

Formalidades de los Testamentos*

Por ROMULO E. LANATTA

Profesor Principal.

Resumen: Este trabajo comenzó a ser publicado en el número anterior de esta Revista, en que apareció la parte general del mismo que contiene la sección primera, relativa a las cuestiones generales, que comprende los Ns. 1 al 19 y la sección segunda, referente a las formalidades comunes, que incluye los Ns. 20 a 26.

En este número aparecen las secciones tercera y cuarta, y los Ns. 27 al 52 en que se trata sobre las formalidades propias de los testamentos en escritura pública y cerrado, conforme al sumario que se inserta al comienzo de cada una de dichas secciones.

SECCIÓN TERCERA

TESTAMENTO POR ESCRITURA PUBLICA

SUMARIO:

27. Concepto.— 28. Disposiciones aplicables.— 29. Incapacidades especiales relativas a este testamento.— 30. Formalidades de su otorgamiento: art. 687 C.C.— 31. Unidad del acto.— 32. Caso de interrupción: art. 688 C.C.— 33. La expresión de voluntad del testador.— 34. La intervención del notario.— 35. Donde no hay notario, ¿Puede otorgarse testamento ante el juez de paz en escritura imperfecta?— 36. Referencia a la intervención de los testigos.— 37. La lectura.— 38. Las firmas.—

* La parte general, que incluye las secciones primera y segunda, aparece en el vol. 35, 1971. págs. 63 y ss.

39. Valor probatorio de este testamento.— 40. Sus ventajas e inconvenientes.

27. CONCEPTO.

Testamento por escritura pública es, como se indicó en el N° 9, el otorgado por el testador ante un notario, quien lo escribe en su registro, y tres testigos. Se le da también los nombres de *abierto, público y auténtico*.

28. DISPOSICIONES APLICABLES.

Son las siguientes:

a) Sobre las formalidades comunes ya estudiadas: los arts. 685, 690 y 691 del Código Civil;

b) Respecto a las propias de este testamento: los arts. 687 y 688 C.C.;

c) Acerca de los requisitos especiales para su otorgamiento, en relación con algunas personas: los arts. 682 al 684 C.C.;

d) Preceptos notariales: los arts. 12, 13 inc. 1º, 14 inc 3º, 25, 29, 43, 46, 60, 61, 67, 68 y 87 de la Ley del Notariado.

e) Normas registrales: los arts. 1059, 1061 y 1063 del Código Civil y los arts. 139, 141 y 143 del Reglamento de las Inscripciones de los Registros Públicos;

f) Reglas procesales: los arts. 400 inc. 1º, 401 y 407 del Código de Procedimientos Civiles sobre el valor probatorio, y los arts. 404 y 405 del mismo Código sobre la nulidad y la anulabilidad de la escritura pública, cuya forma reviste esta clase de testamento.

g) Cuando el testamento por escritura pública se otorga en el extranjero ante los cónsules peruanos, son aplicables, además, los arts. 181 al 183 del Reglamento Consular.

29. INCAPACIDADES ESPECIALES RELATIVAS A ESTE TESTAMENTO.

En cuanto a la edad del testador, el testamento puede ser otorgado desde los 18 años, según el art. 682 C.C. No hay disposición alguna que autorice a otorgarlo antes de esa edad.

Los únicos que adolecen de incapacidad específica para testar por escritura pública en nuestro derecho son los mudos, por prohibición expresa del art. 683 C.C. Ello es debido a que en los incisos 2º y 3º del art. 687 C.C., se exige en este testamento la participación verbal del testador.

Tal prohibición alcanza, desde luego, a los sordomudos, quienes, cuando saben expresar su voluntad de manera indubitable, esto es mediante la escritura, y no padecen de enfermedad o debilidad mentales, no son incapaces de ejercicio y pueden por lo tanto otorgar testamento, pero no por escritura pública por impedírsele su mudez.

Pero pueden testar en esta forma los sordos, porque nuestra ley no lo prohíbe, así como también los ciegos y los analfabetos, pues para las personas comprendidas en estos dos últimos casos se establece expresamente, en el art. 684 C.C., que pueden otorgar testamento sólo por escritura pública.

Todo ello, desde luego, está subordinado a que el testador no adolezca de las causales de incapacidad absoluta del art. 9 C.C., ni de algunas de las denominadas incapacidades relativas, mencionadas en el art. 555 del mismo Código y que por su naturaleza lleven consigo la incapacidad de testar. (40)

(40) Traté el tema a que se refiere este último párrafo en "Capacidad del testador", Rev. de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Año XXXIII. Lima, 1970.

30. FORMALIDADES DE SU OTORGAMIENTO: Art. 687 C.C.

El referido precepto dice así:

Art. 687. Las solemnidades del testamento en escritura pública son:

1º Que estén reunidos, en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y tres testigos que sepan leer y escribir;

2º Que el testador exprese por sí mismo su voluntad;

3º Que el notario escriba el testamento en el registro;

4º Que el testamento se lea clara y distintamente por el testador o la persona que él elija;

5º Que durante la lectura, al fin de cada cláusula, se averigüe, viendo y oyendo al testador, si lo contenido en ella es la expresión de su voluntad;

6º Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto;

7º Que si el testador no sabe o no puede firmar, lo haga el testigo testamentario que él designe.

Este artículo, cuya fuente se encuentra en el art. 658 del Código Civil anterior, es suficientemente claro y prolijo. Establece siete requisitos que, por su naturaleza, son esenciales para la validez del acto. En los números siguientes será examinado cada uno de ellos.

31. UNIDAD DEL ACTO.

Exige el comentado art. 687 en su inciso 1º, que estén reunidos en un solo acto desde el principio hasta el fin el testa-

dor, el notario y tres testigos que sepan leer y escribir, y en su inciso 6º, que el testador, los testigos y el notario *firmen el testamento en el mismo acto*.

No está permitida, por consiguiente, ni se justifica de modo alguno, la corruptela consistente en que uno o varios de los testigos, que deben serlo presenciales, no concurren al acto de otorgamiento y firman la escritura posteriormente. Si tal hecho ocurriera y fuera debidamente probado en juicio, acarrearía la declaración de nulidad del testamento, por ser la unidad del acto una formalidad esencial destinada a garantizar su autenticidad y la libertad con que procedió el testador. Este requisito es idéntico al exigido en el inciso 1º del art. 658 del C.C. anterior y tiene por consiguiente más de un siglo de aplicación en nuestro país. La jurisprudencia al respecto es uniforme y por Ejecutorias Supremas del 12 de setiembre de 1928 y del 14 de agosto de 1936, fueron declarados nulos los respectivos testamentos en escritura pública con respecto a los cuales se probó que los testigos que aparecían interviniendo como tales no acompañaron al testador en el acto de otorgamiento. (41)

Esta causal de posible nulidad sugiere algunas advertencias: al Notario ante quien se otorga este testamento, para que cumpla y haga cumplir estrictamente lo preceptuado. Al juez ante quien se demande la nulidad por inobservancia de este requisito, para que al evaluar las declaraciones que hicieron los que aparecen como testigos del testamento ponga especial cuidado en distinguir el caso en que acrediten fehacientemente su concurrencia o inconcurrencia al acto de otorgamiento, de aquel otro en que la nieguen simplemente, para favorecer por este medio la declaración de nulidad. Deberá el juez, al efecto, no sólo aplicar la regla del art. 490 del C.P.C. en la apreciación de esa prueba, sino también el valor de las demás, entre las cuales se encuentra la fe notarial que tiene el mérito que le reconocen el art. 1º de la Ley del Notariado y el art. 401 del C.P.C. Y finalmente, advertencia al testador, para que conociendo la existencia de este riesgo lo evite escogiendo testigos testamentarios de absoluta idoneidad.

(41) Anales Judiciales de 1928, p. 151 y Revista de los Tribunales de 1936, p. 250.

32. CASO DE INTERRUPCION: ART. 688 C.C.

Lo dispuesto en los incisos 1º y 6º del art. 687 acerca de la necesaria unidad del acto, tiene una sola excepción, que es la señalada por el citado texto que dice así:

Art. 688. Si se suspende la facción del testamento por cualquier causa, se hará constar esta circunstancia, firmando el testador, si puede hacerlo, los testigos y el notario. Para continuar el testamento deberán estar reunidos nuevamente el testador, el mismo notario y los testigos si pueden ser habidos, u otros en caso distinto.

La prolija previsión contenida en este artículo, proviene del 658 inc. 11 del Código Civil anterior, y la principal hipótesis del precepto es, obviamente, que pueda sobrevenir al testador, durante el acto de otorgamiento, alguna indisposición en su salud lo suficientemente importante para paralizar y aplazar la continuación del acto testamentario, tanto así que se pone en el caso de que el testador no pueda firmar la constancia de la suspensión. Pero debemos atenernos, en este artículo, a su expresión textual según la cual es aplicable a la interrupción que se produzca *por cualquier causa*.

En la legislación comparada, tanto la norma que exige la *unitas actus* en el testamento público, así como la ya explicada excepción a la misma, están expresadas en el art. 699 del C.C. español. Más exigente aún, el C.C. brasileño en su art. 1632, declara que es requisito esencial del testamento público la unidad de dicho acto, sin hacer excepción alguna a esta regla.

Si el acto no llegare a terminarse, no hay testamento. Nuestro Código Civil anterior declaraba en su art. 659: "No es testamento el que no se ha concluído". El vigente no contiene esta norma por considerar sin duda que es innecesario expresarla.

