

Formalidades de los Testamentos*

Por ROMULO E. LANATTA

Profesor Principal

Resumen: Completando lo explicado en las secciones anteriores sobre el testamento en general, las formalidades comunes de los testamentos y los otorgados en escritura pública y cerrado, (secciones primera a cuarta) el presente número contiene las secciones quinta relativa al testamento ológrafo y la sexta sobre los testamentos especiales, el resumen de cada una de las cuales está prolijamente detallado al comienzo de estas secciones.

Este trabajo será completado con el título "Reseña Crítica", que contendrá el Nº 80, denominado "Conclusiones", que por falta de espacio no publicamos y que saldrá a luz en el folleto que se encuentra en prensa y en el que aparecerá el trabajo íntegro, que consta de siete secciones y ochenta numerales, siendo un estudio exhaustivo, el más amplio y avanzado que se publica en el Perú sobre esta materia.

SECCIÓN QUINTA

TESTAMENTO OLOGRAFO

SUMARIO:

Sección Quinta. Testamento ológrafo.

53. Concepto.— 54. Disposiciones legales aplicables.— 55. Incapacidades especiales relativas a este testamento.— 56. Formalidades esenciales para su validez: el art. 694 C.C.— 57. La escritura.— 58. La fecha.— 59. La firma.— 60. Plazo para pedir la protocolización.— 61. Legislación comparada.— 62. Además de sus formalidades esenciales, ¿son también exigibles para el testamento ológrafo todos los requisitos generales del art. 685 C.C.?— 63. Modalidades especiales de algunos testa-

* Las secciones primera y segunda aparecieron en el vol. 35 de 1971, págs. 63 y ss; y las secciones tercera y cuarta en el vol. 36 de 1972 págs. 5 y ss.

mentos ológrafos.— 64. Abierto y cerrado.— 65. Otorgado en varios ejemplares.— 66. Testamento ológrafo en carta misiva.— 67. Otorgado en el extranjero.— 68. Intercalaciones, enmiendas y adiciones.— 69. Formalidades superfluas.— 70. Comprobación judicial y protocolización notarial del testamento ológrafo. Generalidades.— 71. Disposiciones pertinentes del Código Civil.— 72. Disposiciones aplicables del Código de Procedimientos Civiles.— 73. Normas notariales y registrales relativas a la protocolización.— 74. Valor probatorio del testamento ológrafo.— 75. Sus ventajas e inconvenientes.— 76. Manifestaciones escritas informales de voluntad *mortis causa*.

53. CONCEPTO

Testamento ológrafo es el otorgado en documento privado, íntegramente manuscrito, fechado y firmado por el mismo testador. Su nombre proviene de las palabras griegas *holo*, que significa todo, y *graphos*, escrito. No es otorgado ante notario, ni requiere de la intervención de testigos. Es un testamento autógrafo.

En cuanto a su naturaleza, como acto jurídico y como instrumento, corresponde explicar lo siguiente: Como acto jurídico, es un acto solemne, porque la solemnidad en este caso, como ha sido explicado en el N° 1, no consiste en la celebración de ceremonia alguna, sino en dar cumplimiento, en cuanto a la forma, a los requisitos imperativamente señalados por la ley y cuya inobservancia trae consigo la nulidad absoluta del acto. Dichos requisitos esenciales, propios del testamento ológrafo, son la autografía, la fecha y la firma del testador, indicados en la primera parte del art. 694 del Código Civil y su incumplimiento produce la nulidad absoluta y total de este testamento por lo dispuesto en el ya citado art. 1123 inc. 3° del mismo Código. Como instrumento, el testamento ológrafo desde su otorgamiento hasta su comprobación, es un instrumento privado. Pero, cuando después del fallecimiento del otorgante y de seguirse el procedimiento que la ley exige para su comprobación y aprobación judicial y protocolización notarial, es efectuada ésta, se convierte en instrumento público y adquiere el valor probatorio que como tal le corresponde de conformidad con los arts. 400 inc. 1° 401 y 402 del Código de Procedimientos Civiles.

Justificando la adopción de esta forma testamentaria, en los trabajos de la Comisión Reformadora que elaboró el Proyecto de nuestro vigente Código Civil de 1936, el ponente del Libro de Sucesiones Sr. Dr. Juan José Calle expresó lo siguiente: "Ninguna forma más fácil, más sincera y más cómoda de expresar la voluntad que la de consignarla por escrito y firmada de propia mano, forma que no depende sino del testador y que consulta mejor la serenidad de ánimo y la libertad que ha menester una disposición de última voluntad, poniéndola fuera de toda influencia extraña o presión moral y que tiene, además, la ventaja de la autenticidad que se manifiesta inmediatamente. Los Códigos de Alemania, Argentina, Austria, Bélgica, España, Cuba, Francia, Holanda, Honduras, Panamá y Suiza, admiten el testamento ológrafo y no hay razón alguna para que no lo consignemos en el Código Civil del Perú". (74)

54. DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES.

Son las siguientes:

I. Respecto de los requisitos comunes a todo testamento, el art. 685 C.C., con las salvedades que serán indicadas en el N° 62.

II. Sobre las formalidades propias del testamento ológrafo, el art. 694 C.C., en su primera parte;

III. Acerca de las incapacidades especiales para emplear esta clase de testamento, los arts. 682 al 684 C.C.

IV. Normas relativas a su presentación, comprobación y aprobación judicial y a su protocolización notarial, los arts. 694 2a. parte y 695 al 697 del Código Civil y las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles que serán enumeradas en el N° 72.

V. Preceptos notariales y registrales: los arts 1059 y 1062 del Código Civil, el art. 89 de la Ley del Notariado y el art. 142 del Reglamento de las Inscripciones de los Registros Públicos;

(74) Actas, Fasc. 3º, 2a. ed., p. 6.

VI. En la legislación fiscal, el Decreto Supremo N° 261-68 HC del 2 de agosto de 1968, dictado según la autorización dada por la Ley N° 17.044.

55. INCAPACIDADES ESPECIALES RELATIVAS A ESTE TESTAMENTO.

Las incapacidades especiales para emplear esta clase de testamento, son:

1. *No haber cumplido 21 años.* En efecto, la capacidad general para testar se adquiere a los 18 años, mas para el testamento ológrafo se exige 21, según el art. 682 del Código Civil que dice: *Pueden testar los mayores de dieciocho años, pero se necesita ser mayor de edad para hacerlo en forma ológrafa.* Esta disposición tiene sus fuentes en el art. 688 del Código Civil español y en el 2247 del alemán. Comenté el referido precepto del Código Civil peruano en trabajo anterior, citado en la nota 40, opinando por la improcedencia de esta distinción, que no existe en Códigos Civiles tan cuidadosamente elaborados como el argentino, art. 3614 y el italiano art. 591 inc. 1°, preceptos que señalan la edad de dieciocho años para adquirir la capacidad de testar, sin establecer diferencia alguna en cuanto a la clase de testamento que se emplee.

2. *Ser ciego o analfabeto*, por aplicación del art. 684 que dice: *El ciego y el analfabeto sólo pueden testar en escritura pública.....* Sobre el particular se advierte que, mientras la incapacidad natural del analfabeto para otorgar esta clase de testamento es obvia, no ocurre así con la del invidente quien, si adquirió la ceguera cuando ya sabía escribir, no debiera ser privado de expresar su voluntad testamentaria en una forma a la que puede dar el debido cumplimiento.

56. FORMALIDADES ESENCIALES PARA SU VALIDEZ: EL ART. 694 C.C.

El referido precepto dice así:

Art. 694. El testamento ológrafo debe ser escrito, firmado y fechado por la mano del testador.

Para que valga, deberá pedirse su protocolización en el plazo de dos años contados desde el día del fallecimiento del testador.

Como fácilmente se aprecia, esta disposición consta de dos partes que se refieren a momentos diferentes. La primera, relativa al acto de otorgamiento, establece cuáles son los requisitos formales específicos del testamento ológrafo, que consisten en sus tres elementos clásicos: la autografía, la fecha y la firma del testador. La palabra *debe*, empleada en la redacción del precepto acentúa su carácter imperativo. Se trata en efecto, de formalidades esenciales, porque son establecidas *ad solemnitatem* y cuyo incumplimiento por consiguiente, produce la nulidad del referido testamento por aplicación de lo dispuesto en el ya citado art. 1123 del mismo Código, que dice así: *El acto jurídico es nulo: 3º Cuando no revistiese la forma prescrita por la ley, salvo que ésta establezca una sanción diversa*. No existiendo para el incumplimiento de las formalidades de ley en los actos solemnes tal "sanción diversa", la inobservancia de cualquiera de sus tres formalidades esenciales produce la nulidad absoluta del testamento ológrafo.

Habiendo sido explicado, en el N° 5, que esta nulidad en nuestro derecho y con arreglo a los arts. 1123 inc. 3 y 1124 del Código Civil, algunas veces opera *ipso jure* y otras por vía de acción, aunque en ambos casos sus efectos alcancen al acto *ab initio*, corresponde indicar que en este caso funcionará de una u otra manera según que la inobservancia de dichas formalidades esenciales esté o no de manifiesto. Así, un testamento que pretenda ser ológrafo, porque fue escrito, fechado y firmado por

el testador, pero cuya escritura la hizo en máquina, adolece de nulidad absoluta *ipso jure* porque la escritura que exige la ley es la hecha *por la mano* del testador, esto es la autografía, y el incumplimiento de tal requisito es en tal caso notorio y está de manifiesto. En cambio, otro caso, en que la letra con que está escrito fuera falsificada, tal testamento adolecerá también de nulidad absoluta, pero para la efectividad de ésta se requiere emplear la vía judicial en que, quien invoque tal causal de nulidad deberá demandarla, probarla y obtener sentencia firme, en que sea declarada.

Otro aspecto que se advierte en la primera parte de este artículo, es el orden impropio en que los tres requisitos esenciales están enumerados. En efecto, quien tomare al pie de la letra tal enumeración, escribiría primero el texto, luego lo firmaría y finalmente pondría la fecha de otorgamiento, cuando lo normal y conveniente es que la firma vaya siempre en último lugar, porque ella confiere valor a todo el documento, inclusive a la fecha. Este aparente defecto de redacción proviene de haberse tomado, casi literalmente y sin haber reparado en ello, la primera parte del art. 970 del Código de Napoleón en que se declara, no por inadvertencia, sino porque en esa fuente se siguió el antiguo derecho costumbrista francés, que el testamento ológrafo debe estar: "escrito por entero, *firmado y fechado* de la mano misma del testador". Pero la jurisprudencia francesa, interpretando liberalmente el citado precepto, ha admitido reiteradamente la validez tanto de los testamentos ológrafos en que la firma precede a la fecha siguiendo el orden en que el Código enumera estos requisitos, así como la de aquéllos en que aparecen, luego del texto, primero la fecha y después la firma, que es lo razonable, y hasta de testamentos ológrafos en que la fecha se encuentra al comienzo o en otro lugar del texto siempre que en forma indubitable se refiera a todo el documento (75). Además, en la doctrina del mismo país Pothier, citado por Baudry-Lacantinerie, opina que la firma deberá ser puesta al final, porque "ella es el complemento y la perfección del documento" (76). No incurrieron en el defecto anotado, ni el Có-

(75) Planol, Ripert, Trasbot, ob. cit., tomo V, Nº 540; Ripert-Boulanger, ob. cit., tomo X, vol. 2, Nº 1968.

(76) Pothier, "Des donations et testaments", cap. I, art. 2 § 2; Baudry-Lacantinerie, "Traité Théorique et pratique de Droit Civil", tomo XI, vol II, ns. 1977 y 1988.

digo Civil argentino en su art. 3639, ni el italiano en su art. 602, pues en ambos al adoptar la fórmula francesa la corrigieron diciendo, como corresponde, que el testamento ológrafo debe ser escrito por entero *fechado y firmado* por el testador. En nuestro derecho, sin perjuicio de tenerse presente este defecto de la primera parte del referido art. 664 del Código Civil, para corregirlo en su oportunidad, carece de importancia práctica el orden en que sean cumplidas las dos aludidas formalidades, bastando con que la firma sea puesta al final del texto, antes o después de la fecha, confiriendo valor al documento, en uno u otro caso, así como también cuando, como ocurre frecuentemente en los documentos privados, y también en los públicos, la fecha figura al comienzo del testamento.

Otros aspectos relacionados con los tres requisitos esenciales del testamento ológrafo, a que se refiere la primera parte del art. 694 del C.C. serán examinados en los numerales siguientes.

En cuanto a la segunda parte del precepto comentado, según la cual para la validez del testamento ológrafo deberá pedirse su protocolización dentro del plazo de dos años contados desde el día del fallecimiento del testador, será glosada en el N° 60.

Son concordancias de la primera parte del art. 694 del Código Civil los arts. 682, 685, 1123 inc. 3 y 1124 del mismo Código.

57. LA ESCRITURA.

La exigencia legal de que el testamento ológrafo sea escrito íntegramente por su otorgante tiene por objeto que, en su oportunidad, se establezca la autenticidad o falsedad del documento mediante el peritaje caligráfico de su cotejo con documentos indubitables en que aparezcan la letra y firma que empleaba el testador. A falta de elementos para el cotejo y según lo dispone el art. 695, la autenticidad del documento se comprobará mediante la declaración de tres testigos *que conozcan la letra y firma del testador*. La escritura a mano es, en efecto, un elemen-

to que permite establecer la identidad de quien la emplea. La Grafología, que estudia la escritura, es ya una disciplina científica útil en éste y en otros campos, aun cuando, en nuestra realidad judicial, los peritajes caligráficos no siempre están elaborados por técnicos en la materia.

Para escribir su testamento ológrafo el testador puede emplear lapicero, bolígrafo, lápiz, etc., salvo con respecto a algunos de estos medios, la menor duración de la escritura y la consiguiente mayor dificultad para el cotejo.

En cuanto al material sobre el que podrá ser escrito, el Decreto Supremo N° 261-68-HC del 2 de agosto de 1968 expedido en virtud de la autorización contenida en la Ley N° 17.044, establece lo mismo que en la precedente Ley N° 13.985 del 7 de febrero de 1962, que el testamento ológrafo debe ser extendido en papel sellado de cincuenta soles la foja, pero en ambas disposiciones se indica también que puede extenderse en cualquier papel y que para su comprobación deberá hacerse el reintegro correspondiente. Se trata, en efecto, de exigencia tributaria, que puede ser subsanada como se indica y no de requisito formal. Por consiguiente, el testamento ológrafo podrá ser extendido en papel sellado de cualquier valor o en papel común. No obstante, es recomendable el empleo del papel sellado, porque su calidad y rayado facilitan la escritura a mano y porque, siendo en todo caso numerado, todo ello contribuye, cuando se emplea apropiadamente, a eliminar dudas sobre la correlación de las páginas y la integridad del documento.

