación de este impedimento, que serán mencionados en la parte final del número siguiente.

Inc. 5. Es el caso de *los legatarios que están impedidos de ser testigos testamentarios en el testamento en que se les instituye*, lo cual es perfectamente lógico, pero el impedimento, en este caso y de conformidad con dicho inciso se limita al legatario mismo y no se extiende a los parientes de éste, como ocurre con el heredero. Las fuentes de esta norma se encuentran en el art. 683 inc. 8 de nuestro Código Civil anterior de 1852, y en el art. 1650 inc. 5º del Código Civil del Brasil de 1916, ninguno de los cuales extiende a los parientes del legatario la prohibición establecida para los parientes del heredero.

En la doctrina brasileña se critica tal desigualdad, sosteniéndose que tanto los parientes de los herederos, así como de los legatarios deben estar sujetos a igual prohibición. La enmienda ha sido sugerida en este sentido en el Anteproyecto de Có-

digo Civil para ese país, de 1963 y en el Proyecto de 1965. La reforma propuesta consiste en incluir al heredero y al legatario, en el mismo inciso aplicando la incompatibilidad a uno y a otro, así como a los ascendientes, descendientes, cónyuges y hermanos, tanto de los herederos como de los legatarios instituidos en el testamento. (33) Disposición análoga, de igual claridad y extensión se encuentra en el Código Civil de México, para el Distrito y Territorios Federales, art. 1502 inc. 6. En el Código Civil francés, art. 975, se prohíbe ser testigos testamentarios a los legatarios, sea cual fuere su título, y a los parientes de éstos, consanguíneos o afines, hasta el cuarto grado. Dentro de la terminología de dicho Código la disposición incluye a los herederos cuando son instituidos en testamento y a sus parientes con la misma extensión. En el Código Civil argentino, mediante una fórmula más simple, el art. 3706, se refiere el impedimento a los herederos instituidos en testamento, a los legatarios y a los que reciben algún favor por las disposiciones del testador.

Inc. 6. La fuente de este inciso, que prohíbe ser testigos testamentarios a los *acreedores del testador si no pueden probar su crédito por medios distintos del testamento*, se encuentra en el art. 683 inc. 9 del C.C. anterior. La razón del impedimento está en que los acreedores pueden tener tanto o mayor interés que los herederos o los legatarios, ya que su derecho es preferente al de unos y otros, pudiendo alcanzar elevado monto. Como la excepción que este inciso permite puede ser fácil de salvar, sería preferible consignar la prohibición en forma absoluta y sin excepciones, adoptándose la regla general de que no pueden ser testigos testamentarios las personas que tengan interés notorio en el testamento.

Inc. 7. En este inciso, cuya fuente se encuentra en el inc. 10 del art. 683 del C.C. anterior que prohibía ser testigos testamentarios a los *amanuenses del escribano que autoriza el testamento*, ha sido debidamente ampliada, incluyéndose a todos los dependientes del notario y a los parientes de éste, dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. El

(33) Clovis Bevilacqua "Código civil dos Estados Unidos do Brasil" Commentado, 6ª ed. Rio de Janeiro, 1947, tomo 6º; Pontes de Miranda "Tratado de Direito Privado", Rio de Janeiro, 1968, Tomo LVII; Washington de Barros Monteiro "Curso de Direito Civil", Direito das Sucessões" 5, ed., Sao Paulo, 1964; "Anteprojeto de Código Civil" del Prof. Orlando Gómez, Rio de Janeiro, 1963, art. 812; "Projeto de Código Civil apresentado per la Comissão Revisora do anteprojeto", Rio de Janeiro, 1965, art. 724.

propósito de la ley es, obviamente, que el testador lleve sus propios testigos y que en todo caso, sean personas que no tengan con el notario relación alguna, ni de dependencia ni de parentesco. Pero, nuevamente en este caso, el legislador ha omitido incluir en la prohibición al cónyuge del notario, que como ha sido explicado, en el N° 23, no está incluido en la referencia a los parientes por afinidad.

Inc. 8. Este último inciso del comentado art. 691, en que se declara que no pueden ser testigos testamentarios "los cónyuges en un mismo testamento", confirma lo ya expresado, de que en el Perú las mujeres pueden ser testigos en los testamentos notariales, pues de otra manera la prohibición carecería de objeto.