33. LA EXPRESION DE VOLUNTAD DEL TESTADOR.

El citado art. 687 en su inc. 2º dice: *Que el testador exprese por sí mismo su voluntad*. Este precepto es inherente a la naturaleza del testamento, que es acto personalísimo e indelegable, y tiene por objeto que tanto el notario como los testigos aprecien la libertad con que procede el testador.

Al respecto es de notorio interés en nuestro derecho examinar la siguiente cuestión: ¿Debe el testador expresar su voluntad dictándosela verbalmente al notario? ¿O puede hacerlo entregándole un borrador e indicándole que éste contiene su voluntad testamentaria, para que copie dicho texto?

La primera interpretación, consiste en afirmar que el contenido del testamento debe ser necesariamente dictado por el testador al notario. Son argumentos en favor de esta tesis, que mientras en el Código Civil anterior se decía únicamente "que el testador exprese su voluntad", en el vigente se ha intercalado la frase "por sí mismo", que pone énfasis en la expresión personal, y que está prohibido, por el art. 683, otorgar testamento por escritura pública al mudo. Esta exigencia del dictado proviene del derecho francés que tanto influyó en los autores de nuestro vigente Código Civil. En efecto, el Código de Napoleón, en su art. 972, tanto en su texto original como en el reformado, establece que el testamento abierto debe ser dictado por el testador al notario. A esta interpretación se atienen, nuestros notarios, cuando en la introducción de las escrituras públicas de testamento consignan la frase: "y procedió a dictármelo en la forma siguiente". Es la interpretación del referido inciso según el método tradicional que atiende a la intención del legislador y al origen de la norma.

La segunda interpretación, es de carácter liberal y realista. Tiene en consideración que una persona puede expresar por sí misma su voluntad de manera verbal o escrita y que la ley no dice que deba hacerlo verbalmente, ni emplea siquiera la palabra "dictado", como lo hace el Código francés. Además, el contenido del testamento, salvo algunos casos, no es una improvisación, sino el resultado de una preparación cuidadosa que el testador debe hacer previamente, asesorado por su abogado,

redactando al efecto un borrador o texto que él mismo lleva y entrega al notario, indicándole que ese es el contenido de su testamento, para que lo copie como cuerpo de la correspondiente escritura. Es lo que ocurre generalmente en la práctica, sin perjuicio de darse cumplimiento, en el acto de otorgamiento, a todas las formalidades del referido art. 687 C.C., entre las cuales están las indicadas en los incisos 4º y 5º que agregan mayores garantías para que el testador pueda constatar la fidelidad del texto.

Con respecto a esta segunda interpretación, el caso se presentó ante nuestros tribunales por haberse demandado la nulidad de un testamento en escritura pública, en cuyo juicio se adujo y probó que el testador había dado al notario el contenido de su testamento en un borrador que éste había copiado en la respectiva escritura. El Juez de Primera Instancia declaró infundada la demanda. La Corte Superior confirmó dicha sentencia, aunque con un voto en contra. La Corte Suprema resolvió, por Ejecutoria de 21 de Julio de 1943, no haber nulidad en la confirmatoria, declarándose de esta manera válido el referido testamento. (42)

No obstante, y como en la práctica conviene procurar que el testamento esté rodeado de todas las precauciones necesarias, para evitar que cualquier duda al respecto pueda traer consigo su nulidad, lo más prudente es que, sin perjuicio de poder llevar el testador su borrador escrito, lo cual es recomendable, se lo dicte al notario en presencia de los testigos para que éste pueda decir con verdad en la escritura "y procedió a dictármelo" (43). Este borrador no tiene que ser conservado, y aunque sea elemental decirlo, conviene hacer notar que la escritura pública de testamento en nuestro país, no se extiende mediante minuta.

Con respecto a esta cuestión, es ilustrativo conocer en la legislación comparada el art. 3656 del Código Civil argentino que, resolviendo este problema, dice así: "El testador puede dictar el testamento al escri-

(42) Sentencia citada por el Dr. Luis Echeopar García, Ob. cit. p. 81.

(43) Opinan en este sentido el Dr. Héctor Cornejo Chávez en su Cátedra de Derecho de Sucesiones de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Apuntes de C. Torres C., p. 38, y el Dr. Echeopar García, Ob. cit. p. 81.

bano, o dárselo ya escrito, o sólo darle por escrito las disposiciones que debe contener para que las redacte en la forma ordinaria". Don Dalmacio Vélez Sarsfield, en su nota a este precepto y justificando su apartamiento de la exigencia francesa del dictado, expresó: "Nosotros no encontramos indispensable esta forma y en el artículo seguimos los usos del país, de los cuales no ha resultado mal alguno".

No obstante, y con respecto a dicha norma, en el Anteproyecto del jurista argentino Juan Antonio Bibiloni, art. 3211, en el Proyecto de Código Civil del mismo país de 1936, art. 2043, en el Anteproyecto argentino del Prof. Llambías, art. 749 y en el Anteproyecto paraguayo del Prof. De Gásperi, art. 3356, se establece, para el caso de la expresión escrita, que lo sea de puño y letra o firmada por el testador y que el escribano la conserve agregada a su protocolo. Hay en estos proyectos interesantes sugerencias. Así, el Dr. Bibiloni, en una apostilla a la fórmula sustitutoria que propuso, hizo notar los posibles peligros de la expresión escrita y la garantía que ofrece el dictado oral por el testador; y el Prof. De Gásperi establece, como consecuencia de admitir la expresión escrita, que pueda también otorgar testamento por escritura pública el mudo. Por lo demás, en la doctrina argentina no se advierte críticas al referido art. 3656, que no ha sido modificado por la Ley N^o 17.711 de 1968 que introdujo importantes y numerosas reformas en el Código Civil de ese país, salvo la de que no es lógico, que permitiéndose por el referido art. 3656 que el testador pueda entregar al escribano sus disposiciones testamentarias por escrito, se prohíba por el art. 3651 otorgar testamento público al mudo.

Fórmula de análoga amplitud es la contenida en el art. 1632 del Código Civil del Brasil, según el cual este testamento debe ser escrito por el oficial público "de acuerdo con el dictado o las declaraciones del testador".

Entre los Códigos Civiles europeos, el Código Civil alemán, en su art. 2238, establece también que el testador puede declarar oralmente su última voluntad o entregar al notario un escrito declarándole verbalmente que en éste se contiene su última voluntad, norma que es aplicable tanto al testamento abierto como al cerrado. El español en su art. 696, admite también que la expresión de la voluntad del testador sea oral o escrita. El italiano en su art. 603 establece que aquélla ha de ser declarada ante el notario, entendiéndose por la doctrina de ese país, que la oralidad es concepto que está implícito en la palabra declarar. Ello no impide, en la práctica notarial italiana, que el testador pueda servirse de apuntes o dar lectura a un texto escrito previamente preparado, como arriba se recomienda con respecto al art. 687 inc. 2 del C.C. peruano.

El examen comparativo de las disposiciones citadas permite apreciar que es la mejor de ellas, por la amplitud de su contenido, que se atiene más a la realidad del derecho notarial moderno, y por la claridad de su redacción, que no suscita duda alguna, el art. 3656 del Có-

digo Civil argentino, cuyo texto se inserta arriba, o alguna de las que han sido propuestas para mejorarla. Por lo demás, el control que se pretende con el dictado del derecho francés, se logra también mediante la lectura del testamento, tal como lo establecen el art. 3658 del C.C. argentino y con más prolijidad aún los incisos 4º y 5º del art. 687 del C.C. peruano.

34. LA INTERVENCION DEL NOTARIO.

La función del notario con respecto al testamento en escritura pública, comprende los siguientes aspectos:

1º En lo que a él mismo se refiere, cuidará: a) Que su referida función se ejerza dentro de los límites territoriales que le han sido asignados (Arts. 3º y 61º de la Ley del Notariado); b) No adolecer de impedimento, el cual consiste en ser pariente del testador en línea recta o en la colateral hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad (art. 690 C.C.); y c) Que el testamento no contenga disposiciones en favor suyo ni de su cónyuge y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad (Art. 669 C.C. y art. 13 de la Ley del Notariado). Conviene hacer notar que la infracción de las normas señaladas en los puntos a) y b) pueden acarrear la nulidad absoluta y total del testamento, mientras en el punto c) la nulidad afectará sólo a las cláusulas que contengan las disposiciones favorables al notario. También es pertinente indicar con respecto al punto b), que aunque nuestro Código Civil incurra aquí en inadvertencia al respecto, es también causal obvia de impedimento, además del parentesco de consanguinidad o de afinidad en los grados indicados, el vínculo matrimonial, que no constituye parentesco, y que debió por lo tanto ser mencionado en el art. 690 como se hizo en el art. 669. Este asunto ha sido explicado en el Nº 23.