Sobre el posible empleo de otros materiales para extender en ellos la escritura, la doctrina se refiere a múltiples situaciones, resolviéndolas siempre en forma favorable a la validez del testamento. En nuestro derecho positivo, el art. 695 del Código Civil, al indicar que *el juez rubricará todas sus fojas*, se refiere al testamento extendido sobre papel u otro material equivalente que permita hacerlo así. Pero, el escribirlo sobre papel no es formalidad esencial para su validez y puede admitirse el que fuera excepcionalmente escrito de otra manera. Tal el caso del escrito sobre la pared del calabozo de una prisión, que puede ser trasladado al papel mediante la fotografía. La ley peruana no lo impide y la doctrina extranjera admite la validez de los

testamentos ológrafos extendidos de esta manera, que circunstancias excepcionales justifican.

En cuanto a los caracteres que debe emplear el testador, no existe en nuestro Código Civil la restricción de que el testamento ológrafo deba ser escrito precisamente con caracteres alfabéticos. Si puede ser escrito en cualquier idioma o dialecto, porque la ley no lo prohíbe, es obvio que su escritura podrá ser con los caracteres de nuestro alfabeto así como en otros diferentes, propios del idioma que se emplee, tales como los hebreos o arábigos, o mediante la escritura ideográfica china. En estos casos conviene que la diligencia de cotejo vaya unida a la de traducción que la ley autoriza.

Siempre con respecto a la escritura y acerca de la frase *por la mano del testador*, que indica el comentado art. 694 en su primera parte, se plantea en la doctrina la probabilidad de que a aquél, sea por su avanzada edad o por enfermedad, le temblara la mano y fuera auxiliado a su solicitud por otra persona, encontrándonos así frente a un testamento escrito *por la mano del testador*, pero con ayuda extraña. Los profesores Planiol y Ripert opinan en este caso que: "El testamento es válido cuando consta que es obra espontánea y reflexiva de su suscriptor y que el tercero le ha prestado sólo asistencia material, o sea, que no ha guiado su cerebro ni su voluntad sino que ha servido de apoyo o auxilio a una mano debilitada" (77). Esta opinión, teóricamente inobjetable, no basta para resolver el problema práctico que consistirá en precisar si la letra es o no la propia del testador. Es refiriéndose a este aspecto que el Prof. Cicu considera que "habrá nulidad formal cuando no sea identificable la letra del testador" (78). *En nuestro derecho debe tenerse presente que la exigencia de que el testamento ológrafo deba ser escrito por la mano del testador, no se limita al requisito material, sino que supone que la mano del testador escriba dirigida por la voluntad de éste, con su propia letra y con entera libertad.* Por lo tanto, quien no está en condiciones físicas de otorgar un testamento ológrafo, no debería emplearlo.

(77) Planiol-Ripert "Traité Élémentaire de Droit Civil", T. III, 10me. ed. Paris, 1927, Nº 2688.

(78) Cicu, ob. cit., p. 55.

58. LA FECHA.

La indicación de la fecha de otorgamiento, requisito general que todo testamento debe tener según el art. 658 C.C., es además y como ha sido explicado, uno de los tres requisitos propios del testamento ológrafo, esencial para su validez, por lo dispuesto en el art. 694 del mismo Código. Son por consiguiente aplicables las indicaciones generales dadas sobre este requisito en el N° 21, parágrafo 6°.

Tales indicaciones pueden ser suficientes cuando se trata de la fecha puesta en los testamentos otorgados en escritura pública y en el acta que figura en la cubierta de los cerrados, porque la intervención del notario, en uno y otro caso, permite asegurar que este importante dato será expresado con precisión y claridad. Pero no ocurre lo mismo en los testamentos ológrafos en que el testador, que carece de tal intervención, puede haberla expresado adoptando modalidades no previstas por la ley, y que pueden llevar al intérprete a dudar sobre la eficacia de tales maneras de cumplir el requisito y por lo tanto sobre la validez del testamento ológrafo en que hubieran sido empleadas.

En algunos Códigos Civiles extranjeros hay reglas precisas sobre el particular. Así, el de España, art. 688, exige para la validez del testamento ológrafo la "expresión del año, mes y día en que se otorgue", y el de Italia, art. 602 establece, para todo testamento, que: "La fecha debe contener la indicación del día, mes y año". Con criterio diferente el Código Civil argentino, en su art. 3642, establece para el ológrafo que: "Las indicaciones del día, mes y año en que se hace el testamento no es indispensable que sean según el calendario; pueden ser reemplazadas por enunciaciones perfectamente equivalentes, que fijen de una manera precisa la fecha del testamento". En la correspondiente nota, Vélez Sarsfield ejemplifica la regla indicando el caso en que se hubiere dicho: "firmado el Viernes Santo de 1869", y cita al efecto varias obras de los grandes juristas franceses de la época.

En nuestro Código Civil no existe disposición alguna que establezca la manera de expresar la fecha en el testamento oló-

grafo, y aunque es obvio que conviene hacerlo expresando el día mes y año, no podría negarse validez al acto si el testador indica la fecha de manera indirecta expresando, por ejemplo, que lo otorga en la Navidad de 1972, o al cumplir los sesenta años de edad. En casos como éstos, la modalidad empleada permite precisar con certeza la fecha del testamento, con el único inconveniente de que algunas veces se requiere acreditar la fecha del acontecimiento a que se hace referencia, lo cual obliga a emplear medios probatorios distintos del mismo acto.

La razón que justifica la eventual admisión de tal modalidad está en que no puede exigirse a quien otorga un testamento ológrafo, precisiones que nuestra ley no le exige y que, como en otros casos, cualquier duda sobre la validez del cumplimiento de requisitos formales del testamento debe interpretarse en favor de la validez del acto.

La problemática del testamento ológrafo presenta, además, en este aspecto, los casos de la fecha múltiple, de la errónea y de la falsa.

En cuanto a la fecha múltiple, es posible que un testamento ológrafo pueda tener varias fechas, debido a que, como ha sido ya explicado, no se exige en esta clase de testamento la unidad del acto y por consiguiente puede haber sido hecho por partes, en diferentes momentos, consignando en cada parte la fecha correspondiente. La válida, en tal caso, es la última, porque es la que corresponde a la conclusión del acto.

En lo relativo a la fecha errónea y a la falsa, ambos casos tienen un supuesto común consistente en que la indicada en el testamento no es verdadera. En ambos, tanto en la legislación comparada como en la doctrina correspondiente, hay apropiadas soluciones. Para el caso de la fecha errónea, don Dalmacio Vélez Sarsfield, siguiendo la doctrina francesa de su época, formuló en el art. 3643 una regla liberal según la cual la fecha errada puede ser considerada suficiente cuando es debida a la inadvertencia del testador y existen, en el testamento o fuera de él, elementos que permiten fijarla de manera cierta. Pero tal deficiencia no produce la nulidad del acto. Otra ilustrativa fórmula, la del Código Civil italiano, es aplicable tanto a la fe-

cha errónea como a la falsa y establece un criterio valioso y práctico para resolver estos problemas. En el art. 602, *in fine* de dicho Código se indica que la prueba sobre falta de verdad en la fecha del testamento ológrafo se admite sólo cuando se trata de juzgar sobre la capacidad del testador, sobre la prioridad cronológica entre varios testamentos o acerca de cualquier otra cuestión que deba decidirse a base del momento que fue otorgado el testamento. Esta norma, como principio de derecho, es de lógica incuestionable. En efecto, si de la exactitud de la fecha no va a derivarse ningún efecto, ¿qué interés puede tener acreditar la inexactitud en que el testador puede haber incurrido, por descuido, o intencionadamente, si ello carece de consecuencias prácticas? La voluntad del testador, fuera de los casos ya señalados, no está vinculada a la fecha. Es siempre su última voluntad, mantenida en el tiempo hasta el momento de su muerte. Declarar nulo un testamento ológrafo, porque se incurrió en inexactitud al indicar la fecha, sería injusto. Además, si tal inexactitud se cometió por error, no se trata del error substancial que vicia el acto jurídico conforme a los arts. 1079 al 1081 de nuestro Código Civil, sino del que la doctrina denomina *indiferente o accidental*, porque no influye en la decisión del otorgante y por consiguiente no vicia el consentimiento.

59. LA FIRMA.

La firma del testador es el tercero de los elementos clásicos esenciales para la validez del testamento ológrafo, según el comentado art. 694. No está señalado entre los requisitos comunes de todo testamento enumerados por el art. 685 del Código Civil, debido a que en el art. 687 inc. 5 del mismo Código se permite, en el testamento por escritura pública únicamente, la firma a ruego por uno de los testigos testamentarios cuando el testador no sabe o no puede firmar. Esta regla particularísima no se aplica de manera alguna al ológrafo en que, como es de ley, el testador debe firmar por su propia mano el testamento que escribió y fechó de igual manera. Nada puede reemplazar este requisito, con el cual se prueba que no se trata de un simple proyecto sino de un acto jurídico concluido y perfecto.

Lo atinente a la firma en el testamento ológrafo presenta como cuestiones la de explicar cuál es la firma que debe considerarse como válida, punto que ya fue examinado en la parte general, (*supra* N° 22) y la de resolver el sencillo problema de precisar dónde debe ir la firma, debido al indicado defecto del art. 694 que menciona la firma antes que la fecha, tema éste que ya fue examinado. (*supra* N° 56).

Sólo falta indicar que cualquier agregado que se haga al testamento ológrafo por su otorgante, luego de haberlo fechado y firmado, debe ser vuelto a fechar y firmar para darle valor; que en cuanto a la colocación de la firma al margen esto es recomendable en las páginas anteriores, y que en la última debe ir al final, pero que, si también en ésta se firmó sólo al margen, tal error es disculpable y no hay norma legal alguna que permita declarar nulo el testamento ológrafo por tal motivo, pues lo esencial es que el testador cumplió con estampar la firma en la manera en que entendió que autorizaba lo escrito. Finalmente, el caso de que estando el testamento ológrafo encerrado en un sobre, la fecha vaya en éste y no en el pliego interior, ofrece un problema de mayor dificultad, no obstante lo cual tal caso ha sido resuelto por la jurisprudencia francesa favorablemente a la validez del acto. La razón está en considerar que, en tales circunstancias, el pliego y el sobre forman un todo indivisible. (79).

60. PLAZO PARA PEDIR LA PROTOCOLIZACION.

La segunda parte del comentado art. 694 C.C., cuyo texto aparece inserto al comienzo del numeral 56, no se refiere al tiempo del otorgamiento ni a las formalidades propias de éste, sino a la etapa posterior al fallecimiento del otorgante en la que, para que el testamento ológrafo adquiera el valor probatorio que le corresponde, debe pedirse judicialmente su protocolización según los trámites de ley. Señala como plazo para solicitarla el de dos años contados desde la fecha del deceso del causante.

(79) Dalloz, 1894, I, 5333, y Sirey, 1922, 2, 38, citados por Fornieles, ob. cit., Tomo II N° 347; Ripert y Boulanger, ob. cit., Tomo II N° 1964 bis.

Con finalidad didáctica podría afirmarse, como lo hace el Prof. Castán Tobeñas, que en el testamento ológrafo hay formalidades simultáneas a su redacción u otorgamiento y formalidades posteriores o complementarias. (80). Aplicada dicha distinción al referido art. 694, está muy claro que la primera parte ya estudiada se refiere a las formalidades simultáneas al otorgamiento, mientras en la segunda parte del citado precepto, así como en el siguiente art. 695, se legisla sobre las denominadas formalidades posteriores o complementarias. Pero es preciso advertir que, en sentido estricto, sólo las primeras son verdaderamente *las formalidades* del testamento ológrafo, relativas a su otorgamiento por el testador, mientras en la segunda parte de dicho precepto y en el siguiente se legisla sobre *los trámites* que, muerto el testador, son efectuados por sus herederos u otras personas y que tienen por objeto la comprobación judicial de la autenticidad del acto y del cumplimiento de sus formalidades de ley a fin de que se ordene por el juez la protocolización notarial que el testamento ológrafo requiere para adquirir su eficacia legal.

En lo relativo al plazo dentro del cual debe ser pedida la protocolización, la ya citada segunda parte del art. 694 dice textualmente refiriéndose a esta clase de testamento: *Para que valga deberá pedirse su protocolización en el plazo de dos años contados desde el día del fallecimiento del testador*. Es más claro decir *dentro del plazo* y esto es lo que quiere expresar el artículo. Por consiguiente la protocolización del testamento ológrafo puede ser solicitada en cualquier fecha comprendida entre el día posterior a la muerte del testador y la expiración del plazo máximo de dos años. Dicho lapso es sin duda considerable, pues si se esperara hasta los últimos días, por desidia o por no encontrarse el documento, puede entre tanto haberse solicitado y obtenido declaratoria de herederos, haber tomado éstos posesión material de los bienes, habérselos partido y hasta haberlos enajenado a título oneroso a terceros, con buena fe de ambas partes, siendo firme en tal caso el título del tercero por el art. 664 2a. pte. C.C., sin más exigencia que la registral. El heredero o legatario cuyo título emana de aquel testamento y no de la de-

(80) José Castán Tobeñas, "Derecho Civil español, común y foral" 6a. ed. Madrid, 1944, Tomo IV, ps. 338 y 342.

claratoria legal, sólo tendría, pues, acción contra los herederos aparentes que transfirieron el bien, y sólo para obtener el correspondiente resarcimiento. Estas consideraciones permiten afirmar que el referido lapso es muy extenso. El origen de tal latitud se encuentra en que, inspirándose posiblemente en el Código Civil español, cuyo art. 689 concede al efecto un plazo de cinco años, la Comisión Reformadora del Código Civil, propuso un plazo de tres años, en el Primero y en el Segundo Anteproyectos, reduciéndolo luego a los mencionados dos años, en el Proyecto. (81)

Conviene volver a referirse, en este lugar, al art. 697 C.C., que fue citado en el N° 48 por aplicarse también al testamento cerrado, y según el cual la persona que conserve en su poder uno u otro *debe presentarlo al juez tan luego como tenga noticia del fallecimiento del testador, bajo pena de responder por daños y perjuicios*. Esta norma complementa en este caso a la contenida en la comentada segunda parte del art. 694 del mismo Código, para el efecto de establecer que los dos años que éste menciona constituyen *el término del plazo respectivo*, pero que la obligación de la persona que tuviere en su poder el testamento ológrafo, de presentarlo al juez, es imperativa desde el momento en que ésta se informa de la muerte del otorgante. Son disposiciones concordantes de la segunda parte del art. 694 las señaladas en el N° 73, y del art. 697 los arts. 1136 C.C. y 1227 C.P.C.