En cuanto a su sentido estricto, es notorio que se dirige a impedir que entre los testigos testamentarios se encuentren parejas de casados. Tal sentido es, además, el que le corresponde con arreglo a su fuente, que se encuentra en el Código Civil francés cuyo art. 980, modificado por las leyes del 7. XII. 1897 y del 8. XII. 1950, dice en su parte final refiriéndose a los testigos en el testamento: "Podrán ser de uno y otro sexo pero el marido y la mujer no podrán ser testigos en el mismo". En cambio, no hay prohibición legal, como se dijo ya, para que los testigos testamentarios sean parientes entre sí.

No se refiere este inciso al cónyuge del testador, cuyo impedimento, que es obvio, resulta de la aplicación del inciso 4° que prohíbe ser testigos testamentarios a "los herederos en el testamento que los instituye", y los cónyuges son entre sí herederos forzosos en la sucesión testamentaria y legales en la intestada, según los arts. 700, 704, 760 y 765 al 770 y por lo tanto el legislador supone que el testador los instituirá como tales en su testamento. No se ha previsto el caso de que se tratara de un testamento que, por diversas razones, entre ellas por ser modificatorio de otro, no contuviera institución de herederos, en cuyo caso, el cónyuge del testador no estaría impedido de ser testigo testamentario, lo cual sería un notorio absurdo al que llevaría la defectuosa redacción de los citados incisos 4 y 8, que incurriendo nuevamente en el mismo defecto ya señalado en el art. 690 omite incluir entre las personas impedidas al cónyuge del testador, cuyo interés en el testamento es notorio y evidente, igual o mayor que el de los parientes consanguíneos o afines.

En la legislación comparada hay algunos ejemplos para ilustrar el tema. El Código Civil suizo, en su art. 503 claramente dice que no pueden concurrir como testigos testamentarios "los cónyuges y el cónyuge del mismo testador". El Código Civil alemán, en su art. 2234, tampoco permite al cónyuge del testador intervenir como testigo en el testamento, aunque el matrimonio ya no exista, extendiendo así la prohibición al cónyuge divorciado.

25. VALOR DE LA PRESENCIA DE LOS TESTIGOS TESTAMENTARIOS Y CASO DE SU CAPACIDAD APARENTE.

El comentado art. 691 del Código Civil permite examinar dos cuestiones más. La primera consiste en determinar si las exigencias formalistas que este precepto establece deben ser interpretadas de manera rígida o liberal, aplicando aquí lo ya explicado en el N° 2. La segunda es precisar cómo debe resolverse el caso en que los testigos testamentarios, siendo aparentemente hábiles al intervenir en el testamento, hayan adolecido de algún impedimento legal que no era notorio al tiempo de su intervención.

En cuanto a lo primero, es necesario tener presente el origen histórico de la norma y su significación dentro del formalismo clásico. La intervención de los testigos en todos los testamentos con excepción del ológrafo, y la relación de sus impedimentos legales, constituye un requisito formal que tiene su origen en el derecho romano y cuya recepción se produjo en el derecho moderno, especialmente en el latinoamericano, a través de dos fuentes: las Partidas alfonsinas que formaron parte de la legislación colonial y el Código de Napoleón que fue el principal modelo de la mayor parte de los Códigos republicanos, siendo ambos cuerpos de leyes, salvo algunos caracteres propios, sistematizaciones del mismo derecho romano. (34). En estas fuentes se inspiraron los autores de nuestro Código Civil anterior, para redactar el art. 683 de ese Código, disposición que constituye el precedente inmediato y el modelo del art. 691 del vigente.

(34) Institutas de Justiniano lib. II, tit. V, § 6 al 11; Las siete Partidas de Alfonso el Sabio, Part. 6, tit. I, ley 99, Código de Napoleón, art. 975.

Al respecto debe advertirse en la teoría y en la práctica del derecho actual, que el valor de la intervención de los testigos en los actos jurídicos ha disminuído, a tal punto que el texto original del art. 1001 del C.C. argentino que establecía la necesaria intervención de dos testigos para la validez de las escrituras públicas en general, fue reformado por la Ley de ese país N° 15.875 que convirtió este requisito, antes obligatorio, en facultativo a juicio del escribano o de las partes. En nuestro país, sabemos por experiencia que la intervención de los testigos escriturarios exigida por los arts. 44 inc. 6, 49 inc. 2 y 50 al 52 de la Ley del Notariado, es formalidad de rutina, con la que se debe cumplir porque así lo dispone la ley, pero que en la realidad poco significa para cautelar la autenticidad del acto y la libertad con que proceden los otorgantes, pues estas garantías emanan de la intervención del notario mismo, que da fe de los actos y contratos que ante él se celebran, como se declara en el art. 1° de la misma Ley del Notariado y en el art. 401 del Código de Procedimientos Civiles.