2º En cuanto a la persona del testador, el notario deberá comprobar debidamente su identidad, si no le conociere, y examinarle sobre su capacidad legal para testar y acerca de la libertad con que procede. Sobre la identificación del otorgante, la vigente Ley del Notariado Nº 1.510 del 15 de diciembre de 1911 dice en su art. 44 inc. 7º, que en la introducción de la escritura se debe expresar: *La comprobación de la identidad de la persona por dos testigos, vecinos y conocidos, si el notario*

no tiene conocimiento de alguno de los interesados. Debe atribuirse al tiempo en que dicha ley fue dictada el que no exija, preferentemente, la identificación del otorgante por alguno de los documentos de identidad oficiales que son: para los civiles la *libreta electoral*, según lo dispone el art. 60 de la Ley N° 14.207 del 25 de setiembre de 1962; para los miembros de la Fuerza Armada y Fuerzas Policiales, la correspondiente *tarjeta de identidad* y para los extranjeros su *pasaporte*. A falta de estos documentos, el otorgante podrá identificarse con otros documentos fehacientes tales como la libreta militar, la tributaria o los carnets oficiales del seguro social, etc. pero en estos casos y careciendo o no presentando el otorgante los documentos de identidad pertinentes, que son alguno de los tres ya señalados, el notario habrá de exigir siempre los testigos de conocimiento del citado art. 44 inc. 7° de la Ley del Notariado, si no conociere al otorgante y si le conociere dar fe de ello.

En lo relativo a las demás circunstancias: capacidad, libertad y conocimiento del acto, son las que exige el art. 38 de la misma Ley del Notariado. De éstas, sólo la capacidad merece referencia especial, para indicar que la constatación que hace el notario no puede ir más allá de lo que él pueda apreciar razonablemente en su conversación con el testador. Si ocurriere que éste padecía al momento de testar de enfermedad mental que lo privaba del discernimiento o de cualquier otra causal de incapacidad para otorgar testamento, que el notario ignoraba y que no pudo apreciar, la prueba fehaciente de tales circunstancias en juicio podrá prevalecer sobre la fe notarial, que sólo acredita lo que el notario pudo constatar por sí mismo. Es costumbre en casos de duda, especialmente cuando se trata del testamento de los enfermos graves, insertar en los testamentos otorgados por escritura pública, certificados médicos que acrediten la lucidez mental en que se encuentra el testador. El notario está en el deber de no extender el testamento que pretenda otorgar quien notoriamente esté afectado en su facultades mentales, o que ostensiblemente se encuentre coaccionado.

Siendo el notario abogado, no hay inconveniente en que, previamente al acto, pueda absolver las consultas que le haga el testador, asesorándolo de esta manera profesionalmente. Podrá explicarle lo que se permite y lo que se prohíbe a los testadores, así como también darle la redacción adecuada que él ne-

cesite para expresar debidamente su voluntad, cuidando de no interferir de manera alguna para alterarla. Lo relativo a la manera como debe producirse la voluntad del testador en el acto de otorgamiento ha sido ya tratado en el N° 33.

3° En lo relativo al idioma que debe emplearse en el testamento otorgado por escritura pública, como ya se dijo en el N° 26-1, debe ser necesariamente el castellano. Esto es debido a que, como se expresó en ese lugar, el Código Civil en su art. 687 inc. 2° exige "*que el testador exprese por sí mismo su voluntad*" y la Ley del Notariado en su art. 25 establece que "*Las escrituras públicas se extenderán en castellano*". De conformidad con estas disposiciones, en nuestra doctrina el Prof. Héctor Cornejo Chávez expresa claramente: "Los que no dominen el idioma castellano no pueden hacer testamento por escritura pública". (44)

Para el caso de que el testador, por ser extranjero o indígena, no conozca suficientemente el idioma castellano, el Dr. Darío Rodríguez Llerena opinó: "Si éste no habla el idioma que entienden el notario y los testigos se requiere la presencia de un intérprete designado por el mismo testador". Igualmente, el Dr. Luis Echeopar García, en el mismo supuesto y teniendo presente que las escrituras públicas deben ser extendidas en castellano según el citado art. 25 de la Ley del Notariado, expresó: "debe intervenir un intérprete que en el acto mismo traduzca las palabras del testador" (45). Estoy en desacuerdo con tal opinión porque es formalidad esencial de esta clase de testamento, conforme al citado art. 687 inc. 2 *que el testador exprese por sí mismo su voluntad* y tal requisito no sería cumplido si interviniera un intérprete, quien actuaría necesariamente como intermediario entre el testador y el notario. Esto traería, además, inconvenientes que el mismo Dr. Echeopar advierte diciendo: "Esto, sin embargo, puede dar lugar a importantes alteraciones y lo más aconsejable sería que si ocurriera tal caso se hiciera el testamento en otra forma que permitiera al testador expresarse en su propio idioma (testamentos cerrados u ológrafos) a fin de que no quepa la menor duda de la verdad del acto".

(44) Héctor Cornejo Chávez, Ob. cit., copias, p. 39.

(45) Darío Rodríguez Llerena "Código Civil. Concordancias, motivos, notas críticas y explicativas". Chiclayo, 1938. Tomo II p. 38 *in fine*; Luis Echeopar García, Ob. cit. Lima 1950, p. 83.

En la legislación comparada, hay países en que se admite el testamento público en texto bilingüe, o que el testador pueda estar asistido por un intérprete y a ello me referí en la parte final del N° 26. También en el Perú se contempló la posibilidad de admitir que el testamento en escritura pública pudiera ser otorgado en lengua extranjera acompañado de su versión castellana (46). Tal innovación no fue finalmente admitida teniéndose presente, sin duda, que las escrituras públicas deben ser extendidas sólo en el idioma oficial, por obvias razones de praxis notarial y porque, para el caso de quienes no entienden el idioma castellano, hay otras clases de testamentos en que se admite la expresión de la voluntad testamentaria en cualquier idioma o dialecto.

4° Sobre la redacción de la escritura respectiva, la de testamento como toda escritura pública, consta de tres partes: introducción, cuerpo del acto y conclusión. En la introducción, el notario expresa en primer término el lugar y la fecha del otorgamiento, como lo disponen el art. 685 del C.C. y los arts. 44 inc. 1° y 60 de la L. del N. En cuanto al lugar, y como se indicó ya en el N° 21-5, debe constar no sólo la ciudad o localidad geográfica, sino también el sitio en que el testamento es otorgado, precisando si lo es en el oficio del notario, en una clínica, en un domicilio particular, etc. y agregando en estos últimos casos lo relativo a la calle y número del respectivo local. En cuanto a la fecha, cuya indicación es exigida también en los preceptos citados, como fue hecho notar en el N° 21-6, y aunque ninguno de aquellos lo diga, es una acertada costumbre notarial precisar también la hora, dato importante que en otras legislaciones se exige. Siguen luego las generales de ley del testador, dándose cumplimiento a lo dispuesto en el mismo art. 685 C.C., relativo a los requisitos comunes de todo testamento y al ya citado art. 44 de la L. del N. en sus incisos 1°, 2°, 4°, 6° y 7°, pues los demás del mismo artículo no son de aplicación en este caso. Dichas generales de ley son, en cuanto al testador, su nombre completo, su estado civil, indicándose en caso de ser casado con quien lo está, su nacionalidad y su domicilio, entendido en este caso como domicilio personal o lugar donde habita. Si se encontrara de tránsito, se indicará ambos domicilios: el habitual y el transitorio.

(46) Segundo Anteproyecto del Libro Tercero del Código Civil, art. 90. Proyecto peruano de 1936, art. 681.

Debe mencionarse asimismo en la introducción, además de lo relativo a la identificación del testador, lo referente a su capacidad, a la libertad con que procede y al conocimiento con que otorga el acto, asuntos que ya han sido explicados en el párrafo 2º de este numeral. El notario examina también a los testigos, cuyos nombres y generales de ley inserta en forma más sencilla. La introducción termina con la constancia que deja el notario de que el otorgante le expresó su voluntad de otorgar ante él su testamento y que "procedió a dictárselo en la forma siguiente".

En el cuerpo del acto el notario inserta la expresión que el testador hace por sí mismo de su voluntad, sobre lo cual se hizo la explicación correspondiente en el Nº 33. No hay minuta alguna, como ya se dijo, pues no se requiere ni admite en este caso, por lo dispuesto en el art. 687 inc. 2º C.C. y en el art. 46 de la Ley del Notariado.

En la conclusión de la escritura, el notario expresará el hecho de que estuvieron reunidos desde el principio hasta el fin del acto el notario, el testador y los testigos, que el testador expresó por sí mismo su voluntad y que el testamento fue leído claramente por el testador o por la persona elegida por éste, quien manifestó, al final de cada cláusula, que lo contenido en ella era su voluntad, y que se dió cumplimiento a todo lo demás dispuesto en el Código Civil y en la ley del Notariado, firmando finalmente el testador, los testigos y el notario.

En efecto, sobre las diversas exigencias formalistas del art. 687 C.C. el notario debe, no sólo darles cumplimiento, sino también dar fe de haberlas cumplido, y así lo hace en la conclusión del testamento, siendo conveniente que el notario no se limite al respecto a una indicación general, sino que se refiera específicamente a cada uno de los requisitos de dicho precepto en el mismo orden en que éste los indica. De esta manera ampara con la fe notarial la verdad de haber sido cumplidas cada una de las referidas formalidades. En nuestro país esto se hace en virtud de una saludable costumbre notarial. No hay precepto imperativo específico al respecto.

En otros países, tal disposición existe, como ocurre en los Códigos Civiles de Francia, art. 972 *in fine*, de España, art. 962, 2ª. parte; de Italia, art. 603, y del Brasil, art. 1634. En este último la exigencia

es tan específica y severa, que no sólo impone al oficial público la obligación de cumplir cada una de las formalidades sino, además, la de dar fe en el testamento, de haber dado cumplimiento a cada una de ellas. Además y completando el carácter imperativo de la norma con la sanción correspondiente a su incumplimiento, establece que si faltara o no se mencionara algunas de las formalidades cumplidas será nulo el testamento y responderá el oficial público civil y penalmente. Tan severa norma, inspirada en el derecho francés, no aparece en el Anteproyecto del Prof. Orlando Gomes, de 1963, ni en el Proyecto de Código Civil de ese país, de 1965. Pero hay en ambos, como ya se dijo, norma específica según la cual el testamento es nulo por inobservancia de cualesquiera de sus formalidades esenciales. (arts. 836 y 748 respectivamente).