Son pertinentes las Ejecutorias Supremas de 26 de abril y de 22 de mayo de 1944, en las que se declaró, en los casos allí resueltos, que dicho plazo es inexcusable y que no admite interrupción alguna. (82)

61. LEGISLACION COMPARADA.

Las referencias de legislación comparada del art. 694 del C.C. peruano en los Códigos Civiles, Proyectos y Anteproyectos consultados son las siguientes:

(81) Primer Anteproyecto, Actas, 3er. fasc., 2a. ed., art. 21, p. 247; Segundo Anteproyecto del Lib. III, art. 81, p. 14; Proyecto, art. 687.

(82) Rev. de los Tribs., 1944, ps. 191 y 219.

α) En los Códigos Civiles de los países que admiten el testamento ológrafo: Alemania, art. 2231 inc. 2; Argentina, art. 3639; España, 668; Francia, 970; Italia, 602; México, 1550; Panamá, 637; Paraguay, 3639; Puerto Rico, 637 y Suiza, 505.

b) En algunos Proyectos y Anteproyectos pertinentes: Proyecto español García Goyena, art. 564; Anteproyecto argentino Bibiloni, art. 3198; Proyecto de 1936, art. 2033, y Anteproyecto Llambías de 1954, del mismo país; así como en el Anteproyecto paraguayo de Gásperi, art. 3342.

c) No se admite el testamento ológrafo en los Códigos Civiles de Bolivia, Brasil, Costa Rica, Chile, Colombia, Ecuador, Portugal y Rusia. Tampoco en el Proyecto de Código Civil del Brasil de 1965, lo cual es debido a que en el derecho brasileño existe el denominado testamento privado, que es un testamento ológrafo otorgado ante testigos, según los arts. 1645 del Código vigente, 822 del Anteproyecto Gomes de 1963 y 734 y 735 del Proyecto de 1965 de ese país.

62. ADEMÁS DE SUS FORMALIDADES ESENCIALES, ¿SON TAMBIÉN EXIGIBLES PARA EL TESTAMENTO OLOGRAFO TODOS LOS REQUISITOS GENERALES DEL ART. 685 C.C.?

Nuestro Código Civil, en su art. 685 ya estudiado en el N° 21, enumera los seis requisitos *que todo testamento debe indicar*: nombre, estado, nacionalidad y domicilio del testador y el lugar y fecha en que el testamento es otorgado. En su art. 694, primera parte, examinada en los Nos. 56 al 59, establece las tres formalidades esenciales del testamento ológrafo, que consisten en *que debe ser escrito, firmado y fechado por la mano del testador*. Salvo en lo referente a la fecha, en que ambos preceptos coinciden, el problema consiste en precisar si en el testamento ológrafo otorgado conforme a nuestro Código deberán ser cumplidos, además de los requisitos propios y específicos de la primera parte del art. 694, los demás que el art. 685 señala para toda clase de testamentos. En otros términos, saber si la omisión de alguna o de algunas de las demás indicaciones requeridas por el referido art. 685 C.C. producirá también la nulidad del testamento ológrafo.

Si se atendiera sólo a la letra del art. 685 que dice: "*todo testamento debe indicar*" y a la ubicación de este dispositivo en el Tít. I de la Secc. II del Libro Tercero del Código, título denominado: *De los testamentos y de sus solemnidades*, se

llegaría a la conclusión de que todos y cada uno de los mencionados requisitos son exigidos *ad solemnitatem*, cualquiera que sea la clase de testamento y por consiguiente también en el ológrafo.

Pero, es preciso tener en consideración para este último, que como es otorgado en privado y el testador no cuenta con la intervención notarial y pocas veces con el asesoramiento de un abogado, no puede pedírsele que conozca no sólo los requisitos propios del testamento ológrafo del art. 694 C.C., sino hasta la naturaleza jurídica de cada una de las indicaciones requeridas por el art. 685 del mismo Código, para saber si también son indispensables. Llevar al extremo tal rigor legalista estaría en pugna con la necesidad de dar validez a la voluntad testamentaria en que fueron cumplidos los requisitos esenciales de forma. Este es un caso en que debe buscarse, como decía el Prof. R. Saleilles al proloogar la valiosa obra del Prof. François Géný citada en la nota 6, "soluciones más en armonía con la equidad y las necesidades de la práctica".

Son por consiguiente aplicables, para resolver la cuestión planteada, los siguientes conceptos:

a) El relativo a los criterios riguroso y liberal en la interpretación de las formalidades testamentarias, tema tratado en el N° 2, en que la doctrina allí expuesta se pronuncia en favor del criterio liberal. *Debe, en consecuencia, conciliarse el respeto por el texto legal con la necesidad de que su interpretación y aplicación sean hechas con criterio justo, liberal y práctico.*

b) El examen hecho en el N° 21 sobre cada uno de los seis requisitos generales de todo testamento señalados por el art. 685 C.C., de cuyo estudio resulta que, con respecto al ológrafo, sólo dos de ellos tienen el carácter indudable de esenciales. Estos son: el nombre del testador que en el testamento ológrafo se exige, en cierto modo, al requerirse la firma del otorgante, que es expresión de su nombre, y la fecha, requisito que expresamente exige el art. 694. Los restantes que son, estado civil, nacionalidad y domicilio del testador y lugar donde fue otorgado el testamento, son precisiones de indudable utilidad, pero que por su naturaleza no tienen el carácter de formalida-

des esenciales cuya omisión traiga consigo la nulidad del acto, según las razones que fueron expuestas en los párrafos 2º al 5º del indicado numeral.

c) Debe tenerse presente la importante doctrina sentada por la Corte Suprema de la República en dos sentencias. La primera de ellas, es la Ejecutoria del 7 de enero de 1944 (83) en que fue planteada precisamente la cuestión propuesta en este numeral. En el referido caso se demandó la nulidad de un testamento ológrafo en el que habían sido cumplidos los requisitos propios y esenciales del art. 694 C.C. y estaba comprobada la autenticidad del acto según el art. 695 del mismo Código, pero el testador había omitido al otorgarlo, indicar su nacionalidad, estado civil y domicilio. En la sentencia de Primera Instancia se declaró infundada la demanda y por consiguiente válido el referido testamento. La Corte Superior de Lima confirmó dicho fallo. En la Corte Suprema de la República, el Señor Fiscal Dr. Ernesto de la Jara y Ureta opinó por la no nulidad, expresando lo siguiente: *"Los requisitos relativos a la nacionalidad, estado y domicilio del testador son llenados siempre por el notario que interviene en los testamentos públicos, tienen por objeto identificar la persona del testador y no son aplicables al testamento ológrafo en el que no hay más requisitos que los arts. 694 y 695 y en que la identificación se hace por medio de la comparación de letras y firmas. Si el testador, que puede otorgar el testamento ológrafo lejos de los Códigos y de los consultores legales, necesitara tener presentes los detalles de la legislación y si la omisión de requisitos distintos de la escritura de puño y letra del testador pudieran impedir la protocolización, el objeto del testamento ológrafo quedaría frustrado y lo que es más grave, desconocida la voluntad del testador, desde que el fallecimiento hace imposible suplir deficiencias formales. Es por eso que las formalidades existen para los testamentos públicos y se suprimen en toda las legislaciones para el testamento ológrafo, obra personal y exclusiva del testador"*.

De conformidad con este dictamen, por la citada Resolución Suprema del 7 de enero de 1944 se declaró no haber nuli-

(83) Anales Judiciales de 1943, p. 425; Rev. de los Tribunales de 1944, p. 81 (Citados en la nota 27).

dad en la confirmatoria y válido por consiguiente el testamento, agregándose además otras consideraciones, en que se expresa lo siguiente: *"De conformidad con lo dictaminado por el Señor Fiscal y considerando además; que los datos referentes a la nacionalidad y domicilio indicados en el artículo 685 del Código Civil sólo tienen por objeto reunir todos los elementos necesarios para la identificación del otorgante ante el notario y testigos que intervienen en la facción de un testamento, siendo por tanto superfluos tales datos tratándose del testamento ológrafo en el que el propio testador, sin intervención de nadie procede a su otorgamiento y escritura, con los requisitos señalados por el artículo 694 del mismo Código ... Se declaró no haber nulidad", etc.*

En otro caso semejante, resuelto por Ejecutoria Suprema del 23 de marzo de 1950, (84) habían sido cumplidos, asimismo, los tres requisitos propios del testamento ológrafo según el art. 694, pero en cuanto al art. 685 no había indicación expresa del estado civil, nacionalidad y domicilio de la otorgante. En Primera Instancia, la sentencia declaró fundada la demanda y nulo el procedimiento judicial de comprobación y protocolización. La Corte Superior de Lambayeque revocó dicha sentencia y declaró infundada la demanda. Interpuesto recurso de nulidad, en la Corte Suprema el Señor Fiscal Dr. Sotelo expresó con respecto a la testadora que: *"Si bien omitió anotar su estado civil, nacionalidad y domicilio, son datos éstos de carácter secundario que no pueden servir de fundamento bastante para anular todo un testamento, más aún tratándose de uno hecho en forma ológrafa y si se tiene en cuenta que su otorgante no podía tener conocimiento de los requisitos exigidos por la ley, y se pronunció por la no nulidad. La respectiva Resolución Suprema resolvió, de conformidad con el dictamen fiscal, no haber nulidad de la Sentencia de Vista que revocando la de Primera Instancia declara infundada la demanda y por consiguiente, declaró la validez del testamento, agregando considerandos según los cuales la otorgante tácitamente había expresado tales datos en el contenido del mismo.*

La doctrina que se desprende de los mencionados dictámenes fiscales y de la primera de las referidas Ejecutorias Supre-

(84) Rev. de la Jurispr. peruana de marzo de 1950 p. 331.

mas, confirma la opinión sustentada en los párrafos anteriores de este numeral y permite establecer como conclusión que, con respecto al testamento ológrafo, además de sus formalidades propias y esenciales señaladas en la primera parte del art. 694 C.C., su otorgamiento no requiere el cumplimiento de todos los requisitos generales del art. 685 C.C., salvo los del nombre del testador y la fecha del testamento, que son también requisitos propios del testamento ológrafo.

En cuanto al nombre, porque es elemental afirmar que no hay testamento, cualquiera que sea su clase, si no aparece el nombre de quien lo otorga, sea expresamente o mediante la firma legible o identificable. En lo relativo a la fecha, porque es también indispensable que el acto de otorgamiento pueda ser ubicado en el tiempo en relación con el cual se aprecia la capacidad del testador, siendo precisamente uno de los tres requisitos clásicos esenciales del testamento ológrafo.

Son pertinentes las siguientes referencias de legislación comparada:

El citado art. 970 del Código de Napoleón, que luego de indicar los tres requisitos esenciales del testamento ológrafo, agrega: "No requiere ninguna otra formalidad". Esta última frase evita el problema examinado en este numeral.

El Proyecto de Código Civil del jurista venezolano don Andrés Bello. No obstante que, en los proyectos de éste, así como en los Códigos Civiles de Chile, Ecuador y Colombia que lo siguieron, no se admite el testamento ológrafo, Bello distinguió, acertadamente, entre los requisitos de forma esenciales para la validez del testamento y las diversas indicaciones exigidas por la ley para la mejor identificación del testador y cuya omisión no produce nulidad, siempre que no haya dudas sobre la identidad de aquél. Tal concepto está expresado en los arts. 1026 del Código Civil de Chile, 1084 del Ecuador y 1083 de Colombia, y ha sido tratado en las obras de los Profs. chilenos Somarriva Undurraga y Meza Barros. (85)

(85) Manuel Somarriva Undurraga "Derecho Sucesorio", versión de René Abelluk. Santiago, 1961, Nº 256; Ramón Meza Barros, Manual de la sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos", Santiago, 1959.

63. MODALIDADES ESPECIALES DE ALGUNOS TESTAMENTOS OLOGRAFOS.

Debido a que estos testamentos son otorgados en privado, ocurre algunas veces que, sin perjuicio de cumplir con los requisitos esenciales del art. 694, el testador confecciona su testamento adoptando modalidades particulares no prohibidas por la ley, algunas de las cuales serán explicadas en los numerales siguientes.

64. ABIERTO Y CERRADO.

Aunque la manera más usual en el testamento ológrafo es la de extenderlo en pliego que se deja abierto, no hay inconveniente en que el testador, si así lo desea, lo coloque dentro de un sobre u otra envoltura, con la obvia finalidad de que su contenido no sea conocido mientras viva y proteger de esta manera su secreto testamentario. Es por eso que el art. 695 del Código Civil, referente a los trámites judiciales necesarios para su verificación y protocolización, dice: *Presentado el testamento ológrafo al Juez éste lo abrirá si está cerrado*. Pero, como el hecho de cerrarlo no constituye en este testamento requisito para su validez, ésta no queda afectada de manera alguna si habiendo estado cerrado se hubiera procedido prematuramente a su apertura, por el testador o por cualquiera. No rige en este caso el art. 749 C.C., que es regla propia y específica del testamento cerrado notarial al que la ley denomina cerrado, ya estudiado en la Sección Cuarta. Pero, aunque ello no sea exigencia legal, es prudente que el testamento ológrafo cuyo otorgante dejó cerrado sea presentado de esta misma manera al juez, respetándose la tácita voluntad del causante de que sus disposiciones testamentarias se mantengan en secreto hasta que después de su muerte lleguen a manos del juez.

65. OTORGADO EN VARIOS EJEMPLARES.

Puede también el testador otorgar su testamento ológrafo en dos o más ejemplares, idénticos en su forma y contenido, con

el fin de conservar él mismo uno de ellos y dar en custodia el otro u otros a su albacea, herederos, legatarios o a cualquier persona de su confianza.

Tal precaución puede ser exagerada en algunos casos y necesaria en otros. Desde luego, no se trata de hacer un original con varias copias carbónicas o fotostáticas, que caracterían de valor por no ser autógrafas, sino varios originales igualmente manuscritos, fechados y firmados por el otorgante, en cuyo caso y luego del fallecimiento del testador, cualquiera de ellos podrá ser presentado para los fines de su comprobación y aprobación judicial y de su consiguiente protocolización notarial.