No obstante, tal criterio no ha llegado a modificar el formalismo testamentario en América Latina y la presencia y capacidad general y especial de los testigos son exigidos en los testamentos en que interviene notario o escribano. Un nuevo criterio ha sido adoptado al respecto en los países socialistas siendo ejemplo de ello el Código Civil ruso, en que el testamento otorgado según el art. 425 ante un funcionario registral, no requiere de la presencia de testigos.

Las referencias citadas son sin duda insuficientes para aconsejar la supresión de los testigos en el testamento, acto que conviene rodear de las mayores garantías posibles, pero sirven para apreciar, con criterio más realista la intervención de aquéllos, sobre todo en el testamento otorgado por escritura pública, y para no interpretar con excesivo rigor el comentado art. 691 del vigente Código Civil, porque con respecto a este requisito formalista, como en todos los demás, no debe olvidarse que más respeto merece la voluntad del testador, siempre que conste que ha sido libre y auténticamente expresada, que los escrúpulos formalistas derivados de la interpretación rigurosa de las exigencias legales, como se explicó en el N° 2.

Estas consideraciones aportan, además, un criterio positivo y de justicia para resolver los casos de capacidad aparente

Este caso ha merecido la especial atención de dos eminentes legisladores latinoamericanos: don Andrés Bello y don Dalmacio Vélez Sarsfield. El primero en su Proyecto de 1853, art. 1177, declaraba: "Si alguna de las causas de inhabilidad expresadas en el art. no se manifestare en el aspecto o comportamiento del testigo y fuere generalmente ignorada en el departamento, *bastará la habilidad putativa para que el testamento sea válido*". Este criterio fue admitido, aunque limitándolo a sólo uno de los testigos testamentarios exigidos, en los Códigos Civiles de Chile, art. 1013; Ecuador, art. 1071 y Colombia, art. 1069. El segundo de los mencionados legisladores, lo consagró con mayor amplitud en el art. 3697 del Código Civil argentino, que dice así: "*Un testigo incapaz debe ser considerado como capaz, si según la opinión común, fuere tenido como tal*". Esta norma cuyas fuentes originarias son, como lo indica el codificador argentino en la nota respectiva, las Institutas justinianeas, las Partidas alfonsinas y la doctrina de los juristas franceses Demolombe, Marcadé, Troplong y Aubry y Rau, configura una capacidad putativa de los testigos testamentarios que está sustentada en la buena fe del notario y del testador, la que debe presumirse conforme a ley, y en el error de hecho con respecto a los impedimentos que no son notorios. Ejemplo de ello sería el caso del testigo que adoleciera de enfermedad mental y que estuviera sujeto a interdicción y que no obstante su indudable incapacidad absoluta de ejercicio, establecida por los arts. 9 inc. 2 y 555 inc. 1º y específica según el comentado art. 691 inc. 1º, interviniera como testigo testamentario sin presentar, en ese tiempo y en ese momento, signo alguno que demuestre su desorden mental, que bien podía ser ignorado por el notario, por el testador y por los demás testigos. La doctrina y la jurisprudencia francesa, argentina, brasileña, chilena y colombiana, se pronuncian en favor de una solución justa que admita como válida la capacidad aparente de los testigos testamentarios, dentro de los límites señalados por los respectivos códigos. (35)

Nuestra jurisprudencia, tanto la anterior como la posterior

(35) G. Baudry Lacantinerie, ob. cit., Tomo 3 Nº 1041; Josseland, ob. cit. Tomo III. Vol. III, Nº 1286; Borda. Ob. cit. Parte general, Tomo II, Nº 1034; y "Sucesiones" Tomo II Nº 1134; Clovis Bevilacqua "Direito das sucessões", ob. cit. § 60 p. 172 y "Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado", Rio de Janeiro, Vol. VI p. 118, Nº 3; Manuel Somarriva Undurraga, "Derecho Sucesorio", 2ª ed., Santiago de Chile, 1961. Nº 228; Hernando Carrizosa Pardo, "Sucesiones y Donaciones", 5ª ed., Bogotá, 1966, Nº 225.