5º Con respecto a la grafía de la escritura pública en la que consta el testamento, la ley establece que el mismo notario la extenderá, de su puño y letra, en su registro. (art. 687 inc. 3º del Código Civil y art. 67 de la Ley del Notariado). No puede, en consecuencia ser escrita por otra persona que no fuere el mismo notario, ni tampoco ser extendida a máquina.

Sobre el particular, hay en nuestra jurisprudencia un interesante caso. Estableciendo el art. 658 inc. 3º del C.C. anterior, la misma exigencia de que el notario escriba por sí mismo, el testamento en el registro, ocurrió, bajo el régimen de dicho Código, que encontrándose un notario accidentalmente impedido de usar la mano para escribir y aunque dicho notario estuvo presente en el acto, la escritura pública respectiva fue escrita por un hermano suyo. Habiéndose demandado la nulidad de este testamento y probada tal circunstancia, el Juez de Primera Instancia declaró fundada la demanda y nulo el testamento, la Corte Superior respectiva revocó la apelada considerando que "tal circunstancia no es de las faltas substanciales" y declaró infundada la demanda. La Corte Suprema, de conformidad con el dictamen de su Fiscal Sr. Dr. Juan José Calle declaró, por Ejecutoria del 18 de abril de 1901, no haber nulidad en la sentencia de vista y que era válido el testamento. (47) Esta Ejecutoria, que pudo estar justificada por las circunstancias del caso particular que resolvió, es de valor muy relativo, porque la autografía del notario es, conforme a la exigencia del art. 687 inc. 3. C.C., una de las formalidades esenciales del acto.

6º En lo referente a la inscripción del testamento en los Registros Públicos, el notario está obligado a pasar, de inmediato, los partes de la escritura respectiva al Registro de Testamen-

(47) Juan José Calle, "Dictámenes Fiscales", Lima, 1918. Tomo III p. 15.

tos. Son aplicables los arts. 1059, 1061, 1063 y 1064 del Código Civil, que se encuentran en el Libro Cuarto de dicho Código, en que se legisla sobre los derechos reales y sobre los registros públicos, y los arts. 138 al 143 del Reglamento de las Inscripciones en estos últimos.

Las citadas disposiciones establecen:

a) La obligación de pasar dichas partes, que corresponden a los notarios ante quienes se otorgue testamentos o su revocación, y las escrituras públicas revocatorias de desheredación (arts. 717, 1061, 1063 y 1064 C.C.). Se omite establecer la misma obligación con respecto a las escrituras públicas de nombramiento de albacea (art. 730 C.C.) y que no pudiendo ser inscritas tampoco en el Registro de Mandatos, porque el albaceazgo no es mandato, quedan sin la debida inscripción.

b) La indicación del Registro Público al que deben ser pasados los partes, que es el del domicilio del testador, y además, el correspondiente al lugar donde se encuentran los bienes inmuebles, si éstos fueren indicados en el testamento. (art. 1059 C.C.).

c) Los datos que debe contener el asiento de inscripción, y que por consiguiente debe indicarse en los partes, son: fecha de la escritura, nombres del notario y del otorgante, nacionalidad, estado civil y profesión de éste, nombres de los testigos y enumeración de los inmuebles que figuran en el testamento, "Y los demás datos que conforme a las disposiciones de la ley deban contener los partes que los notarios están obligados a remitir" (art. 141 del Regl. de las Inscripciones). No se dice expresamente, ni en esta disposición ni en otras, que deberá indicarse también el nombre de los herederos instituidos y si son éstos a título universal o particular, siendo la institución de herederos parte capital del testamento que, por las finalidades del registro, constituye dato esencial.

No sólo se advierte tal omisión, sino también que la jurisprudencia de los Registros Públicos, al interpretar el referido art. 141 del Regl. de las Inscripciones, aprobado el 21 de diciembre de 1936 y el que le antecedió, lo han hecho de manera restrictiva (48). Sólo cuando fallece el testador puede ampliarse la anterior inscripción con la del texto completo del testamento respectivo.

(48) En la obra "Jurisprudencia de los Registros Públicos", del Dr. José A. García Salazar, Lima, 1961, ps. 170 y 172, han sido recopilados las siguientes referencias, insertas en el Boletín de los Registros Públicos: En el N° 1, p. 15, la Circular N° 1; En el N° 2 p. 1 la Absolución de Consulta del 14 de abril de 1937, y en el N° 5, la Memoria, en que se confirma tal interpretación.

d) En cuanto a los efectos de la inscripción, rige el art. 1065 C.C. Dicho texto dice lo siguiente: *"Los testamentos o sus revocaciones, inscritos, perjudicarán a los terceros que celebren contratos en el lugar de la jurisdicción del registro donde se hizo la inscripción. Los actos relativos a los derechos sucesorios sobre los inmuebles inscritos quedan sujetos al régimen de esta propiedad"*. No se encuentra, ni en la exposición de motivos de esta disposición, que carece de precedentes en nuestro derecho, ni en nuestra doctrina, las aclaraciones indispensables para señalar su sentido. Lo más importante al respecto es precisar desde cuando se producirán esos efectos. Opino, que es sólo desde la muerte del testador y que con esta indicación ha debido comenzar dicho texto, pues mientras el testador no muera, su testamento inscrito o no, carece de efectos con respecto a su patrimonio y por tal razón no puede favorecer, ni perjudicar como lo dice el precepto, a terceros.

e) Conviene indicar también que la no inscripción del testamento no es causal de nulidad del acto, porque no se trata de formalidad inherente a su otorgamiento, sino de una medida cuyo fin es la publicidad con respecto a terceros, que es propia de toda inscripción registral.

7º En cuanto al secreto testamentario, que aun tratándose del testamento público existe y está protegido por la ley durante la vida del testador, el notario tendrá presente las siguientes disposiciones de la Ley del Notariado: el art. 14 inc. 3 que lo obliga: *A no permitir que mientras vive el testador se informe persona alguna de sus disposiciones testamentarias si no fuese el mismo que las otorgó u otra persona en presencia de éste* y el art. 87 que dice: *Solamente podrá darse testimonio de los testamentos de personas que no han fallecido a los mismos otorgantes expresándose esta circunstancia.*

Fallecido el testador, el secreto testamentario desaparece y el notario podrá dar copia simple de la escritura para fines tributarios. Los testimonios sólo podrá expedirlos cuando los impuestos sucesorios hayan sido pagados o haya sido declarada su exoneración.

Asimismo, y cuando por ignorarse la existencia del testamento en que se instituye herederos universales, o maliciosamente, se promueva el procedimiento de declaratoria de herederos, al ser notificado el notario dará aviso al juez de la existencia del testamento, con indicación de su fecha y según los arts. 1214 y 1220 del C.P.C.

35. DONDE NO HAY NOTARIO ¿PUEDE OTORGARSE TESTAMENTO ANTE EL JUEZ DE PAZ EN ESCRITURA IMPERFECTA?

De conformidad con lo dispuesto en el art. 203 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en los lugares que están a más de veinte kilómetros de la residencia de un notario, se llevará en el Juzgado de Paz más antiguo *un libro de registro de escrituras imperfectas en el que, por el mérito de la minuta que presenten los interesados se sentará acta expresándose las generales de ley de los otorgantes, la naturaleza del acto o contrato que contiene el documento y otros datos. El acta será firmada por el Juez de Paz, los otorgantes y dos testigos mayores de edad y vecinos del lugar después de lo cual el juez devolverá la escritura imperfecta a los interesados, poniendo en ella constancia autorizada del folio y libro en que ha quedado registrada.* A su vez, el Código de Procedimientos Civiles, en sus arts. 1306 al 1308, dispone que la protocolización de estos instrumentos se pedirá ante el Juez de la Provincia donde se otorgaron, acompañando el original o copia fotostática autenticada. El procedimiento es no contencioso y *el juez, si encuentra que el documento ha sido otorgado con las formalidades de la ley, ordenará su protocolización, o lo declarará comprobado, según los casos.* Si no fuese así, denegará la petición. Si hubiere oposición se suspende la protocolización y se puede seguir juicio ordinario sobre la validez del instrumento. Completa el sentido de los anteriores preceptos el art. 89 de la Ley del Notariado sobre protocolización de instrumentos y expedientes mandados protocolizar por orden judicial.

Estas disposiciones han suscitado la duda de si puede o no otorgarse en escritura imperfecta y ante los jueces de paz, el testamento en escritura pública legislado por el art. 687 del Código Civil.

La respuesta es negativa por las siguientes razones:

1º Porque el art. 687 C.C. que indica las formalidades del testamento en escritura pública, en sus incisos 1º, 3º y 6º se refiere concretamente al *notario*, ante el cual debe ser otorgado este testamento, y en su inc. 3º al *registro*, donde el notario debe

escribirlo. *Notario Público* es en el Perú el funcionario autorizado por la ley para dar fe de los contratos y otros actos extrajudiciales, entre los cuales se encuentran los testamentos otorgados por escritura pública. Son nombrados por la Corte Superior respectiva según lo dispuesto en el art. 137 inc. 7º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y ejercen la función de fedatarios de conformidad con la Ley del Notariado. El *registro* a que alude el Código en este caso es el protocolo notarial, cuya composición, manejo y control están prolijamente legislados por la misma Ley del Notariado, en sus arts. 17 al 37. No existe en la Ley Orgánica del Poder Judicial, donde las atribuciones de los jueces de paz están taxativamente señaladas, ni en otras, ni en el Reglamento de los Jueces de Paz, disposición alguna que autorice a otorgar testamento ante éstos. Además, el libro de actas de dichos juzgados carece de los requisitos y garantías que ofrece el registro notarial.