Es al respecto ilustrativo, en la legislación comparada, el ejemplo del Código Civil mejicano para el Distrito y Territorios Federales, en cuyo art. 1553 se exige para la validez del testamento ológrafo no sólo los requisitos esenciales clásicos, sino, además su otorgamiento en dos ejemplares que deben ser puestos dentro de sobres cerrados y lacrados, uno de los cuales deberá entregarse por el testador a la sección correspondiente del Registro Público. En esta oficina se extiende una constancia en cada uno de los sobres, quedando uno de ellos en custodia en el registro y devolviéndose el otro al testador, que puede conservarlo él mismo o bien depositarlo en el Archivo Judicial. En los Códigos Civiles de algunos de los diferentes Estados mejicanos se encuentra sobre el particular importantes variaciones, tanto así que en el C.C. de Puebla no se exige este otorgamiento en duplicado, mientras en el C.C. de Guanajuato no existe el testamento ológrafo, sino el privado, en la condición de testamento especial.

66. TESTAMENTO OLOGRAFO EN CARTA MISIVA.

La posibilidad de otorgar el testamento ológrafo adoptando la modalidad y redacción de una carta misiva, ha sido objeto de importante elaboración doctrinaria y de silencio o de fórmulas opuestas en la legislación comparada.

En el derecho francés, una antigua Ordenanza de 1735 inspirada en el propósito de mantener rigurosamente la pureza formal del testamento, declaró que eran nulas las disposiciones testamentarias hechas en forma de carta. Tal criterio fue declarado expresamente por Bigot-Préamenu, uno de los redactores del Código de Napoleón, en la correspondiente Exposición de Mo-

tivos. Pero en el texto de dicho Código nada se dice sobre el particular y como no es obligatorio al interpretar la ley adoptar el criterio seguido en sus precedentes legislativos, ni lo opinado por sus autores en la Exposición de Motivos, lo cual es ilustrativo pero carece de obligatoriedad, tanto la doctrina como la jurisprudencia francesa se apartaron decididamente del criterio prohibitivo, estableciendo que basta que se dé cumplimiento a las formalidades esenciales del testamento ológrafo: autografía, fecha y firma, para que se admita su validez, aun cuando hubiere adoptado la modalidad de una carta misiva. La doctrina francesa al respecto, tanto en obras antiguas como en las modernas, así como la nutrida jurisprudencia citada en ellas, es prácticamente unánime en el sentido indicado. (86)

La doctrina citada y la jurisprudencia a que se refiere, permiten proporcionar algunos criterios doctrinarios útiles al respecto. Uno de ellos consiste en que el autor de la carta, además de haber cumplido en ésta con los tres requisitos de forma esenciales para su validez como testamento ológrafo, haya expresado de manera clara y terminante su voluntad testamentaria. De otra manera se trataría de la manifestación de un propósito, de una promesa o de un proyecto y no de un testamento. Otra advertencia se refiere a la firma. Siendo usual en las cartas, cuando son entre familiares, emplear como firma sólo el nombre, se considera que tal forma de suscripción no llena el requisito legal de la firma, requiriéndose la que el otorgante emplea para dar validez legal a sus actos.

En los Códigos Civiles de España, Alemania, Suiza e Ita-

(86) En el derecho Francés: Aubry et Rau, "Droit Civil français" 5e. ed. T. IX, § 668; Demante, "Cours Analytique de Code Civil", T. IV, Nº 115 bis, p. 269; Troplong, "Droit Civil Expliqué" Des donations entre vifs et testaments, París, 1855, T. III Nº 1577; Huc, "Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil", T. VI, París, 1894, Nº 274, "Précis", par G. Chéneaux, 11e. éd., París, 1914, T. III, Nº 1017, p. 3.; F. Laurent "Principes de Droit Civil français" Bruxelles, 1876, T. 13, Nº 180; Baudry-Lacantinerie et Colin, "Traité Théorique et Pratique de Droit Civil", 3me. ed., París, 1905, Vol. 11, T. II, Ns. 1921 al 1923; M. Planiol, "Traité Élémentaire de Droit Civil", 10 me. ed., París, 1927 T. III, Nº 2688; Planiol- Ripert-Vialleton, "Tratado Práctico de Derecho Civil", Trad. La Habana, 1946, T. V. Nº 533, párr. 7º; Ripert-Boulanger, "Tratado de Derecho Civil según el Tratado de Planiol" Trad., Bs. Aires, 1965., T. X, Vol. I, Nº 1945; L. Josserand, "Derecho Civil", Trad., Bs. Aires, 1952, T. III, Vol. II, Nº 1274; M. Gendul, "Testament olographe", en el "Juris Classeur", Fascs. C y D, París, 1963, s. 19 al 29; Dalloz "Encyclopédie Juridique", Tomo 5, París, 1955, Nº 52; Colin y Capitant, "Curso Elemental de Derecho Civil", Trad., Madrid, 1928, T. 8º, p. 19; Mazeaud "Lecciones de Derecho Civil", Trad. Bs. Aires, 1965, Parte IV, Vol. II, Nº 975.

lia, en los cuales se admite asimismo el testamento ológrafo, no existe tampoco disposición alguna que prohíba otorgarlo adoptando la modalidad epistolar, por cuyo motivo y también en estos países, hay doctrina y jurisprudencia semejantes. (87)

Es, también de interés el estudio del tema en el derecho argentino y paraguayo. En el art. 3648, *in fine* del Código Civil de uno y otro país se declara que: "Las cartas, por expresas que sean respecto a la disposición de los bienes no pueden formar un testamento ológrafo". Vélez Sarsfield indicó en la correspondiente nota como fuente de este precepto, el pasaje de la obra del jurista francés Demante, citada en la bibliografía de la nota 86 de este trabajo. Pero la jurisprudencia argentina tiene resuelto en numerosos fallos, muy bien fundamentados, que las disposiciones testamentarias contenidas en cartas misivas son válidas cuando la carta tiene por objeto disponer de esta manera de los bienes para después de la muerte, siempre que se trate, desde luego, de una expresión definitiva de voluntad testamentaria y cuando la carta, tanto por su contenido, así como por cumplirse en ella con los requisitos esenciales del testamento ológrafo, deba ser tenida por tal. En la doctrina que cita, comenta y da su respaldo a estos fallos, es pertinente la referencia que el Prof. argentino Fornieles hace al ya mencionado pasaje del jurista francés Demante, haciendo notar que aquella opinión no tiene el carácter absoluto con que aparece en el referido precepto legal. Además, en el Anteproyecto argentino de reformas del Dr. Juan Antonio Bibiloni, art. 3205, en el correspondiente Proyecto de 1936, art. 2038, y en el Anteproyecto paraguayo del Prof. Luis De Gásperi de 1964, art. 3350, se contiene regla expresa en el sentido de permitir el testamento ológrafo en carta misiva, mientras en el Anteproyecto de Código Civil de 1954

(87) Doctrina española: José Castán Tobefías, "Derecho Civil español común y foral", 6a. ed., Madrid, 1944, T. IV, p. 342; Federico Puig Peña, "Tratado de Derecho Civil español". Madrid, 1954 T. V. Sucesiones, vol. I, p. 234; Francisco Villa Plana, "Testamentos", Barcelona, 1963, p. 236.

Doctrina alemana: Theodor Kipp, "Derecho de Sucesiones", en el Tratado de Derecho Civil de Enneccerus Kipp-Wolf. Trad. de la 8a. ed., T. V. vol. I, § 13, Parág. V.

Doctrina suiza: Rossel y Mentha, "Manual du Droit Civil Suisse", 2a. ed., Lausanne, 1922, T. II, Nº 979.

Doctrina italiana: Antonio Cicu, "El testamento", Trad., Madrid, 1959, p. 57; Testamento in forma di lettera", en la Riv. de Dir. Civ., año 1940, p. 93; Pugliatti, "Testamento epistolare e volontà testamentaria", en la Riv. "Teml", 1948 p. 302.

para la República Argentina, del Prof. Jorge Joaquín Llambías no aparece precepto prohibitivo ni autoritativo, permitiéndose tácitamente esta modalidad. (88)

La posición de la doctrina argentina sobre la posible validez del testamento ológrafo otorgado en carta misiva se encuentra claramente expresada por el Prof. Borda (89) en los términos siguientes: "Es obvio que declarar la nulidad en tal caso, importaría una ciega adhesión a la letra de la ley y una grave violación de la justicia y de la voluntad del causante".

En el derecho peruano hay pocas referencias al tema. Una de ellas consiste en haber propuesto el Dr. Juan José Calle, en la Comisión Reformadora que elaboró el vigente Código Civil, que se adoptara una fórmula prohibitiva igual a la mencionada segunda parte del art. 3648 del C.C. argentino. Dicha fórmula apareció en el Primero y en el Segundo Anteproyecto, pero no en el Proyecto de 1936 ni en el vigente Código Civil del mismo año. (90) Otra, es la opinión favorable a la validez del testamento ológrafo en carta misiva, del Dr. Luis Echecopar García quien la fundamenta manifestando que: "El Código no establece nada sobre la materia y los Tribunales no podrán exigir como solemnidad lo que la ley no establece". Se refiere a las opiniones de Planiol y de Rossel-Mentha de acuerdo con las cuales expresa que: "La forma es indiferente siempre que de su texto aparezca, indudable y precisamente, que la intención del testador fue la de otorgar su testamento por medio de tal documento". (91). Una tercera referencia al asunto es el plantea-

(88) En el derecho argentino y paraguayo: "Código Civil de la República Argentina con las notas de Vélez Sarsfield y leyes y decretos complementarios", Víctor P. de Zavalla, Editor, Bs. Aires, 1931, T. IV. Sucesiones, p. 442; "Reforma del Código Civil: 'Antecedentes, II Informe, III Proyecto, G. Kraft, Editor, Bs. Aires, 1936; "Proyecto de Código Civil argentino" (El de 1936). Ed. Lacort, Bs. Aires, 1938; Jorge Joaquín Llambías, "Anteproyecto de Código Civil de 1954 para la República Argentina". Ed. por la Univ. de Tucumán, 1958; Juan Carlos Rébora, "Derecho de las Sucesiones" 2a ed. T. II, Bs. Aires, 1952 N° 486; Héctor Lafaille "Curso de Derecho Civil. Sucesiones", T. II, 2a. ed., Bs. Aires, 1959, Cap. XI, N° 13; Salvador Fornieles, "Tratado de las Sucesiones" 4a. ed., T. II, Bs. Aires, 1958, N° 354; Luis De Gáspari "Derecho Hereditario" Bs. Aires, 1953, T. III, N° 413 y "Anteproyecto de Código Civil", Asunción, 1954; Guillermo A. Borda "Tratado de Derecho Civil argentino. Sucesiones" 3a. ed., Bs. Aires, 1970, T. II, N° 1169.

(89) Borda, Ob. cit., T. II, N° 1169.

(90) Primer Anteproyecto, en las Actas, ob. cit., 2a. ed. art. 20 de la sucesión testamentaria, p. 246; "Segundo Anteproyecto del Libro Tercero, Lima, 1926, art. 79 p. 14.

(91) Luis Echecopar García, ob. cit., p. 99.

miento hecho sobre el particular en mi Programa. (92). No he encontrado jurisprudencia pertinente. Una Ejecutoria Suprema del 7 de setiembre de 1937, (93) invocada al respecto y que declaró nulo un testamento otorgado bajo la forma de "memoria testamentaria", no tiene relación con este asunto, porque se refiere a otra clase de testamento, el denominado "por escritura privada", autorizado en el Código Civil anterior y que fue otorgado cuando ya se encontraba en vigencia el Código Civil de 1936 que no lo permite.

Desarrollando la cuestión enunciada en mi Programa de 1961 y luego de lo expuesto, opino lo siguiente:

1º El Código Civil peruano al legislar sobre el otorgamiento del testamento ológrafo, en la primera parte de su art. 694, se limita a indicar cuáles son las formalidades esenciales para su validez: la escritura a mano por el testador, la fecha del testamento y la firma de aquél. Esta fórmula es análoga a las contenidas en los Códigos Civiles de Francia, España, Italia, Suiza y Alemania. Al igual que en estos Códigos, no se exige en el nuestro la clase de documento en que debe constar, ni la manera como debe ser redactado y no se prohíbe que conste en carta, como ocurre en el Código Civil argentino. Y si con respecto a los cinco primeros Códigos extranjeros citados, la doctrina y la jurisprudencia de los respectivos países permiten que el testamento ológrafo pueda ser otorgado en carta misiva, y si lo mismo ocurre en la doctrina y jurisprudencia argentinas, no obstante existir en el respectivo Código disposición contraria, no se ve razón alguna para que se rechace esta modalidad en nuestro derecho. El silencio de la ley debe considerarse como autoritativo, por aplicación del art. 24º de la Constitución, y aun cuando se considerara tal silencio como una deficiencia legal, que no lo es, procedería aplicar los principios del derecho según el art. XXIII del Título Preliminar del Código Civil, los cuales en este caso son favorables. En consecuencia, el otorgamiento de testamento ológrafo en carta misiva puede ser admitido como válido, si se presentara en la casuística, con las salvedades a que se refiere el párrafo siguiente.

(92) Rómulo E. Lanatta, "Programa del Curso de Derecho de Sucesiones", Lima, 1961, cap. XII, Nº 7, p. 54.

(93) Rev. de los Tribunales, Año 1938, p. 56.

2º Tales salvedades provienen de la aplicación a esta modalidad del testamento ológrafo, de la doctrina de los actos jurídicos en general y del formalismo testamentario en particular. En cuanto a lo primero, debe resultar del tenor de la carta que su autor ha tenido una clara y definida intención de testar de esta manera, esto es: debe existir el *animus testandi*. Ello no quiere decir que se exija haber empleado el sustantivo *testamento* o el verbo *testar*, sino que la carta contenga una expresión positiva de voluntad testamentaria de su autor, de modo que las disposiciones por causa de muerte contenidas en ella no sean tan sólo el anuncio, el proyecto, el simple propósito, o la promesa de testar, sino las declaraciones imperativas y rotundas que caracterizan a las disposiciones testamentarias. En cuanto al formalismo, se ha de cumplir debidamente los tres requisitos esenciales del comentado art. 694 C.C. Al respecto es preciso advertir que la firma debe ser la que el autor de la carta emplea para dar validez legal a sus actos y no sólo el nombre patronímico que es usual en la correspondencia entre familiares o amigos cercanos, que no es la firma exigida por la ley, según lo explicado en los Ns. 22 y 59.

3º Debe tenerse presente que tales indicaciones se refieren a la posibilidad de que se discuta la validez de un testamento ológrafo que haya adoptado la forma epistolar. No obstante, en el aspecto profesional y como regla de prudencia, no es recomendable emplear una modalidad a la que, eventualmente, podría negarse validez, desconociéndose o desechándose los criterios ya explicados.