al vigente Código Civil, ha sido rígida en cuanto a la aplicación del precepto que establece los impedimentos de los testigos testamentarios. Por Ejecutorias Supremas de 3 de octubre de 1924 y 8 de abril de 1926, se declaró que eran nulos los testamentos en que uno de los testigos no tenía el requisito de vecindad exigido entonces (36). En sentencias referentes al art. 691 inc. 7 del Código vigente, por Ejecutoria Suprema de 22 de diciembre de 1926 se declaró que "la inhabilidad de los testigos testamentarios envuelve una infracción de las solemnidades esenciales del testamento" y que era nulo el impugnado porque uno de los testigos era síndico de la comunidad religiosa favorecida con el testamento y otro de ellos cuñado de una de las religiosas profesas (37) no obstante que en el art. 685 del C.C. anterior, vigente entonces, estas circunstancias, aunque hacían presumir interés, no tipificaban impedimento legal alguno, porque el precepto legal se refería al parentesco y éste no es posible entre personas individuales como el síndico o la religiosa, con el convento, que es persona colectiva. En otro caso, en que el testigo y el heredero eran parientes de tercer grado de consanguinidad, no se declaró la nulidad sólo por no haberse probado el parentesco con las correspondientes partidas, sino con prueba testimonial. (38)

En cambio, es acertada la severidad de las Ejecutorias Supremas del 1º de setiembre de 1928 y de 23 de julio de 1958 (39) que declararon nulos los testamentos otorgados en escritura pública, en que aparecen interviniendo testigos que no acompañaron al testador en el momento del otorgamiento, pues ellas sancionan la corruptela consistente en hacer figurar a los testigos testamentarios en la escritura y hacerlos firmar posteriormente, cuando la ley exige su concurrencia al acto de otorgamiento y deben estar necesariamente presentes.

Salvo casos de esta naturaleza es de desear que, siguiendo la tendencia más realista del derecho actual, el rigor del comentado art. 691 C.C., cuyo principal respaldo se encuentra en su ancestro histórico, sea superado por la jurisprudencia, atendién-

(36) Anales Judiciales de 1924 p. 145 y G. Aparicio G. S. ob. cit. Tomo VIII p. 156.

(37) Anales Judiciales de 1926 p. 147 y G. Aparicio G.S. ob. cit. Tomo VIII p. 157.

(38) Rev. de Jurispr. peruana, año 1952 p. 1853.

(39) Anales Judiciales de 1928 p. 151 y de 1958 p. 16.

dose, cuando ello fuere posible, y en cuanto a la capacidad aparente de los testigos, a los conceptos de la buena fe del testador, del error común sobre la condición del testigo y a la validez que debe concederse a dicha capacidad, de conformidad con las tendencias más liberales de la doctrina.

26. EL IDIOMA EN LOS TESTAMENTOS.

En nuestro Código Civil no hay disposición alguna que establezca que los testamentos deban ser otorgados y escritos en idioma castellano, ni tampoco que autorice su otorgamiento y escritura en otro idioma.

A falta de norma expresa y a fin de precisar el sistema seguido al respecto, es necesario examinar cuidadosamente los siguientes preceptos: a) En el mismo Código Civil, los incisos 2º y 3º del artículo 687 relativo a los requisitos de forma del testamento en escritura pública, los incisos 1º y 4º del artículo 689 referente a los del testamento cerrado, y los arts. 692 y 696 sobre apertura del testamento cerrado, verificación del ológrafo y protocolización de uno y otro, que son normas de remisión al Código de Procedimientos Civiles; b) En este último, el art. 1235 2a. parte; c) En la Ley del Notariado, los arts. 25, 44 inc. 4º, 49 inc. 2º y art. 67º.

El referido examen permite formular las siguientes reglas:

1. *El testamento en escritura pública*, deberá ser otorgado y escrito en idioma castellano. En efecto, en los incisos 2º y 3º del art. 687 del Código Civil se exige para esta clase de testamento, *que el testador exprese por sí mismo su voluntad, y que el notario escriba el testamento en el registro* y en su art. 25 de la Ley del Notariado se declara que *las escrituras públicas se extenderán en castellano*. Como consideración doctrinaria adicional corresponde afirmar que siendo el testamento acto personalísimo cuyo contenido, es decir, la voluntad del testador, debe expresarse, con la mayor autenticidad posible, no es conveniente que ésta se manifieste mediante intérprete cuya posible intervención en actos notariales, a que se refieren los arts. 44 incs. 4º y 6 y 9 inc. 2º de la misma ley, no es admisible en este caso. Como se verá más adelante en las referencias de legislación comparada con que termina este numeral, el sistema que en nuestro de-

recho se sigue al respecto es el brasileño. Opino en consecuencia, que quienes no conozcan suficientemente el idioma castellano, no pueden otorgar en nuestro país el testamento en escritura pública.