2º Porque habiéndose propuesto en la Comisión Reformadora del Código Civil que elaboró el vigente, una disposición que autorizaba para que en los lugares donde no hubiera notario o estuviere ausente lo supliera el de Primera Instancia y si faltara éste, el de Paz, ponencia que figura en el primero y en el segundo Anteproyectos, tal medida no fue admitida en el Proyecto de 1936, ni figura por consiguiente en el Código. El asunto ha sido, pues, contemplado y desechado prudentemente por los autores del vigente Código Civil. (49)

3º Porque la Corte Suprema de la República, en la Ejecutoria del 16 de noviembre de 1931 declaró acertadamente que: "Cuando la ley exige como solemnidad del acto el otorgamiento de escritura pública, que es el instrumento que se extiende en registro, ante notario, con arreglo a las leyes, ese es el único medio de probar su realidad y legitimidad: la exigencia formal de la escritura pública, requerida por la ley como medio probatorio, no puede suplirse con la escritura imperfecta protocolizada, ni con ningún otro de los instrumentos llamados públicos" (50). Con igual criterio, en la Ejecutoria del 19 de julio de 1952 fue de-

(49) Primer Anteproyecto, art. 30 de la Sec. 2a. Actas, Fasc. Tercero, 2a. ed. p. 249.— Segundo Anteproyecto, Libro Tercero, art. 89.

(50) Germán Aparicio y Gómez Sánchez, "Código de Procedimientos Civiles. Concordancias". Tomo I, 2a. ed. Lima, 1938 p. 213 y Rev. de los Tribs. Año 1931, p. 361.

negada la protocolización de un testamento que había sido otorgado ante juez de paz (51).

4º Porque en la Resolución de fecha 10 de diciembre de 1948 del Director General de los Registros Públicos, se declaró fundada la tacha que el Registrador respectivo formuló al título constituido por los partes de un testamento otorgado en escritura imperfecta y cuya protocolización había sido ordenada por un Juez de Primera Instancia. En los considerandos de dicha resolución se expresa: "Que siendo el testamento un acto solemne no se puede testar sino en una de las formas prescritas por la ley y no en otra; que la ley no autoriza el otorgamiento de testamento en documento imperfecto ante Juez de Paz por falta de Notario Público y que admitir un acto de esta naturaleza comportaría instituir una forma más de testar, por lo que carece de validez el testamento otorgado ante un Juez de Paz Letrado, aun cuando dicho instrumento imperfecto haya sido protocolizado por mandato judicial" (52).

Ni en nuestra legislación vigente ni en la anterior, se encuentra disposición alguna que permita otorgar testamento por escritura pública ante los jueces de paz o ante otros miembros de Poder Judicial. Siempre se ha considerado que ésta es, por su naturaleza, función privativa de los notarios públicos, denominados antiguamente en el Perú y actualmente en algunos países, escribanos. En las antiguas leyes españolas que rigieron en el Perú hasta la promulgación de nuestro primer Código Civil de 1852, tal criterio proviene del Ordenamiento de Alcalá y de las Leyes de Partidas y figura en la Novísima Recopilación en la ley 1., tit. 23 del Libro X, no obstante admitirse en estos antiguos cuerpos de leyes, testamentos de gran liberalidad en cuanto a su forma. Igual criterio fue seguido en el Proyecto de Código Civil del Dr. Manuel Lorenzo Vidaurre, de 1934-36, 3a. pte. tit. 4º, art. 3º, y asimismo en el Código Civil para el Estado Nor-Peruano de 1936, art. 464 y en el Código Civil boliviano, art. 452, que rigieron en el Norte y el Sur del Perú, respectivamente, durante la breve Confederación Perú-boliviana, salvo en todos estos cuerpos de leyes, la mayor latitud concedida a los testamentos especiales.

(51) José A. García Salazar. Ob. cit. p. 171 y Boletín de los Registros Públicos, 2a. época, Nº 10, p. 14.

(52) Resolución dictada por el entonces Director de los Registros Públicos Sr. Dr. José Ignacio Tello Vélez, actual Vocal jubilado de la Corte Suprema de la República, Rev. del Foro, año XXXV Julio/Dic. 1948 p. 172.

Tal sistema se conservó y afianzó dentro de las acertadas provisiones de nuestro Código Civil anterior, de 1852, que estableció en su art. 658, que el testamento en escritura pública debe otorgarse ante el escribano, como se denominaba al notario en el referido Código. La autorización excepcional de éste de testar ante jueces de paz, sólo se admitió para el testamento militar en campaña, art. 674, que no es testamento ordinario ni por escritura pública. El Proyecto peruano de Código Civil de 1891, poco conocido, no obstante la variedad de testamentos que propuso, respetó para el otorgado en escritura pública, en su art. 809 la formalidad esencial de su otorgamiento ante notario. En cuanto al Proyecto del vigente, ya se ha explicado que el propósito de confiar a los jueces de paz letrados o a los de primera instancia la facultad notarial de autorizar testamentos públicos, tomada del derecho argentino, fue rechazada en el referido Proyecto de 1936 y en el vigente Código Civil de ese año.

En la legislación comparada el testamento público sólo puede ser otorgado ante notario, denominado en algunos países, como ya se ha dicho, escribano público. Tal sistema es seguido en los Códigos Civiles de Francia, art. 971; España, 674; Italia, 603; Portugal, 2205; Suiza, 499; Argentina, art. 3654 con la excepción que se indicará más adelante; Chile, 1014; Ecuador, 1072; Colombia, 1078; Uruguay, 793; México, 1511; Costa Rica, 583, y Panamá, 726.

Se apartan de este sistema, entre otros, el Código Civil alemán, art. 2231, que permite que el testamento público sea otorgado ante un juez o ante un notario, el Código Civil argentino que en su art. 3655 permite testar "en los pueblos de campaña y en la campaña" y no habiendo escribano en el distrito, ante el Juez de Paz del lugar y no pudiendo éste concurrir, ante alguno de los miembros de la Municipalidad y tres testigos residentes, y el Código Civil ruso, que en su art. 435 admite una sola forma testamentaria consistente en presentar el testador su testamento, escrito por él, ante la oficina registral para su legalización y registro.

La necesidad de tener en cuenta nuestra realidad nacional y la importancia del testamento, acto jurídico solemne por su forma, que tiene por objeto cautelar la libertad del testador, y trascendente por sus efectos, permiten afirmar la conveniencia de mantener el testamento por escritura pública dentro de la función notarial, lo cual no impide considerar la mayor latitud formalista que es posible conceder al legislar sobre los testamentos especiales, y la simplificación del formalismo testamentario en general.

36. REFERENCIA A LA INTERVENCION DE LOS TESTIGOS.

En lo que respecta a los testigos del testamento en escritura pública, que deben ser tres personas idóneas llevadas por el

testador, pues está prohibido serlo a los empleados del notario, ya se ha explicado, tanto las generalidades sobre el tema, como lo relativo a sus impedimentos y la necesidad de su presencia durante el acto de otorgamiento en los Nos. 24, 25 y 31.

Conviene añadir que atendiéndose a la naturaleza secreta del testamento mientras vive el testador, inclusive del otorgado por escritura pública, y a la libertad con que debe proceder el otorgante, es prudente que el notario no permita la concurrencia al acto de otorgamiento a otras personas distintas de los testigos, salvo el abogado del testador quien podrá estar presente, si el otorgante así lo desea, para prestarle su atención profesional y que, como se ha indicado ya, no tiene impedimento para ser su testigo testamentario. La presencia de otras personas no es recomendable. En la legislación comparada existe una interesante previsión al respecto, en la Ley alemana sobre otorgamiento de testamentos del 31 de julio de 1938, según la cual se permite al testador autorizar la asistencia al acto de otras personas distintas de los testigos, o impedir su concurrencia. En nuestro derecho no existe disposición análoga, pero ésta puede ser suplida por la prudente actuación del notario que no debe permitir que presencién el acto de otorgamiento testamentario personas distintas de los testigos, salvo voluntad expresa del testador, para que éste pueda actuar con mayor libertad y para proteger, también de esta manera, el secreto testamentario.

Con respecto al mismo tema, de los testigos en el testamento otorgado por escritura pública, se advierte una redundancia en la parte final del inciso 1º del art. 687 C.C. cuando refiriéndose a los tres testigos que deben concurrir en este testamento, dice: *que sepan leer y escribir*. Se trata de una innecesaria repetición, pues en el art. 691 del mismo Código, donde se enumera los impedimentos de los testigos testamentarios, se establece: *No pueden ser testigos testamentarios: 3º Los que no saben leer ni escribir*. A tenor de este precepto general, aplicable a todos los testamentos para cuyo otorgamiento se exige la presencia de testigos, y por consiguiente al otorgado en escritura pública, están impedidos de serlo los analfabetos.