67. OTORGADO EN EL EXTRANJERO.

Ya fue explicado en el N° 16, que de conformidad con el art. XX del Título Preliminar de nuestro Código Civil, la forma de los actos jurídicos y de los instrumentos, y por consiguiente de los testamentos, se rige: 1º Por la ley del lugar donde son otorgados; 2º Por la ley que rige la relación jurídica objeto del acto, que en este caso es la que rige la sucesión según el art. XVI del mismo Título; y, 3º Por la ley peruana cuando el instrumento es otorgado ante funcionarios diplomáticos o consulares del Perú. Con respecto al testamento ológrafo otorgado en el ex-

tranjero esta tercera regla es, obviamente inaplicable, y las dos primeras requieren de las siguientes explicaciones complementarias:

1º Si el testamento ológrafo ha sido otorgado en país que admite esta clase de testamento con los mismos requisitos clásicos que en el Perú, autografía, fecha y firma, no hay problema sustantivo alguno: tal testamento es, en principio, tan válido en el país de otorgamiento como en el Perú. Pero en cuanto a lo procesal, esto es, en lo relativo a los trámites judiciales requeridos para su protocolización, corresponde aplicar la *lex fori* del país en que aquélla sea solicitada y que será, desde luego, diferente, según se solicite en el Perú o en el extranjero. En este último caso, el testamento ológrafo protocolizado en el extranjero es inscribible en los Registros Públicos peruanos, según ha sido declarado en la Resolución Directorial del 23 de marzo de 1959 de dichos Registros. (94)

2º Si la ley del país donde fue otorgado no admite el testamento ológrafo, es indudable que no podrá ser protocolizado en aquel país, pero sí podría serlo en el Perú si la sucesión a la cual dicho testamento se refiere resulta regida por la ley peruana, según el art. VIII del Título Preliminar y por aplicación de la segunda regla del citado art. XX del mismo.

Conviene añadir que, también en estas situaciones, es posible aplicar el criterio de interpretación ya explicado en el Nº 2, según el cual los casos de duda que surgieren sobre las exigencias formalistas deben ser resueltas, con criterio positivo y de justicia, en favor de la solución que conduzca a la posible validez del testamento.

68. INTERCALACIONES, ENMIENDAS Y ADICIONES.

El testamento ológrafo, debido a su otorgamiento en privado está sujeto a posibles modificaciones en su texto, hechas por el mismo testador o por terceras personas.

(94) En la "Jurisprudencia de los Registros Públicos" del Sr. Dr. José A. García Salazar, Presidente de la Corte Suprema de Justicia de la República, ob. cit., p. 171.

En el derecho comparado hay con respecto a las intercalaciones o enmiendas, algunas reglas. Una de ellas es la contenida en el art. 3540 del C.C. argentino según el cual: "Si hay algo escrito por una mano extraña y si la escritura hace parte del testamento mismo, el testamento será nulo, si lo escrito ha sido por orden o consentimiento del testador". Esta regla aparentemente ilógica es en el fondo razonable, como lo afirman juristas tales como Lafaille, Fornieles y Borda. (95) Pero, ¿cómo probar si lo escrito por mano ajena fue o no autorizado por el testador?

Otro criterio, doctrinario en este caso, es el del Prof. Marcel Planiol, seguido por el Prof. Echecopar García. Según este punto de vista las enmiendas que fueren contemporáneas al testamento no lo invalidan, presumiéndose que forman parte del texto, mientras las hechas posteriormente requieren ser fechadas y firmadas por el testador. (96) Pero, salvo los casos en que ello sea notorio, ¿cómo precisar con certeza el momento, simultáneo o posterior, en que fueron hechas tales enmiendas?

Parece, pues, que sólo es posible formular al respecto las siguientes reglas: 1º Si las intercalaciones y enmiendas fueron hechas por el mismo testador, deben ser admitidas como válidas, pues nada obsta para ello; 2º Las que hubieren sido hechas por mano ajena, carecen de todo valor, deben tenerse por no puestas y por lo tanto no deben producir la nulidad del testamento, pues como lo hace notar el Prof. León Barandiarán, (97) de no adoptarse tal criterio cualquiera que tuviere en sus manos un testamento ológrafo podría dañarlo empleando este sistema y provocando por tal medio su nulidad. Desde luego, será el correspondiente peritaje el que, debidamente apreciado por el juez, permitirá distinguir uno de otro caso.

No es indispensable en los testamentos ológrafos, aunque sí recomendable, que las palabras o frases intercaladas o enmendadas sean salvadas al final, antes de la firma, porque esta cos-

(95) Lafaille, ob. cit., T. II, Cap. XI, § 18, Nº 10; Fornieles, ob. cit., T. II, Nº 1159.

(96) M. Planiol "Traité Élémentaire, ob. cit., T. III, Nº 2694; Ripert-Boulanger, ob. cit., Tomo X, vol. I, Nº 1973; Echecopar García, ob. cit., p. 100.

(97) José León Barandiarán, ob. cit., p. 70.

tumbre, propia de los instrumentos otorgados por escritura pública, no es exigible en nuestro derecho para los documentos privados.

En cuanto a las adiciones, el testador podrá hacerlas en cualquier momento porque, como ya se ha explicado, en el testamento ológrafo no se requiere la unidad del acto, siendo la única exigencia que la adición esté sujeta a los mismos requisitos formales de esta clase de testamento, esto es, que sea también manuscrita, fechada y firmada por el otorgante.

69. FORMALIDADES SUPERFLUAS.

En nuestro Código Civil, así como en los demás que admiten el testamento ológrafo siguiendo el modelo napoleónico, no se requiere de la presencia de testigos en el acto de otorgamiento. Por consiguiente, si el testador agrega esta formalidad que la ley no le exige en este caso, haciendo que uno o varios testigos presencien el acto y firmen con él, tal formalidad es considerada legalmente como superflua según lo ya explicado en el N° 15, no favorece ni daña el testamento, es inocua y se la tiene por no puesta. Es la aplicación de la regla: "*Superflua non nocet*", expresada por el Código de Justiniano en su Lib. VI, Tit. XXIII, Ley 17.

Por tal motivo los testigos que aparecieran interviniendo en esta clase de testamento no tienen por qué ser citados en el procedimiento judicial de comprobación y nada importa que sean inhábiles o que resulte falsa su intervención.

Los fundamentos de lo expuesto son los siguientes: 1° Las formalidades que deben ser cumplidas en cada testamento son las taxativamente señaladas por la ley y no otras y en las relativas al testamento ológrafo no se establece en nuestro país la presencia de testigos; 2° En el aspecto procesal, las formalidades del art. 694 C.C. referentes al otorgamiento de testamento ológrafo son las únicas que pueden ser materia de la comprobación correspondiente; y, 3° Por lo mismo que la presencia de testigos carece de valor probatorio en este testamento, no

puede servir tampoco para invalidarlo. De no ser así, bastaría que cualquiera persona que tuviera en su poder un testamento ológrafo le agregara maliciosamente firmas de supuestos testigos, para que la posible inhabilidad legal de éstos o la falsedad de tales firmas produjeran la nulidad del testamento.

En cambio, en los trámites de verificación judicial de la letra y firma del testador, tal comprobación se hará, a falta de elementos para el cotejo *por tres testigos que conozcan la letra y firma del testador*, según lo dispone el art. 695 del mismo Código Civil. Esto se refiere, como fácilmente se advierte, no el acto de otorgamiento, sino a la diligencia procesal de comprobación, que corresponde a otra etapa, que será explicada en el numeral siguiente.

En la legislación comparada existe, en el Código Civil del Brasil, un interesante ejemplo de testamento ológrafo otorgado necesariamente ante testigos. En cuanto a su nombre, en dicho Código y en el Proyecto de Reformas de 1965 se le denomina *testamento particular*, mientras que en el Anteproyecto de 1963 y algunas veces en la doctrina de ese país es llamado *testamento ológrafo*.

Acerca de sus formalidades de otorgamiento y trámites para su posterior homologación, el referido Código establece en sus arts. 1645 al 1649 que dicho testamento debe ser escrito y firmado por el testador, y desde luego fechado, por ser éste requisito común a todo testamento. Pero, además, debe ser otorgado en presencia de cinco testigos idóneos quienes luego de leer el testamento lo suscriben con el testador. Fallecido éste y abierto el procedimiento judicial correspondiente, con citación de los herederos legales del otorgante, deben concurrir a la diligencia de comprobación por lo menos tres de los testigos presenciales para reconocer su firma y la del testador.

Esta forma ofrece indudablemente, relativa facilidad en el acto de otorgamiento, pero en cuanto a los trámites posteriores presenta algunas veces obstáculos insalvables, pues, como lo reconoce el Prof. Orlando Gomes, "su eficacia está condenada a la supervivencia de cierto número de testigos testamentarios". Ello ha suscitado también una severa crítica del jurista Dr. Pontes de Miranda. (98)

(98) Bibliografía brasileña: "Código Civil dos Estados Unidos do Brasil, commentado por Clovis Bevilacqua", 6a. ed., actualizada por Achilles Bevilacqua, Rio de Janeiro, 1947 p. 110; Clovis Bevilacqua "Direito das Sucessões, 5a. ed., Rio, 1955; Orlando Gomes "Anteproyecto de Código Civil por la Comisión Revisora formada por los Profesores Orosimbo Nonato, Orlando Gomes y Calo Mario de Silva Pereira, Rio, 1965, arts. 734 al 738; Washington de Barros Monteiro, "Curso de Direito Civil, "Direito das sucessões", Sao Paulo, 1964, p. 114; Pontes de Miranda "Tratado de Direito Privado" Parte especial, Tomo LIX, Rio de Janeiro, 1969, § 5.888 al 5.889; Orlando Gomes, "Sucessões", Rio, 1970, cap. 14, Nos. 101 al 105.

En cuanto a la huella digital del testador, ésta no es exigida en los testamentos. Si bien es cierto que debidamente utilizada y dado el considerable progreso de la Dactiloscopia sería elemento de indubitable certeza, corroborante y aun sustituto de la firma, hay dos posibilidades en las que este elemento, por el contrario, permite suplantar el consentimiento o introducir un elemento de duda en la autenticidad del testamento. En efecto, en cuanto a la hipótesis de la posible suplantación, como según la Medicina Legal las huellas dactilares pueden subsistir hasta después de la muerte, sería fácil que un tercero valiéndose de la mano de quien ya ha fallecido, estampara en el documento la impresión digital, verdadera en sí, pero que no ha sido puesta por el presunto testador.

La otra hipótesis consiste en que, a semejanza de lo que se explicó sobre los testigos y con el propósito de introducir un elemento de duda en un testamento ológrafo debidamente otorgado, un tercero pusiera o hiciera poner en dicho testamento una huella dactilar ajena al testador. El criterio ya expuesto de no dar valor alguno a estos elementos superfluos, no requeridos por la ley, impide que se conceda valor probatorio en el testamento ológrafo a las referidas huellas, no obstante el que pueden tener en otros casos.

70. COMPROBACION JUDICIAL Y PROTOCOLIZACION NOTARIAL DEL TESTAMENTO OLOGRAFO. GENERALIDADES.

A) Terminología

Con los nombres de *comprobación o verificación judicial*, denominada también *adveración*, se designa el procedimiento judicial no contencioso mediante el cual, después de muerto el otorgante, se constata la autenticidad del testamento ológrafo y se ordena por el juez su protocolización notarial. Para este efecto y terminados favorablemente los referidos trámites, el expediente pasa al notario designado por el juez, quien procede a protocolizar el testamento, con el expediente en el cual se encuentra. Hay pues, dos etapas: la judicial, en que comprobada la autenticidad, el juez dicta auto ordenando que el testa-

mento sea protocolizado y designando al notario ante el cual debe hacerse, y la protocolización notarial en sí. Debido a que esta última es la finalidad de tales trámites, en nuestro lenguaje forense se designa todo ello con el nombre de *protocolización del testamento ológrafo*.

B) *Particularidades de la sistemática.*

Examinando las disposiciones legales aplicables a la protocolización del testamento ológrafo, se encuentra dos particularidades.

La primera, consiste en que, como este testamento no existió en el Código Civil anterior, pues fue introducido por el vigente de 1936, no hay en el Código de Procedimientos Civiles, que data de 1912, disposiciones específicas que establezcan los trámites necesarios para su comprobación y protocolización. Con el fin de resolver esta situación, el legislador ubicó en el vigente Código sustantivo, algunas disposiciones adjetivas, y otras de remisión a las establecidas en el Código de Procedimientos Civiles para la apertura de los testamentos cerrados, en cuanto fueren aplicables.

La segunda de dichas particularidades está en la falta de precisión de las referidas fórmulas de remisión. En efecto, para determinar cuáles son los artículos del Código de Procedimientos Civiles referentes a la apertura del testamento cerrado, que son aplicables a la protocolización del ológrafo, se requiere sumo cuidado pues no todos son aplicables y algunos lo son sólo en parte. Además, no se ha tenido en consideración que, en el caso del testamento ológrafo, se requiere aplicar además las normas procesales relativas al cotejo y a los peritos, así como otras de la misma naturaleza.

71. DISPOSICIONES PERTINENTES DEL CODIGO CIVIL.

Este Código legisla sobre el testamento ológrafo en seis preceptos de los cuales son de naturaleza sustantiva los arts. 682 y 683 referentes a la capacidad especial para otorgarlo, exa-

minados en el N° 55; el art. 694 relativo a las formalidades de su otorgamiento y validez, estudiado en los Ns. 56 al 59, y el 697 que alude a su conservación y que por ser norma común al testamento ológrafo y al cerrado fue tratada al estudiar este último en el N° 48. Quedan, pues, como normas adjetivas relativas a su comprobación y protocolización los arts. 695 y 696 cuyo texto y comentario figuran en los párrafos siguientes:

Art. 695. Presentado el testamento ológrafo al juez, éste lo abrirá si está cerrado, rubricará todas sus fojas, y comprobada su autenticidad por el cotejo o, a falta de elementos para esta diligencia por tres testigos que conozcan la letra y firma del testador, ordenará la protocolización.

Art. 696. En el procedimiento del artículo anterior se observarán las reglas a las que se refiere el art. 692 en cuanto sean aplicables.

La fuente del art. 695 se encuentra en el art. 691 del Código Civil español, que indica también los dos sistemas mediante los cuales se puede constatar la autenticidad del testamento ológrafo: el cotejo de la letra y firma del testamento con las estampadas por el testador en otros documentos, y el reconocimiento por testigos que conozcan la letra y firma del otorgante. Pero, mientras en el precepto español se da prioridad al reconocimiento por testigos, nuestro legislador, con indudable acierto, ha invertido la fórmula dando preferencia a la constatación mediante el cotejo que se hace por peritos calígrafos y disponiendo que el reconocimiento por testigos se lleve a cabo sólo cuando no hubiere elementos para aquella diligencia.