2. *En el testamento cerrado*, es preciso distinguir entre los requisitos del pliego interior y los de la cubierta. En cuanto al primero, dicho pliego interior puede estar escrito en castellano o en cualquier otro idioma, pues nada lo impide, antes bien el art. 1235 del C.P.C. en su segundo párrafo, dice: *Si dicho pliego está escrito en idioma distinto del castellano se traducirá por el intérprete que nombre el Juez*. En cuanto a la segunda, es decir, a la cubierta del testamento cerrado en la cual el notario extiende un acta, la misma que inserta también en su registro, expresando que el testador le ha manifestado que el pliego cerrado que le presenta contiene su voluntad, (art. 689 inc. 1º C.C.) opino que esta sencilla declaración puede ser hecha al Notario mediante intérprete, porque ninguna disposición lo prohíbe y porque no habría otra manera mediante la cual quien ignora el idioma castellano pudiera cumplir con expresar al Notario que el pliego que le entrega contiene su testamento, cuando la ley le permite escribir el pliego interno que contiene su voluntad *en idioma distinto del castellano, según se autoriza en el ya citado párrafo segundo del art. 1235 C.P.C.* Pero ésta es sólo una opinión.

3. *En el testamento ológrafo*, no hay problema alguno al respecto. Puede ser otorgado en cualquier idioma y por consiguiente, el testador que no domina el castellano está en la más absoluta libertad de otorgarlo, escribiéndolo de su puño y letra, en su propio idioma o en cualquier otro. Ello está de acuerdo con los arts. 692 y 696 del Código Civil que, como se dijo, son normas de remisión al Código de Procedimientos Civiles en cuyo ya referido art. 1235, 2ª parte, se autoriza la intervención de intérprete, a fin de obtener la versión castellana del testamento cerrado cuyo pliego interior está escrito en lengua extranjera, regla que es aplicable en el procedimiento de verificación y protocolización del ológrafo, según los artículos citados del Código Civil.

En el derecho comparado la fuente de nuestro sistema se encuentra en el Código Civil del Brasil según el cual el testamento en escritura pública sólo puede ser otorgado en idioma nacional, art. 1632 inc. IV, parág. único, mientras en el cerrado se permite escribirlo en lengua

nacional o extranjera, art. 1640, pero en ambos casos, hay en el referido Código disposiciones expresas, que son las citadas.

Es de especial interés al respecto el Código Civil argentino, en cuyo art. 3663 se permite el otorgamiento de testamento público en texto bilingüe a fin de que conste de esta manera, en el mismo instrumento auténtico, la expresión del testador en su propio idioma y su traducción al castellano. Según la nota de Vélez Sarsfield, dicho precepto se inspiró en el C.C. prusiano y conviene en los países de inmigración. Se indica en la doctrina argentina, que si hubiera desacuerdo entre el texto original en lengua extranjera y su versión castellana, expresado el primero por el testador y la segunda por el intérprete, es obvio que deberá prevalecer el primero. En cuanto al origen de esta norma conviene señalar, además de la indicada por su autor, el art. 566 del Proyecto García Goyena, precepto de igual sentido pero de mayor amplitud, porque se refiere a toda clase de testamentos, y que a su vez constituye el antecedente del art. 684 del Código Civil español. Es también pertinente el art. 799 del C.C. uruguayo, concordante con los citados dispositivos argentino y español. El C.C. de Venezuela contiene un dispositivo, el art. 863, que permite al testador que no hablare ni entendiere el idioma castellano ser asistido en *todo caso* por un intérprete que él mismo elegirá y que deberá firmar también el acta.

El examen de éstas y otras disposiciones pertinentes extranjeras, muestran la conveniencia de que nuestro Código Civil contenga regla expresa que elimine toda duda sobre tan importante materia. Mientras tanto y en el aspecto profesional, es regla de prudencia aconsejar a quien desee otorgar testamento en el Perú y no conozca el idioma castellano, que lo otorgue ológrafo o ante el Cónsul de su país.