37. LA LECTURA.

En los incisos 4º y 5º del art. 687 se exige: *Que el testamento se lea clara y distintamente por el testador o la persona que él elija y que durante la lectura, al fin de cada cláusula se averigüe, viendo y oyendo al testador, si lo contenido en ella es la expresión de su voluntad.*

Se deduce de lo así preceptuado que la lectura debe ser hecha en *voz alta* y que tiene por objeto, en lo que se refiere al testador, que pueda constatar si la expresión de su voluntad ha sido consignada fielmente; en lo relativo al notario y a los testigos que se den cuenta si el testador procede con absoluta libertad, y con respecto a todos los concurrentes, que se informen *simultáneamente* del acto en el cual intervienen.

Esta lectura se deberá efectuar dos veces cuando el testador es ciego o analfabeto, conforme lo dispone el art. 684 C.C., para garantizar mejor el derecho del testador que adolece de estas insuficiencias, de constatar la fidelidad del texto. Por eso, en tal caso, conviene que la lectura sea hecha una vez por el notario y otra por el testigo que el testador elija. Nuestro Código no ha previsto específicamente el caso de la lectura en el testamento por escritura pública otorgado por el sordo, que en nuestro derecho puede emplear esta clase de testamento según se explicó en el N° 29. En tal caso conviene que la lectura, en voz alta, siempre la haga el mismo testador, ya que así lo permite el art. 687 en el inc. 4º arriba inserto, y porque así conviene para que el otorgante no sólo dé cumplimiento al requisito legal sino a fin de que, como conviene en este caso, se informe *de visu* sobre la fidelidad de sus disposiciones.

Cabe ponerse finalmente en el caso de que escrito y leído el testamento, el testador hiciere algunas observaciones de fondo o de redacción. Cualquiera que sea la observación, el notario deberá hacer constar en la escritura que habiéndose leído al otorgante éste hizo tales o cuales observaciones, pues el testamento que suscriba deberá ser la más fiel expresión de su voluntad.

La referida lectura del testamento es considerada como uno de los requisitos esenciales para su validez, de conformidad con lo cual por Ejecutoria Suprema del 23 de julio de 1958 se de-

claró que no habiéndose dejado constancia de haberse practicado tal lectura, el testamento era nulo (53).

38. LAS FIRMAS.

En el inciso 6º del mismo art. 668 se dispone que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento *en el mismo acto* y en el inciso 7º se autoriza que si el testador no sabe o no puede firmar lo haga por él, el testigo testamentario que al efecto designe.

En cuanto a lo primero, ello está en relación con la necesaria unidad del acto, ya explicada en el Nº 31. Con respecto a lo segundo, la firma a ruego, es modalidad específica, formalidad particular, como fue explicado en el Nº 13, que en materia testamentaria sólo se permite en el testamento público y que tiene por objeto facilitar la testamentificación, tanto del ciego como del analfabeto, a quienes el art. 684 permite testar sólo en esta forma, así como también de quienes por accidente o enfermedad, se encuentren impedidos de poder firmar. El Código prevé claramente este último caso diciendo: *si el testador no sabe o no puede firmar*.

Conviene que el notario exprese que el testador no firma por ser ciego, o por no saber firmar, pues algunos analfabetos saben hacerlo, o por imposibilidad física. Pero como la ley no le exige precisar la causa de la imposibilidad, opino que no hay nulidad en el testamento porque el notario omita por inadvertencia la conveniente indicación. En cuanto al testamento del analfabeto, es pertinente la Ejecutoria Suprema del 1º de junio de 1968 que declaró válido un testamento en que se cumplió el requisito de la doble lectura, pero en que no consta que alguno de los testigos firmó además por el testador, pues éstos firmaron todos ellos por sí y el testador puso su impresión digital (54). Pero en otro caso, en que la persona que aparece firmando por el testador no era testigo testamentario, por Ejecutoria Suprema de 15 de diciembre de 1941 se declaró que el testamento era nulo. (55)

(53) Rev. de la Jurispr. peruana de Oct. de 1958 p. 1103.

(54) Rev. de la Jurispr. peruana de junio de 1968 p. 761.

(55) Anales Judiciales de 1941 p. 192.

El orden de las firmas es, como corresponde, primero la del testador, luego las de los testigos y finalmente la del notario.

No hay inconveniente, y por el contrario es prudente que, aunque la ley no lo exija, en los testamentos en escritura pública en que el testador no firme por no saber o no poder hacerlo, estampe su huella digital, como lo sugiere el Dr. Jorge Eugenio Castañeda (56) cumpliéndose siempre con el requisito específico de la firma a ruego puesta por uno de los testigos a solicitud del testador y de la fe notarial correspondiente. Se trataría en tal caso de una formalidad que sería considerada como superflua desde el punto de vista legal (supra N° 15) pero útil en la práctica. No obstante, en materia testamentaria debe tenerse presente que la autenticación proveniente de la huella digital no tiene valor decisivo, por las razones que serán explicadas en el N° 55.

39. VALOR PROBATORIO DE ESTE TESTAMENTO.

Este testamento tiene, por su forma, el valor probatorio que corresponde a la escritura pública, de conformidad con los arts. 400, 401 y 407 del Código de Procedimientos Civiles, cuyo texto es el siguiente: *Art. 400: Son instrumentos públicos: 1º Las escrituras públicas y demás documentos extendidos por notarios conforme a las leyes. Art. 401. Los instrumentos públicos otorgados con las formalidades legales producen fe respecto a la realidad del acto verificado ante el notario que los extendió o autorizó. Art. 407: Si la ley exige como solemnidad de algún acto, el otorgamiento de instrumento público, éste es el único medio de probar la realidad y legitimidad del acto.*

Por consiguiente, el testamento otorgado por escritura pública con arreglo a ley, goza del privilegio de autenticidad, pues la correspondiente escritura prueba la realidad del referido testamento, sin necesidad de reconocimiento judicial ni de ningún otro trámite posterior.

Tal privilegio tiene sus requisitos y sus límites. En cuanto a los primeros, ellos consisten en dar cumplimiento tanto a

(56) Jorge Eugenio Castañeda, "Derecho de las Sucesiones", Lecciones dictadas en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Luis Gonzaga de Ica, en el año 1966. Lima, 1967.

las formalidades propias del testamento señaladas por el Código Civil, así como a las que son propias de la escritura pública en que consta y que están indicadas en la Ley del Notariado.

En cuanto a los límites del mencionado privilegio, el testamento por escritura pública está sujeto, por el instrumento en que consta, a la posible nulidad o anulabilidad de éste, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 404 y 405 del Código de Procedimientos Civiles que dicen lo siguiente: *Art. 404. La nulidad o falsedad que resulta manifiesta por el tenor mismo del documento lo invalida sin necesidad de otra prueba. Art. 405. Si la nulidad o falsedad no está de manifiesto, el instrumento producirá sus efectos mientras no se decida judicialmente sobre aquellos vicios.*

Estos artículos son también aplicables a la posible nulidad formal del testamento otorgado en escritura pública. En efecto, dada la indivisible unión que existe en el testamento entre el contenido del acto y su forma, conforme fue explicado en los Nos. 1 y 4, la nulidad de la escritura pública en que consta produce la nulidad del testamento mismo. Así, por Ejecutoria Suprema del 20 de setiembre de 1957, se declaró la nulidad de un testamento otorgado por escritura pública, porque ésta adolecía de irregularidades que la afectaban. (57)

Examinando el texto de los referidos arts. 404 y 405 del Código de Procedimientos Civiles se constata que ellos configuran, de manera clara, un sistema de nulidades diferente al establecido en el ya estudiado art. 1124 del Código Civil, sin perder de vista, desde luego, que el área de aplicación de los primeros se limita al mérito de los instrumentos públicos, mientras el último se refiere a los actos jurídicos en general. En efecto, los ya transcritos preceptos del Código procesal configuran un régimen en virtud del cual los instrumentos públicos son nulos cuando su nulidad o falsedad, que incluye desde luego la nulidad debida a inobservancia de los requisitos formales, *está de manifiesto* y sólo entonces su nulidad es tal de pleno derecho y sin necesidad de acción judicial (art. 404). Empero, si la falsedad o nulidad *no están de manifiesto*, "el instrumento producirá sus efectos mientras no se decida judicialmente sobre aquellos vicios". (art. 405). Empleando la terminología que

(57) Rev. de la Jurispr. peruana. Febrero 1958, p. 176.

es usual en nuestro derecho, por no ser éste lugar para ahondar sobre la materia, diremos que el sistema que sigue al respecto nuestro Código procesal civil consiste en que sólo en el primer caso, descrito en su art. 404, en que la nulidad o falsedad del instrumento *están de manifiesto*, reconoce que hay nulidad absoluta y de pleno derecho, mientras en el segundo caso, al que se refiere al art. 405, es sólo de anulabilidad, esto es nulidad por vía de acción, o nulidad relativa. Es, además, interesante particularidad del C.P.C. su art. 406, según el cual la tacha de nulidad, en juicio, se sustancia como incidente y se resuelve con lo principal. Asimismo, es de interés hacer notar que tal sistema, fue adoptado también, aunque sólo en lo referente a los contratos, por nuestro Código Civil anterior, de 1852, en su art. 2278.

Es importante volver aquí sobre lo ya explicado en el N° 5 acerca del referido art. 1124 C.C., para comparar el sistema de nulidades adoptado por el Código sustantivo para los actos jurídicos, con el seguido por los referidos arts. 404 y 405 del Código procesal, para los instrumentos públicos.