La Grafología ofrece las garantías necesarias si el trabajo se hace con seriedad y por personas versadas en dicha ciencia. Este sistema permite la contradicción del informe de los peritos nombrados por el juez, mediante peritajes de parte, sujeto todo ello al criterio del juez que puede así tener un campo más amplio para la apreciación de la prueba. En cambio, el reconocimiento por testigos, que en algunos casos puede ser de in-

dudable valor, se presta más al error o la falsedad. Tanto es así, que en la práctica judicial algunos magistrados se muestran renuentes a permitir que la letra y firma del otorgante de un testamento ológrafo se tengan por verdaderas con sólo la declaración testimonial de quienes afirman conocerlas. En efecto, tal prueba, que en nuestro derecho es subsidiaria, sólo deberá ser admitida cuando no haya elementos para el cotejo, y esto último es poco frecuente, porque en la realidad sería raro el caso de quien siendo mayor de edad, sabiendo escribir y teniendo bienes, no haya otorgado algún instrumento público, ni se haya inscrito en el Registro Electoral, en cuya matriz y libreta respectiva debe aparecer por lo menos la firma, ni haya escrito y firmado algún documento indubitable que pueda servir para el cotejo.

En cuanto al art. 696, cuya fuente se encuentra en el art. 592 del Proyecto García Goyena y en el art. 691 del C.C. español, es norma de remisión, que declara que en el procedimiento señalado en el art. 695 se observarán las reglas a que se refiere el art. 692 *en cuanto sean aplicables*. El art. 692 a su vez dice que: *El testamento cerrado se abrirá en la forma señalada por el Código de Procedimientos Civiles*.

De allí que deba examinarse los arts. 1228 al 1242 del referido Código, para precisar cuáles son aplicables, y señalar los demás preceptos adjetivos pertinentes, a lo cual se refiere el número siguiente.

72. DISPOSICIONES APLICABLES DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES.

Aplicando al procedimiento relativo a la protocolización del testamento ológrafo las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles relativos a la apertura del testamento cerrado, conforme a lo dispuesto en los arts. 692 y 696 del Código Civil, se advierte lo siguiente:

1. El art. 1228 C.P.C. es aplicable en la parte en que establece que el testamento debe presentarse acompañado de la partida de defunción del testador. Es inaplicable en cuanto exige la constancia de que fue registrado en la forma de ley, porque de conformidad con lo dispuesto en los arts. 1062 del Código Civil y 142 del Reglamento de

las Inscripciones de los Registros Públicos, así como según la jurisprudencia de éstos citada por el Sr. Dr. García Salazar, (99) el testamento ológrafo sólo puede ser registrado después de su protocolización.

2. El art. 1229 del mismo Código, según el cual es competente el juez del lugar donde fue registrado el testamento es asimismo inaplicable, por la razón anterior. En cambio y a falta de otro precepto, procede la aplicación del art. 47 C.P.C., referente al procedimiento de declaratoria de herederos según el cual es competente el juez del lugar donde el causante tuvo su último domicilio en el territorio nacional o donde se encuentren la mayor parte de sus bienes. La primera parte de este precepto se justifica en el caso del testamento ológrafo porque es principio de derecho procesal sucesorio, que tiene amplio respaldo en la doctrina y en la legislación comparada, que el juez de la sucesión, ante el cual debe tramitarse todo lo referente a ésta, debe ser el del último domicilio del causante. Además, hay una razón de orden práctico porque en los lugares a que se refiere el art. 47 C.P.C., debe suponerse que se encuentran documentos apropiados para el cotejo o personas que conozcan la letra y firma del testador, para los fines del art. 695 C.C.

3. En el art. 1230 C.P.C. sobre quiénes tienen derecho a solicitar la apertura del testamento cerrado debe tenerse presente lo siguiente: a) Pueden solicitar la protocolización del testamento ológrafo todas las personas que en este precepto se enumera, pues si no se admitiera así, resultaría el absurdo de que tales personas: herederos, legatarios, acreedores y todos los que tienen justificado interés en un testamento, podrían promover los trámites que conducen a darle eficacia jurídica si el testamento es cerrado, pero no cuando es ológrafo, y es elemental que donde hay la misma razón debe haber el mismo derecho; b) Deben presentarlo, necesariamente, quienes lo tengan en su poder, tan luego tengan noticia de la muerte del testador (art. 697 C.C.); c) Es indudable que los interesados a quienes se refiere el art. 1230 C.P.C. pueden recoger el testamento de quien lo conserve en su poder y presentarlo al juez pidiendo su protocolización.

4. El art. 1231 del mismo C.P.C. es aplicable en la parte en que manda que el procedimiento se siga con citación del cónyuge sobreviviente si lo hubiere y de los parientes del difunto, pero no hasta el sexto grado de consanguinidad como el artículo indica, debido a que ello era así dentro de la vigencia del Código Civil anterior, sino sólo hasta el cuarto grado de consanguinidad en la línea colateral, esto es, hasta los primos hermanos, pues más allá no se extiende el parentesco legal en esta línea según el art. 295 del vigente Código Civil, ni los derechos sucesorios conforme al art. 760 del mismo.

5. El art. 1232 C.P.C., propio de la apertura del testamento cerrado, es inaplicable al procedimiento relativo a la protocolización del ológrafo.

(99) García Salazar, ob. cit., p. 172.

6. Los arts. 1233 y 1234 C.P.C. relativos al examen de los testigos son aplicables cuando, a falta de documentos para el cotejo de comprobación de la autenticidad de la letra y firma del testador, tal verificación se hace mediante testigos, como lo autoriza subsidiariamente la última parte del art. 695 C.C.

7. El art. 1235 C.P.C. concuerda con el citado art. 695 C.C. en la parte en que dice que corresponde al juez abrir el pliego si está cerrado y es por lo tanto aplicable. También lo es cuando establece que si el testamento estuviese escrito en idioma extranjero será traducido por el intérprete que nombre el juez. Cada una de las fojas del testamento ológrafo debe ser rubricada por el juez conforme lo dispone el art. 695 C.C.

8. El art. 1236 según el cual *"resultando de las diligencias practicadas que el testamento fue otorgado con las formalidades prescritas por la ley el juez expedirá auto declarando que es la última voluntad del finado lo que se lee en el pliego, y mandará que se protocolice el expediente"*, es asimismo aplicable. Conviene advertir que la aprobación judicial, en este caso, se refiere únicamente a la autenticidad del testamento y a la observancia de los requisitos de forma, no a la validez del contenido.

9. Los arts. 1237 al 1241 C.P.C. se refieren únicamente a la apertura del testamento cerrado y son inaplicables a la protocolización del ológrafo.

10. El art. 1242, que es el último de los relativos al procedimiento de apertura del testamento cerrado en el Código de Procedimientos Civiles y según el cual las tachas de nulidad o falsedad del testamento cerrado deben ser hechas entablado la acción en la vía ordinaria, sin que ello suspenda el procedimiento, es aplicable también en los trámites referentes a la protocolización del ológrafo. Es pertinente la Ejecutoria Suprema del 5 de mayo de 1941 según la cual y de conformidad con el dictamen del Señor Fiscal doctor Muñoz se mandó ordinizar el procedimiento, debido a las alegaciones impugnatorias que fueron hechas en el procedimiento no contencioso. (100)

Hay, como ya se dijo, otras disposiciones del Código de Procedimientos Civiles aplicables a los trámites judiciales para la protocolización del testamento ológrafo, que forman algunos grupos más, a saber:

11. Los arts. 435 al 440 C.P.C. referentes al cotejo, por ser esta diligencia la señalada preferentemente por el art. 695 C.C. para constatar la autenticidad de la letra y firma del testador.

12. Los arts. 491 al 504 C.P.C. relativos a los peritos, por ser éstos quienes deben efectuar el cotejo.

(100) Rev. del Foro de 1941, p. 700; Rev. de los Tribs., año 1941 p. 89.

13. Algunas disposiciones relativas a los testigos, cuando, subsidiariamente, debe emplearse este medio probatorio según la parte final del mismo art. 695 C.C. Dichos preceptos son, además de los ya citados arts. 1233 y 1234 C.P.C., los arts. 449 a 455, 469 al 473, 477 y 486 al 490 del mismo Código procesal.

14. Finalmente, es preciso advertir que la referida diligencia subsidiaria de la comprobación de la letra y firma del testador por testigos, no es un reconocimiento y por lo tanto son inaplicables los arts. 410 al 433 C.P.C., inclusive el 422 según el cual por muerte del otorgante son llamados a practicar el reconocimiento sus herederos.

73. NORMAS NOTARIALES Y REGISTRALES RELATIVAS A LA PROTOCOLIZACION.

La protocolización misma, ante el notario público respectivo, se efectúa conforme a lo mandado por el art. 89 de la Ley del Notariado, agregándose al registro el *expediente íntegro* mandado protocolizar. Tanto los partes que pasa el notario al Registro así como los testimonios que expide, luego que sean pagados los impuestos sucesorios, son, asimismo, del expediente íntegro en que se encuentra el testamento ológrafo mandado protocolizar, con el correspondiente recargado gasto que ello irroga.

En lo registral son aplicables los arts. 1062 del Código Civil y 142 del Reglamento de las Inscripciones de los Registros Públicos. El primero dispone que: *El juez que ordene la protocolización de un testamento ológrafo mandará pasar partes con los datos de los artículos anteriores.* Se refiere a los arts. 1059 al 1061 de los cuales, como es fácil constatar, sólo es de aplicación el 1059 que contiene la regla general que dice: "Los testamentos se inscribirán en el domicilio del testador, lo mismo que las revocaciones de ellos y las escrituras revocatorias de la desheredación; y además, en el lugar de los inmuebles si éstos se designan en el testamento".

El art. 142 del citado Reglamento expresa: *El asiento de inscripción de los testamentos ológrafos contendrá los datos que aparezcan de los partes que el juez debe ordenar se remitan para su inscripción, de conformidad con las disposiciones del Código Civil.*

Tales partes deben ser pasados por el notario cuando la protocolización ordenada haya sido efectuada. Para ello, el juez, en la resolución en que manda se protocolice el expediente, deberá expresar que hecha ésta se pase por el notario los partes respectivos al Registro de Testamentos.

74. VALOR PROBATORIO DEL TESTAMENTO OLOGRAFO.

Aplicando al tema lo ya expuesto sobre la naturaleza jurídica formal del testamento ológrafo, (*supra* N° 53.) y de conformidad con las disposiciones legales aplicables, corresponde expresar lo siguiente:

A) Desde el momento de su otorgamiento y hasta antes de su protocolización notarial, y no obstante la circunstancia de contener un acto jurídico solemne, el testamento ológrafo es, en nuestro derecho y en cuanto a su naturaleza instrumental, un documento privado. Durante esta etapa carece de valor probatorio como testamento debido que para ello se requiere, como sabemos, de su comprobación judicial y protocolización notarial, por lo dispuesto en la parte final de los arts. 694 y 695 del Código Civil. Por consiguiente, no le son aplicables, en cuanto es un testamento, los arts. 430 y 433 del Código de Procedimientos Civiles, relativos al valor probatorio de los instrumentos privados.

B) Después de haberse efectuado conforme a ley su protocolización notarial, el testamento ológrafo adquiere el valor probatorio de un instrumento público, de conformidad con lo dispuesto en el art. 89 de la Ley del Notariado y en los arts. 400 inc. 1° y 401 del Código de Procedimientos Civiles. Vale entonces lo mismo que el testamento otorgado por escritura pública o que el cerrado que hubiere sido abierto judicialmente y estuviere protocolizado, pues los tres referidos testamentos comunes tienen, finalmente, la misma eficacia jurídica, conforme fue explicado en el N° 11.

75. SUS VENTAJAS E INCONVENIENTES.

A) *Son ventajas del testamento ológrafo:*

1. *La facilidad de su otorgamiento.* Como basta que el testador dé cumplimiento a las sencillas formalidades de ley, que son la autografía, la fecha y la firma, y no se requiere de notario ni de testigos, el testamento ológrafo ofrece la facilidad de poder ser extendido en cualquier momento, lugar o idioma, de manera ininterrumpida o fraccionada en el tiempo, por no exigirse tampoco la unidad del acto.

2. *El mayor secreto posible.* Es también notoria ventaja que el testador pueda otorgar su testamento enteramente a solas, colocándolo, si así lo desea, dentro de un sobre u otro envoltorio y guardándolo o dándolo a guardar, tomando las precauciones que considere necesarias.

3. *Su gratuidad inicial.* Este es otro atractivo para el testador, porque en el momento de su otorgamiento, el testamento ológrafo cuesta muy poco o nada. Más adelante veremos cómo, finalmente, resulta el más oneroso de los testamentos comunes.

4. *La facilidad de su revocación.*— El testador puede revocar su testamento ológrafo destruyéndolo simplemente, u otorgando otro que lo reforme en todo o en parte. El testador puede, asimismo, revocar en todo o en parte, aclarar o ampliar el contenido de las cláusulas de su testamento ológrafo, agregando al primitivo texto ya suscrito y en cualquier tiempo posterior, las cláusulas adicionales que desee, pues, como ya sabemos, la ley no impone en esta clase de testamento la *unitas actus*, bastando para la validez de estas cláusulas modificatorias o ampliatorias que el testador las escriba, las feche y las firme de su puño y letra. No obstante, lo más prudente en estos casos es hacer un nuevo testamento y destruir el anterior, a fin de evitar que el empleo de estas modalidades que la ley no prohíbe y que la doctrina autoriza, pero que son poco conocidas,

pueda servir de asidero a impugnaciones hechas por ignorancia o por malicia.

B) *Son sus inconvenientes:*

1. *La posibilidad de su pérdida u ocultación.*— Las seguridades que el testador tome para la conservación de su testamento ológrafo, pueden resultar ineficaces. En vida del otorgante, y especialmente después de su muerte, existe el riesgo de que las personas que lo tengan a su alcance, puedan sustraerlo, ocultarlo o destruirlo, dejándolo de esta manera sin efecto. Este riesgo puede ser atenuado mediante el otorgamiento en varios ejemplares, como fue explicado en el N° 65.

2. *Las molestias del procedimiento de comprobación.* El procedimiento judicial no contencioso que tiene por objeto la verificación de la autenticidad del testamento ológrafo y su aprobación formal, para los efectos de su posterior protocolización notarial, explicado en los Nos. 70 al 72, conocido comunmente como de *protocolización del testamento ológrafo*, ofrece las garantías necesarias para evitar los casos de posible suplantación, pero presenta riesgos que la experiencia permite apreciar. Cuando se trata de herencias pequeñas, los trámites son de rutina y las molestias mínimas. Pero, tratándose de las grandes herencias, las mismas disposiciones destinadas a comprobar la verdad del acto y el cumplimiento de sus formalidades, pueden tratar de ser empleadas para desconocer dicha verdad o para amparar la posible falsificación. De allí la importancia que tiene en este procedimiento la rectitud del juez y el cuidado que debe poner al elegir peritos calígrafos idóneos y al apreciar, con arreglo a la facultad que le concede la ley, el mérito del peritaje que éstos emitan, así como el que puedan presentar los interesados, escuchando a éstos cuando fuere necesario para formarse un concepto cabal del caso y resolver conforme a ley, a la verdad y a su conciencia.

3. *Los gastos que ocasiona.* Frente a la afirmación teórica y a la generalizada creencia de que el testamento ológrafo es el menos costoso, conviene explicar que esto es así sólo en el ac-

to de su otorgamiento, como ya se dijo, y que en la realidad los gastos que irroga un testamento ológrafo hasta lograrse su protocolización, comprenden los siguientes rubros:

a) Honorarios del abogado que deberá intervenir profesionalmente en el procedimiento judicial respectivo, preparando y autorizando los escritos y controlando el correcto desarrollo de dicho procedimiento:

b) Actuaciones del escribano secretario de Juzgado, ante el cual se siga el respectivo procedimiento;

c) Honorarios de los dos peritos calígrafos que la ley exige y el Juzgado nombra, para que efectúen la diligencia de coitejo. No existiendo normas para la determinación del monto de estos honorarios, y aunque es obvio que deberán estar en relación con la facilidad o dificultades que presente la pericia, así como con las posibilidades económicas de quienes deben pagarla, es preciso impedir los abusos que pudieren ocurrir al respecto; y,

d) Derechos del notario público por efectuar la protocolización en su registro del expediente judicial en que se encuentra el testamento, pasar los partes respectivos al Registro de Testamentos y otorgar en su oportunidad el correspondiente testimonio.

La suma de los gastos provenientes a cada uno de estos cuatro rubros, y su comparación con el que ocasiona el testamento en escritura pública o el cerrado, permiten apreciar que el testamento ológrafo es, finalmente, el más oneroso de los tres.

Por estas razones y salvo los casos en que así se justifique, de los tres testamentos comunes cuyas formalidades han sido explicadas, es preferible el otorgado en escritura pública que, como fue explicado en el N° 40, es el que ofrece mayores seguridades y que, a la postre, resulta el más económico.

76. MANIFESTACIONES ESCRITAS INFORMALES DE VOLUNTAD MORTIS CAUSA.

Luego de haber terminado de exponer lo relativo al testamento ológrafo, conviene explicar un acto semejante, que se presenta en la realidad, pero que no suele aparecer en las sistematizaciones doctrinarias. Se trata de las declaraciones de voluntad, hechas para surtir efecto después de su muerte, que el causante escribe de su puño y letra y entrega con tal objeto a alguno de sus familiares, pero sin observar los demás requisitos formales del testamento ológrafo y sin pretender, desde luego, atribuir a tal declaración el valor jurídico de éste, pues se atiene al respeto que merezca a sus herederos, su voluntad así expresada. El contenido de estas declaraciones y su objeto, son muy variados. Pueden referirse a la manera como deben ser distribuidas sus alhajas y otros bienes muebles, aun habiéndose otorgado testamento; se dispone otras veces del patrimonio estableciéndose algún legado o sugiriéndose determinada partición, y en otros casos se limita a previsiones no patrimoniales como son, por ejemplo, la manera como ha de efectuarse el sepelio de sus restos o disponiendo su cremación.

Hay en estos actos una indudable expresión de voluntad *mortis causa*, que es la esencia del testamento; existe autenticidad, que casi siempre es unánimemente admitida por los encargados de cumplir aquella voluntad expresada en este acto familiar e íntimo, pero no hay en este caso, acto jurídico válido porque faltan los requisitos de forma que le son propios por cuyo motivo y según el rigorismo formalista de la testamentificación, se trata de actos que no tienen los efectos jurídicos del testamento.

No obstante, tal situación no carece totalmente de protección legal, pues la tiene, aunque muy limitada, dentro del régimen de las *obligaciones naturales*, que son las que están fundadas sólo en el derecho natural y en particular en la equidad, por cuyo motivo no se deriva de ellas acción alguna para exigir su cumplimiento, pero si fueren cumplidas voluntariamente por el obligado, la ley autoriza para retener lo que se hubiere dado o pagado por razón de las mismas. Así, en las situacio-

nes en referencia, el cumplimiento o pago de lo dispuesto por el causante, en lo que no fuere contrario a ley, sería irreversible y por lo tanto lícito.

Son de particular interés, por la enunciación que hacen de conceptos pertinentes y por su ejemplificación, los Códigos Civiles de Argentina, art. 515, cuyo inc. 1º está derogado; Chile, art. 1470; Ecuador, art. 1526; Colombia, art. 1527 y Uruguay, arts. 1441 y 1442. Al ejemplificar esta figura jurídica en los referidos Códigos extranjeros, se cita precisamente el caso de las obligaciones que proceden de los actos jurídicos a los cuales faltan las solemnidades que la ley exige para que produzcan efectos civiles, *como es la obligación de pagar un legado dejado en testamento al cual faltan formas substanciales*, según la frase de Vélez Sarsfield; o *que no se ha otorgado en la forma debida*, según la de Andrés Bello; y, en general, *las que proceden de actos o instrumentos nulos por falta de alguna solemnidad que la ley exige para su validez*, conforme a la expresión de Eduardo Acevedo. Estos ejemplos son ilustrativos para poder apreciar que, aunque dentro de muy reducido margen, también aquí se admite la prevalencia de la verdad y de la justicia sobre la rigidez de la exigencia formalista.

La figura no es extraña a nuestro Código Civil, en cuanto a la irrepetibilidad de lo pagado en casos de esta naturaleza, pues en su art. 1285 declara que: "*No se puede repetir lo que se pagó en virtud de una deuda prescrita, o para cumplir deberes morales o de solidaridad social, ni para obtener un fin in-moral o ilícito*". Disposición análoga existe en los Códigos Civiles de Francia, art. 1235; Alemania, art. 812; Italia, art. 2034; en el de Portugal de 1966, art. 403 y en el de Brasil, art. 970, en el que nuestro dispositivo tiene su fuente.

Por consiguiente, los herederos a quienes vaya dirigida tal expresión de voluntad del causante, si fuera indudable en su autenticidad y razonable y legal en cuanto a su contenido, aunque deficiente en su forma, harán bien en cumplirla como obligación natural y como deber de conciencia. No se trata del cumplimiento imperativo de las obligaciones derivadas de un

acto jurídico en sentido estricto, (101) sino de la observancia voluntaria de deberes morales, que está amparada en nuestra ley por la irreversibilidad del pago, cuando hubiere sido hecho en virtud de aquéllos.

SECCIÓN SEXTA

TESTAMENTOS ESPECIALES

SUMARIO:

77. Generalidades.— 78. Testamento marítimo. Texto, concordancias y comentario del art. 698 C.C.— 79. Testamento consular. Texto, concordancias y comentario del art. 699 C.C.

77. GENERALIDADES.

De acuerdo con la clasificación de los testamentos en comunes u ordinarios y especiales, privilegiados o extraordinarios, se da el nombre de testamentos especiales a los que pueden ser otorgados sólo en ciertas circunstancias para las cuales han sido creados por la ley con el fin de facilitar la testamentación activa. La denominación de privilegiados es impropia.

(101) En este numeral, como en los anteriores, el testamento es denominado *acto jurídico*, empleando la terminología de nuestro Código Civil y de la doctrina peruana, que sobre el particular proviene de la doctrina francesa y de los Códigos Civiles de Argentina y Brasil.

En otro sector del derecho comparado y según el sistema del Código Civil alemán y de la doctrina alemana, italiana y española, la denominación correspondiente es la de *negocio jurídico*.

Salvo las modalidades propias de las respectivas clasificaciones, la diferencia en este caso es sólo terminológica.

Véase sobre el particular las obras del Prof. José León Barandiarán, "Comentarios al Código Civil Peruano, Tomo I. Acto Jurídico" Lima, 1938, p. 8 y "Manual del Acto Jurídico", Lima, 1961, p. 6; la del Prof. Guillermo A. Borda, "Tratado de Derecho Civil Argentino", Parte General, Tomo II, 5a. ed. Bs. Aires, 1970, Nº 828; la del Prof. Alberto G. Spota, "Tratado de Derecho Civil", Tomo I, Parte General, Vol. 3º (8), Bs. Aires, 1957, Nº 1.800 y, en la "Filosofía del Derecho" del Prof. Giorgio del Vecchio, trad. de la 13a. ed., Barcelona, 1969, su explicación sobre la equivalencia de los términos *negocio jurídico* y *acto jurídico* en sentido estricto.

Nuestro vigente Código Civil admite sólo dos clases de testamentos especiales: el *marítimo* o *de los navegantes* y el *consular*, legislados en sus arts. 698 y 699. La inclusión del testamento consular entre los especiales está de acuerdo con la tendencia predominante en la doctrina peruana, aunque hay razones para negarle este carácter y estudiarlo como una modalidad de los testamentos comunes, público y cerrado, según se explicará más adelante.

78. TESTAMENTO MARITIMO O DE LOS NAVEGANTES.

Texto, concordancias y comentario del art. 698 C.C.

Art. 698. Los navegantes pueden testar ante el capitán o ante quien tuviere el mando del buque y en presencia de no menos de dos testigos. Estos testamentos valen si el testador fallece durante el viaje o dentro de los treinta días posteriores a su llegada y debe protocolizarse dentro del plazo fijado en el artículo 694 y siguiendo las reglas previstas en el artículo 696.

Este precepto tiene su fuente en los arts. 675, 678 y 679 del Código Civil anterior y concuerda con el art. 722 del Reglamento de la Marina Mercante y Capitanías que dice lo siguiente: "*Los pasajeros así como los tripulantes y oficiales pueden testar, en navegación, ante el capitán o ante quien tuviere el mando del buque y en presencia de no menos de dos testigos. Estos testamentos son válidos si el testador fallece dentro del viaje o dentro de los treinta días posteriores a la llegada a puerto*". Es también pertinente en el mismo Reglamento, el art. 559 inc. c) según el cual es inherente al cargo de Capitán, "*autorizar testamentos abordó*". Asimismo, son disposiciones aplicables del Código Civil los artículos 685, sobre requisitos generales de todo testamento; 691 sobre quiénes no pueden ser testigos testamentarios, así como los arts. 694, 2a. pte. y 696 del mismo Código, que el referido dispositivo menciona en su texto y que aluden a la protocolización correspondiente. Respecto a los citados arts. 685 y 691, deben tenerse presente que su aplicación a esta clase de testamento debe ser hecha con criterio prudente y liberal, no sólo por las razones generales ya dadas en

el N° 2 sobre la interpretación del formalismo testamentario, y por las especiales indicadas en los Ns. 21, 24 y 25, sino además, porque debe atenderse a las circunstancias en que este testamento es otorgado.

Examinando ahora el texto mismo del artículo 698 C.C. y, en cuanto al sentido de los términos empleados y otros aspectos, corresponde explicar lo siguiente:

a) La palabra *buque* es sinónima de *nave*, *barco* o *embarcación* y según fue definida en la Convención de Ginebra para el Estatuto Internacional de la Gente de Mar, es: "Cualquier navío o barco, de cualquier especie, de propiedad pública o privada, dedicado habitualmente a la navegación". Tal concepto genérico es inaplicable en toda su amplitud al presente caso, debido a que el testamento marítimo o de los navegantes, por su naturaleza de acto jurídico formal, sólo puede ser razonablemente empleado en aquellos buques cuyas condiciones justifiquen la posibilidad de su correcto otorgamiento y consiguiente validez. Por este motivo y para precisar cuáles son los buques en que puede ser otorgado este testamento y con referencia a la clasificación de las embarcaciones hecha en los arts. 380 al 392 del citado Reglamento de la Marina Mercante, corresponde advertir que dicho testamento podrá ser razonablemente empleado en las embarcaciones de travesía y de cabotaje, sean de pasajeros, de carga o de pesca, así como en las destinadas a trabajos científicos, pero no en las de bahía, ni en las de recreo, ni en los remolcadores, chatas y pontones.

Por consiguiente, no es de aplicación en esta materia el art. 201 del Reglamento de las Inscripciones de los Registros Públicos que considera como buques no sólo los destinados a la navegación sino también los diversos aparatos flotantes como son los diques y pontones, pues, como en ese mismo artículo se indica, tal concepto rige sólo para los efectos del Código de Comercio y del mismo Reglamento de las Inscripciones de los Registros Públicos. Además, el testamento marítimo, por su naturaleza y con arreglo a las costumbres internacionales, sólo puede ser otorgado en navegación, como lo precisa acertadamente el transcrito art. 722 del Reglamento de la Marina Mercante, y por consiguiente, no puede ser empleado en aparatos flotantes no destina-

dos a aquélla, como no puede serlo tampoco en los buques, de cualquier clase que fueren, que se encuentren fondeados en puerto, debido a que entonces las actividades regidas por el Derecho Civil, de sus oficiales, tripulantes y pasajeros, están sujetas a las leyes del país del puerto respectivo.

En cuanto a los buques de guerra, no existiendo en la legislación peruana disposición específica alguna relativa al otorgamiento del testamento marítimo en ellos, ni tampoco norma prohibitiva, es potestativo del Comandante de la nave autorizarlo, aplicando en tal caso el comentado art. 698 del Código Civil, que no hace distingo al respecto entre los buques de guerra y los mercantes, y mandar se inscriba en el Diario de Navegación, en uso de las amplias atribuciones que durante ésta son inherentes al Capitán de todo buque. (102)

Limitación elemental, referente a la aplicación del referido art. 698 de nuestro Código Civil, es que las formalidades que establece para dicho testamento sólo podrán ser aplicadas en los buques de bandera peruana, pues en los demás el testamento marítimo es otorgado según las leyes del país cuya bandera lleven.

b) Por navegantes debe entenderse, en este caso, a los oficiales, tripulantes y pasajeros de los buques. El nombre de *testamento de los navegantes* puede inducir a suponer que podría ser empleado también por quienes viajen en naves aéreas, lo cual no es exacto porque el precepto comentado se refiere exclusivamente a los buques. Para que pudiera otorgarse testa-

(102) El testamento marítimo otorgado abordo de los buques de guerra estuvo regido en nuestro país por el Código de la Marina Militar del Perú, promulgado por Ley del 30 de Octubre de 1866. Su art. 237 del Tomo II que indicaba las formalidades particulares de este testamento, fue reproducido en el 1º y 2º Anteproyectos del Libro Tercero del Código Civil, arts. 44 y 106, respectivamente. Pero, habiendo sido derogados entre tanto el referido Código Privativo, el Proyecto de Código Civil de 1936 no contuvo ya esa fórmula y propuso sólo una norma genérica, que dió lugar a la que el vigente Código Civil del mismo año contiene en su art. 698, que no hace distinción alguna en las formalidades del testamento marítimo, sea mercante o de guerra el buque en que fuere otorgado.