En efecto, al comentar el art. 1124 del Código Civil, se advirtió que dicho precepto se refiere expresamente a la nulidad que se encuentra *manifiesta* la cual puede ser, inclusive, declarada de oficio por el juez, lo que permite afirmar que entonces funciona de pleno derecho, y se indicó asimismo, que según lo establece el mismo precepto, tácitamente pero de manera bastante clara también, cuando la nulidad *no es manifiesta*, requiere desde luego, ser declarada por vía de acción. Sobre esta segunda modalidad, no obstante ser considerada en ese Código como nulidad absoluta y con los mismos privilegios propios de esta clase de nulidad que son la de producir sus efectos *ab initio* y de ser el acto inconfirmable, no funciona de pleno derecho, sino muy diversamente, por vía de acción, es decir, de manera igual en este aspecto a la figura jurídica de la anulabilidad.

La diferencia entre los dos sistemas, el del art. 1124 C.C. y de los arts. 404 y 405 C.P.C., es debida a la diversa fuente de que uno y otros proceden. El primero de los citados, como ya fue explicado en el N° 5, es un sistema que proviene del Código Civil del Brasil, mientras los segundos tienen como fuente la sistemática de nuestro antiguo derecho, establecida en el anterior Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852.

Comparando ambos sistemas opino, una vez más y sólo desde el punto de vista crítico, que en materia de nulidad del testamento por inobservancia de requisitos de forma, *debiera considerarse como nulidad absoluta que opera de pleno derecho*, que es efectiva sin necesidad de seguir acción judicial alguna y que por consiguiente puede ser declarada inclusive de oficio por el juez, *la que está de manifiesto*, esto es, la notoria y ostensible, *y que debiera ser considerada como anulabilidad que opera sólo mediante acción judicial, la que no está de manifiesto y que requiere por lo tanto de la respectiva acción en que sea demandada, probada y declarada.*

A los argumentos que fueron empleados en favor de esta tesis sostenida en el referido N° 5, a saber, la mayor simplicidad y realismo del sistema que establece tal distinción y la circunstancia de tener importante apoyo en la legislación comparada, pues es seguida por los Códigos Civiles de Argentina e Italia, agrego aquí, luego de lo expuesto, un argumento de no menor importancia: el de que tal sistema tiene, como ha sido indicado, profunda raigambre en nuestro derecho patrio.

40. SUS VENTAJAS E INCONVENIENTES.

El testamento otorgado en escritura pública es, en nuestro país, el que ofrece las mayores seguridades de autenticidad e indestructibilidad y el que mejor facilita a los herederos, en su oportunidad, la prueba de su título.

En cuanto a su autenticidad, debido a que, como ha podido apreciarse, está rodeado de las mayores exigencias formalistas, es el que mejor cautela la autenticidad del acto, la libertad del testador y la fiel expresión de su voluntad. Esta es la regla general que no excluye, desde luego, las raras excepciones que pueda tener.

En lo referente a su indestructibilidad, porque constando en escritura pública, el testamento original íntegro queda extendido en el protocolo del notario, es registrado luego en el Registro de Testamentos de los Registros Públicos, según lo explicado en el N° 34 párrafo 5° y además, el testador puede y debe obtener que el notario le expida el denominado "testimonio del

testador", que aquél otorga en vida a éste y en que aparece, como en todo testimonio, el texto íntegro de la escritura más la constancia de su inscripción registral. El testador guarda este testimonio o lo entrega a quien merezca su mayor confianza de que lo hará valer oportunamente.

Asimismo, y como el testamento contiene, casi invariablemente, la institución de herederos y es por lo tanto título que prueba esta calidad, si ha sido otorgado en escritura pública, los herederos tendrán ya el título de tales, que es efectivo desde el momento en que ocurra el fallecimiento del testador, sin necesidad de trámite judicial alguno. Sólo deberán hacer los trámites tributarios.

Frente a estas ventajas, es insignificante el inconveniente de la relativa publicidad de este testamento, en que la voluntad testamentaria será conocida por los testigos del acto y por el notario, quien está obligado, como ya se explicó también, a guardar el secreto testamentario. Son raros los casos en que tal inconveniente justifica no emplear esta clase de testamento. Tampoco es de temerse la razón en contra, según la cual el minucioso formalismo testamentario expone a este testamento, más que a los otros, a la posible nulidad. Basta leer los arts. 687, 688, 690 y 691 del Código Civil para poder apreciar que todo lo allí establecido puede ser cabalmente cumplido, siempre que tanto el notario así como el testador y su abogado pongan el debido cuidado en ello. Por lo demás nuestra jurisprudencia, como ha podido apreciarse en las citas hechas, no ha sido demasiado rigurosa al respecto.

Finalmente, se cree por algunas personas que esta clase de testamento es la más onerosa. Esto no es exacto. Las explicaciones que serán hechas oportunamente sobre el testamento cerrado y sobre el ológrafo, permitirán apreciar que, a la postre, el testamento por escritura pública es el menos costoso, porque no requiere de los trámites judiciales de apertura en el caso del cerrado y de comprobación en el del ológrafo, ni de los posteriores de protocolización notarial que se exige en uno y otro para que adquieran, después de todo ello, el mismo mérito probatorio que el testamento por escritura pública tiene por sí mismo, sin necesidad de la demora, riesgos, molestias y mayores gastos que ocasionan los otros testamentos.

SECCIÓN CUARTA

TESTAMENTO CERRADO

SUMARIO:

41. Concepto.— 42. Disposiciones legales aplicables.— 43. Incapacidades especiales relativas a este testamento.— 44. Confección del pliego interior.— 45. El sobre cerrado.— 46. Formalidades de su otorgamiento notarial: art. 689 C.C.— 47. Unidad del acto de otorgamiento.— 48. Conservación y presentación de este testamento.— 49. Trámites de su apertura judicial y de su protocolización notarial: art. 692 C.C. y aspecto procesal.— 50. Su valor probatorio.— 51. Casos en que el testamento cerrado vale como ológrafo: art. 693 C.C.— 52. Ventajas e inconvenientes del testamento cerrado.

41. CONCEPTO.

El testamento cerrado, de acuerdo con lo indicado en el N° 9, es denominado así porque el pliego en que el testador ha expresado su voluntad es puesto dentro de un sobre clausurado que aquél entrega, ante cinco testigos al notario, quien extiende un acta en la cubierta, la transcribe en su registro y devuelve el sobre al testador.

Este testamento comprende, por consiguiente, dos documentos: el pliego interior, en que el otorgante expresa privadamente su voluntad testamentaria bajo su firma, y del que se tratará en el N° 44, y el sobre cerrado sobre el cual se extiende el acta notarial que autentica su otorgamiento, al que se referirán los Ns. 45 al 47.

El testamento *cerrado*, llamado así en nuestros Códigos Civil y de Procedimientos Civiles, así como en la mayoría de los Códigos extranjeros, tiene el nombre de *místico* en el derecho romano y en el Código de Napoleón debido a que este último vocablo, según su etimología greco-romana, significa lo que está oculto, y de *secreto* en el Código Civil italiano.

Su objeto es permitir que una persona pueda testar utilizando el elemento de autenticidad que proporciona la intervención

notarial en su otorgamiento, pero sin que se conozca sus disposiciones testamentarias hasta después de su muerte.

42. DISPOSICIONES LEGALES APLICABLES.

Son las siguientes:

a) Acerca de las formalidades comunes a todo testamento, ya examinadas en los Ns. 20 al 26, los arts. 685, 690 y 691 C.C.;

b) Sobre las que son propias de este testamento, el art. 689 C.C.;

c) Referentes a las incapacidades especiales que rigen en esta clase de testamento, los arts. 683 y 684 C.C.;

d) Disponiendo que el testamento cerrado que no reúna los requisitos de tal vale como ológrafo si tiene los de este último, el art. 693 C.C.;

e) Sobre la obligatoriedad de su presentación al juez a la muerte del testador por quien lo tenga en su poder y la responsabilidad civil derivada de la omisión correspondiente, el art. 697 C.C.;

f) Normas procesales relativas a su apertura judicial y su protocolización notarial: los arts. 692 del Código Civil y 1228 al 1242 del Código de Procedimientos Civiles; y

g) Disposiciones notariales y registrales pertinentes: el art. 1060 del Código Civil, los arts. 68, 69, 70 y 89 de la Ley del Notariado y el art. 140 del Reglamento de las Inscripciones de los Registros Públicos.

43. INCAPACIDADES ESPECIALES RELATIVAS A ESTE TESTAMENTO.

Nuestro Código Civil, al declarar en su art. 684 que, *el ciego y el analfabeto sólo pueden testar en escritura pública* prohíbe, tácitamente pero de manera clara, que estas personas puedan otorgar testamento cerrado. La referida disposición proviene del art. 1641 del Código Civil del Brasil, que dice: "No podrá dis-

poner de sus bienes en testamento cerrado quien no sepa o no pueda leer”.

En cuanto al *ciego*, la ley no distingue si la ceguera fuere congénita o adquirida, permanente o transitoria, pues la prohibición se debe a la imposibilidad de ver y al consiguiente peligro de que el pliego interior pueda ser fraudulentamente substituido por otro. Tampoco exceptúa el caso en que el pliego interior pueda estar escrito fechado y firmado por el testador, constituyendo en tal caso por sí mismo este pliego interno un verdadero testamento ológrafo con arreglo a los arts. 693 y 694 C.C., pues el art. 684 prohíbe al ciego otorgar testamento ológrafo al establecer que sólo puede testar por escritura pública.