Contrastando con la brevedad de dicha fórmula, la legislación comparada ofrece diversos modelos de nutrida legislación al respecto, en los Códigos Civiles de Argentina, arts. 3679 al 3688; Brasil, 1656 al 1659; Colombia, 1105 al 1112; Chile, 1048 al 1054; Ecuador, 1106 al 1110, 1112 y 1113; España, 722 al 731; Italia, 611 al 615; Francia 988 al 997; Uruguay, 817 al 827 y Venezuela, 867 al 878. Es de importancia observar, en algunos de estos Códigos, la mayor importancia que conceden a legislar sobre los testamentos otorgados en los buques de guerra con respecto a los mercantes.

mento especial en los aviones se requeriría norma expresa, como ocurre en Italia en que así lo autoriza específicamente el art. 698 de su Código Civil. Además, debe tenerse presente sobre el particular el aspecto práctico. Sumamente incómodo resultaría sin duda, que un pasajero otorgara su testamento especial ante el Capitán o ante quien lo represente en el avión. En cambio, es fácil al que efectúa su viaje aéreo en un avión de pasajeros, otorgar su testamento en forma ológrafa, la cual, desde luego, puede emplearse también abordo de los buques.

c) En cuanto al nombre de marítimo, no debe ser tomado al pie de la letra, pues esta clase de testamento puede ser empleado igualmente en la navegación fluvial y lacustre.

d) En el relativo a su otorgamiento, el artículo comentado establece que el testamento en referencia debe ser otorgado ante el Capitán o ante quien tuviere el mando del buque y ante dos testigos por lo menos, pero no establece si debe ser escrito o si puede ser verbal. La duda debe ser resuelta en el sentido de que debe ser extendido necesariamente por escrito, aunque no se exige que lo sea necesariamente de puño y letra del testador, y basta que sea firmado por éste, suscrito por los testigos y autorizado por el Capitán o por quien haga sus veces y ante el cual se otorgó el testamento, porque de otra manera no podría ser protocolizado. Además, en la duda de si puede ser extendido en pliego abierto o cerrado y no habiendo restricción alguna de la ley, es posible admitir una u otra forma. Luego de extendido, firmado y autorizado, el Capitán dispondrá que sea guardado con los documentos más importantes del buque y que se anote la ocurrencia en el Diario de Navegación. Si el testador falleciera a bordo *“el funcionario consular indagará, además, si hubo testamento; y habiéndolo procurará su transmisión a los interesados, como lo dispone el art. 258 del Reglamento Consular.* Fuera de este caso, es costumbre que el Capitán, a su regreso, entregue tal testamento a la Capitanía del Puerto de su procedencia.

e) Importante particularidad del testamento de los navegantes es su caducidad, en virtud de la cual sólo vale si el testador fallece durante el viaje o dentro de los treinta días posteriores a su llegada.

f) Este testamento, con arreglo a su naturaleza, adquiere eficacia jurídica sólo a partir del momento en que, previos los trámites de su comprobación judicial, es efectuada su protocolización notarial. Rige por eso, también para este testamento, la regla contenida en la segunda parte del art. 694 del Código Civil, según la cual la protocolización debe ser pedida judicialmente, dentro del plazo máximo de dos años contados a partir de la fecha del fallecimiento del testador.

g) En lo relativo a la conveniencia o inconveniencia de emplear este testamento, debe tenerse presente no solamente la desventaja de su caducidad, explicada en el párrafo e), sino, además, su relativa seguridad, variable según los casos. De allí que algunas veces pueda ser sustituido con ventaja por el testamento ológrafo, siempre que se disponga lo necesario para la debida custodia de éste.

79. TESTAMENTO CONSULAR.

Texto, concordancias y comentario del art. 699 C.C.

El sistema legal sobre la validez formal en el Perú de los testamentos otorgados en el extranjero, fue ya explicado en el N° 16, bajo el título de "Ley aplicable a la forma del testamento en el espacio", exponiendo de manera general el art. XX del Título Preliminar de nuestro Código Civil. En este lugar se tratará de modo especial lo relativo al testamento consular, indicando a continuación las disposiciones pertinentes y haciendo luego un breve comentario sobre esta clase de testamento.

Art. 699. Los peruanos en país extranjero podrán testar ante el agente diplomático o consular del Perú, observando las disposiciones de este Código.

La fuente de esta norma se encuentra en la primera parte del art. 679 del Código Civil de 1852. Las disposiciones a que aquélla se refiere son: los arts. 682 al 685 que contienen disposiciones generales pertinentes; los arts. 687 y 688 sobre las formalidades requeridas para otorgar el testamento en escritura pública; el art. 789 acerca de las referentes al cerrado; el art.

690 que establece los impedimentos del Notario, aplicables en este caso al Cónsul, y el art. 601 que enumera taxativamente los impedimentos de los testigos testamentarios. Todas ellas del vigente Código Civil.

El anotado art. 699 concuerda con la segunda parte del art. XX del Título Preliminar del mismo Código que, legislando sobre la forma de los actos jurídicos y de los instrumentos en que se contienen, declara que: *Cuando los instrumentos son otorgados ante funcionarios diplomáticos o consulares del Perú se observarán las solemnidades de la ley peruana.*

Son disposiciones complementarias del art. 699, los arts. 182, 183, 185 y 187 del Reglamento Consular del Perú, cuyo texto es el siguiente: *Art. 182. Los funcionarios consulares pueden extender testamentos públicos y autorizar testamentos cerrados. Cuando se autorice un testamento cerrado deberá transcribirse el contenido de la cubierta en el Registro de Escrituras Públicas que firmarán el testador, los testigos y el funcionario consular.— Art. 183. No se puede expedir testimonios de testamentos de personas que no han fallecido, sino a solicitud de los otorgantes, expresándose esta circunstancia.— Art. 185. Los funcionarios consulares deberán entregar a los interesados un parte dirigido al Jefe de los Registros Públicos de la circunscripción nacional a que corresponda, para la inscripción de dichas actas en la forma establecida y para los efectos contemplados en los artículos 1060 al 1068 del Código Civil y 138 al 150 del Reglamento de los Registros Públicos. (103). Art. 187. En todo lo referente a actos notariales los funcionarios consulares deberán sujetarse a las disposiciones aplicables del Código Civil y de la Ley del Notariado.*

El testamento consular, al que se refieren las anteriores disposiciones, no tiene en nuestra legislación ni necesita tener un formalismo propio. Se trata de los testamentos ya explicados, en escritura pública y cerrado, con sus mismas solemnidades, los

(103) Con respecto a las citas hechas en el transcrito art. 185 del Reglamento Consular vigente, aprobado por Decreto Supremo del 2 de diciembre de 1939, conviene anotar que, en cuanto al Código Civil, son pertinentes los arts. 1059 al 1061 y 1063 al 1065, del título denominado "Del Registro de Testamentos" y en lo relativo a la reglamentación registral, los arts. 138 al 141 y 143 del título denominado asimismo "Del Registro de Testamentos", del vigente Reglamento de las Inscripciones.

que en el territorio nacional son otorgados ante los Notarios Públicos y son considerados como testamentos comunes y que en los países extranjeros podemos otorgar los peruanos ante los Agentes Diplomáticos o Consulares del Perú en cuyo caso se les da, impropriamente, el nombre de especiales. De allí que las disposiciones referentes al testamento consular contenidas en el art. 699 del Código Civil, concordante con la segunda parte del art. XX del Título Preliminar del mismo Código y en los arts. 183, 185 y 187 del Reglamento Consular, salvo la autorización para otorgarlos ante los referidos funcionarios, son normas reiterativas algunas y de simple remisión otras, con respecto a las disposiciones que establecen las formalidades de los testamentos comunes notariales, que son otorgados en escritura pública o cerrados.

Por tales motivos, el testamento consular no presenta simplificación alguna del formalismo testamentario, ni la limitación de su vigencia en el tiempo, que son elementos típicos que caracterizan a los testamentos especiales. Estas consideraciones permiten afirmar que, si bien es cierto que el testamento consular es considerado en nuestro derecho como especial, para los fines de su nomenclatura doctrinaria y de su ubicación en el Código, en cuanto a su naturaleza jurídica es sólo una modalidad de los testamentos comunes.

Esta particularidad de considerar al testamento consular como especial, proviene del Proyecto español de García Goyena en que los artículos respectivos, 586 y 587, están ubicados en una sección denominada: "De las solemnidades de los testamentos especiales", de conformidad con cuya fuente, en nuestro Código Civil anterior el art. 679 pertinente fue instalado en el título que lleva como nombre: "Fórmulas particulares de ciertos testamentos". Los comentaristas de dicho Código, el Dr. Francisco García Calderón en su diccionario y el Dr. F. Samanamú en su Tratado, se refirieron también al testamento consular como especial. Asimismo, en la Comisión Reformadora del Código Civil el ponente de esta materia Sr. Juan José Calle, en el 1º y 2º Anteproyectos del Libro Tercero del Código, arts. 46 y 108 respectivamente, empleó la misma nomenclatura de la codificación anterior. En el Proyecto de 1936 el epígrafe fue suprimido, pero el testamento consular fue ubicado después del

marítimo en el art. 692, como lo está en el vigente Código Civil en el art. 699. En la doctrina moderna los Dres. Germán Aparicio Gómez Sánchez, Darío Rodríguez Llerena y Luis Echecopar García le dieron la denominación de testamento especial, y los Dres. Aníbal Corvetto Vargas, Enrique Holgado Valer y H. Gustavo Palacio Pimentel, la de extraordinario. (104).

Con criterio diferente del seguido por los citados autores, el Prof. Héctor Cornejo Chávez ha fundamentado la tesis según la cual el testamento consular no es un testamento especial, apoyándola en la carencia de formalismo propio de este testamento y en la concordancia existente entre el comentado art. 699 y la segunda parte del art. XX del Título Preliminar del Código Civil, disposiciones que aparecen transcritas al comienzo de este numeral. (105)

En la legislación comparada hay al respecto tres sistemas; que son los siguientes: 1. En el más avanzado, coincidente con la referida tesis, el testamento consular no está legislado en los Códigos Civiles de Alemania y del Brasil, países que autorizan su otorgamiento en el extranjero ante sus respectivos Cónsules en virtud de lo dispuesto en el art. 38 de la Ley de Introducción al B.G.B. y en el art. 18 de la correspondiente Ley brasileña. Se encuentran también en este grupo los Códigos Civiles de Suiza, de Italia de 1942 y de Portugal de 1967. 2. Según otra técnica legislativa, proveniente del Proyecto de don Andrés Bello, y empleada en los Códigos Civiles de Chile, art. 1028; Ecuador, art. 1085 y Colombia, art. 1018, el testamento consular es considerado como una modalidad del notarial, denominado solemne, que en el extranjero puede ser otorgado ante los Cónsules. 3. En otros Códigos Civiles, el testamento consular aparece legislado en una o más disposiciones contenidas en la parte relativa a las formalidades de los testamentos. Se encuentran en este caso: Argentina, arts. 3636 y 3637; España, art. 734; Panamá, arts. 736 al 739; Paraguay, arts. 3636 y 3637; Perú, art. 699; Uruguay, art. 828 y Venezuela, arts. 879 al 881. En los

(104) Francisco García Calderón, "Diccionario de la Legislación Peruana", T. II, Lima, 1862, p. 1065; F. Samanamú, "Instituciones de Derecho Civil", T. I, Lima, 1911, N° 300; Primer Antep. 2a. ed. 1928, p. 252; Segundo Antep. del Lib. III, 1926, p. 20; Germán Aparicio Gómez Sánchez, "Código Civil". Concordancias, T. I. Lima, 1936, p. 192; Tomo XI, 1942, p. 286; 3a. edición del Tomo I, rev. por los Dres. Germán y Felipe Aparicio Valdez, 1949, p. 153; Darío Rodríguez Llerena, "Código Civil". Concordancias, motivos, notas críticas y explicativas, Chiclayo, 1938, p. 57; Luis Echecopar García "Derecho de Sucesiones", Lima, 1950, p. 104; Aníbal Corvetto Vargas, "Manual Elemental de Derecho Civil peruano", T. II, Lima, 1956 Ns. 109 y 112 a); Enrique Holgado Valer, "Las Sucesiones Hereditarias en el Código Civil Peruano", Lima, 1965, p. 177; H. Gustavo Palacio Pimentel, "Elementos de Derecho Civil Peruano", T. II, 2a. ed. Lima, 1971, N° 831.

(105) Héctor Cornejo Chávez, "Derecho de Sucesiones". Apuntes de sus clases en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, por C. Torres, p. 47.

dos primeros grupos el testamento consular no es, indudablemente, un testamento especial. En el tercero la doctrina lo considera generalmente como tal.

En cuanto al aspecto práctico, corresponde explicar lo siguiente:

a) Pudiendo ser otorgado el testamento consular peruano por escritura pública o cerrado, ante el agente diplomático o consular del Perú en el extranjero, el funcionario ante el cual se otorgue, en una u otra forma, deberá dar estricto cumplimiento a las atribuciones y formalidades señaladas para los notarios en el Código Civil y en la Ley del Notariado, de conformidad con el Reglamento Consular, necesitándose además que la firma puesta por el referido funcionario en el testimonio de la escritura pública, o en la cubierta del testamento cerrado, sea legalizada por el Ministerio de Relaciones Exteriores del Perú.

b) En el caso del testamento consular cerrado es necesario advertir que al efectuarse su apertura en el Perú y de conformidad con el procedimiento no contencioso respectivo, los problemas que esto trae consigo y que fueron materia del comentario desfavorable hecho al art. 1232 del C.P.C. en la página 112, se acrecientan considerablemente al extremo de hacer muy difícil, o prácticamente imposible, el cumplimiento de dicha norma. Por tal motivo no es aconsejable el otorgamiento del testamento consular cerrado.