En lo relativo al *analfabeto* la justificación es aún mayor, pues no sabiendo leer no podría informarse debidamente de la fidelidad de las disposiciones del pliego interior, así las hubiere dictado.

El testamento cerrado que otorgaran los ciegos y los analfabetos, adolecerá pues de nulidad absoluta, pero como se trata de circunstancias que no se presumen y que por lo tanto requieren ser probadas, la declaración de esta nulidad absoluta deberá obtenerse por vía de acción.

Es preciso también indicar que están asimismo impedidos de otorgar esta clase de testamento quienes se encuentren físicamente imposibilitados de firmar, pues en el testamento cerrado la ley exige que el testador firme tanto el pliego interno como la cubierta. (art. 689 incs. 1º y 5º C.C.).

No hay otras prohibiciones específicas para otorgar testamento cerrado y, en consecuencia, podrán utilizar esta clase de testamento todos los que no adolecieren de dichos impedimentos, siempre que no sean incapaces absolutos o adolezcan de incapacidad relativa tal que les impida testar.

Para los *mudos*, por el contrario el testamento cerrado es una de las dos formas que pueden emplear según lo establece el art. 683 C.C. que dice: *El mudo sólo puede otorgar testamento cerrado u ológrafo*. Esta norma es debida a que la oralidad,

imposible para el mudo, es uno de los requisitos de forma esenciales para el testamento por escritura pública, según fue explicado en el N° 33.

44. CONFECCION DEL PLIEGO INTERIOR.

La única formalidad específica que en nuestro Código Civil se exige al respecto es la del art. 689 inc. 5° que dice: *Que el pliego que contiene el testamento sea firmado por el testador.* Esta es, en realidad, la única esencial sobre dicho pliego, la única cuya omisión traería consigo su nulidad absoluta formal, que operaría en este caso de pleno derecho, pues en el testamento cerrado se exige la firma del testador, tanto en el acta de otorgamiento extendida en la cubierta, como lo preceptúa el inc. 2 del mencionado artículo, así como en el pliego interno según lo prescribe el citado inciso 5°, siendo nulo el testamento cerrado en que falten tales firmas, como se declara en la Ejecutoria Suprema del 22 de noviembre de 1958. (58)

Este requisito no fue exigido en el Proyecto de la Comisión Reformadora en cuyo art. 682 se requería la firma del testador sólo en la cubierta. Fué la Comisión Revisora de 1936 la que adicionó dicho precepto con esta exigencia, indispensable para autenticar el pliego interno y cuya importancia se confirma en la legislación comparada, pues expresamente es requerida en los Códigos Civiles de la República Argentina, art. 3666; Brasil, 1636 inc. II; Colombia, 1080; Chile, 1023; Ecuador, 1081; España, 707; Francia, 976 y otros.

Hay libertad en cuanto a los demás aspectos formales en la confección de dicho pliego, siendo de interés explicar los siguientes puntos:

1° El papel que debe utilizarse en dicho pliego debe ser papel sellado de S/. 50 la foja, según lo dispone el Decreto Supremo N° 261-68 HC del 2 de agosto de 1968 que reprodujo al respecto lo establecido por la Ley N°13985 del 8 de febrero de 1962. Pero como no se trata de requisito inherente a la so-

(58) Anales Judiciales de 1959, p. 29 y Rev. de la J. P. de abril de 1959, p. 438.

lemnidad del acto, sino de exigencia fiscal, ésta puede ser subsanada mediante el reintegro correspondiente en el procedimiento que se siga en su oportunidad para su apertura judicial. Podría pues extenderse en cualquier papel, pero debe recomendarse emplear el papel del valor que la ley señala y a falta de éste usar siempre papel sellado, de cualquier otro valor, por la ventaja material que ofrece éste, cuya numeración permite saber si ya se encontraba en circulación y cuyo rayado facilita la escritura.

2º La escritura puede ser a máquina o manuscrita, extendida por el testador o por un tercero bajo el dictado de aquél, quien aprueba el texto mediante su firma. No obstante, es recomendable que sea escrito de puño y letra del testador, cumpliendo los requisitos del art. 694 párrafo 1º C.C. a fin de que si por alguna razón perdiera su validez como cerrado, valga siempre como testamento ológrafo según el art. 693 y conforme se explicará en el Nº 51.

3º Con respecto al idioma, el pliego interno puede ser escrito en castellano o en cualquier otro idioma, pues esta última circunstancia está prevista en la segunda parte del art. 1235 del Código de Procedimientos Civiles, que dice: *Si dicho pliego está escrito en cualquier idioma distinto del castellano, se traducirá por el intérprete que nombre el juez.* Este dispositivo se refiere al procedimiento no contencioso de su apertura judicial.

4º En lo relativo a la fecha, no es indispensable que el pliego interior esté fechado. La exigencia del art. 685 C.C. de que en todo testamento se debe indicar la fecha en que se otorga, se cumple en el testamento cerrado mediante la fecha del acta notarial que se extiende en la cubierta, que es, indudablemente, la de su otorgamiento. Sin embargo, conviene fechar también el pliego interior, al hacerlo manuscrito, como ya se dijo, para que al no valer como cerrado valga como ológrafo. Puede ocurrir, pues, que en el testamento cerrado haya dos fechas, la del pliego interior y la del acta notarial extendida en el sobre y que éstas sean diferentes, lo cual carece de importancia, pues una es la fecha en que se extendió el pliego, que valdría sólo en el caso de que éste adquiriera el valor de un testamento ológra-

fo, mientras la otra, esto es, la del acta notarial del sobre, es la verdadera fecha de otorgamiento del testamento cerrado.

5º No debe olvidarse, al redactar el pliego interno del testamento cerrado, dar cumplimiento a los requisitos generales de todo testamento, señalados en el art. 685 C.C. y que han sido examinados en el Nº 21.

45. EL SOBRE CERRADO.

Al enumerar el Código Civil las solemnidades del testamento cerrado, en su art. 689 se refiere en el inciso 1º al *pliego cerrado*, en el inc. 5º al *pliego que contiene el testamento* y en los incs. 2º y 4º a la *cubierta* del mismo. También las disposiciones fiscales anteriormente citadas indican que debe emplearse papel sellado del mismo valor en los testamentos cerrados y *su cubierta*.

Pero no siempre resulta cómodo hacer esto, o no basta para la debida protección del pliego interno, por cuyo motivo y sin perjuicio de poder emplear el envoltorio de papel sellado, se utiliza siempre un sobre, de consistencia y tamaño suficientes para que pueda extenderse sobre el mismo el acta notarial y para que quepan las firmas del testador, de los cinco testigos y del notario.

Antes de que el notario extienda el acta en el sobre conviene asegurar el cierre de éste, con papel engomado o con lacre, pudiéndose colocar, asimismo, sellos particulares, además del sello y signo que el notario pone con su firma. Finalmente, es obvio admitir, que como la ley dice solamente *pliego cerrado* y no *sobre*, el testador puede solamente cerrar el pliego mismo en la forma que desee sin emplear sobre alguno ni otro envoltorio.

46. FORMALIDADES DE SU OTORGAMIENTO NOTARIAL: ART. 689 C.C.

De los cinco incisos de que consta el citado precepto, relativo a las formalidades del testamento cerrado, los cuatro pri-

meros se refieren a su otorgamiento notarial y el quinto, ya examinado, al pliego interior.

El texto completo dice así:

Art. 689. Las solemnidades del testamento cerrado son:

1º Que el testador exprese delante del notario y cinco testigos que el pliego cerrado que presenta contiene su voluntad;

2º Que en la cubierta firmen el testador y los cinco testigos;

3º Que el notario autorice las firmas y de fé del acto;

4º Que el notario transcriba el contenido de la cubierta en su registro, firmando la transcripción con el testador y los testigos;

5º Que el pliego que contiene el testamento sea firmado por el testador.

En consecuencia, el otorgamiento de un testamento cerrado comprende los siguientes aspectos:

a) El testador, personalmente, presenta ante el notario y cinco testigos, llevados por aquél, el sobre o pliego cerrado que contiene su testamento, expresando a dicho funcionario que allí se contiene su voluntad testamentaria. (art. 689 inc. 1º)

b) Procede el notario, tal como lo hace para los testamentos otorgados en escritura pública, y siempre que lo considere necesario, a examinar al testador sobre su identidad, capacidad legal y libertad con que procede, así como sobre si está instruído del objeto del instrumento. (Ley del Notariado, art. 68). Debe también constatar la identidad de los testigos.

c) Extiende el notario en la cubierta del sobre o pliego el acta que suscriben el testador, los cinco testigos y el notario. (art. 689 incs. 2º y 3º C.C.)

d) Transcribe luego dicha acta en su registro firmando las mismas personas dicha transcripción (art. 689 inc. 4º C.C. y art. 69 de la Ley del Notariado). Hay sobre el particular una Ejecutoria Suprema, del 22 de abril de 1940, en que se resolvió que la omisión en que había incurrido el notario al no transcribir oportunamente en su registro la cubierta de un testamento cerrado, quedaba subsanada entregando el sobre al propio notario con intervención de los mismos testigos testamentarios que figuran en la diligencia del sobre respectivo (59). El argumento aducido por el Sr. Fiscal, de conformidad con cuyo dictamen fue dictada esta Resolución, es que "La verdad del testamento está probada". Salvo las circunstancias que hayan podido justificar esta sentencia en el caso para el cual fue dictada, se trata de un precedente cuestionable pues la transcripción del acta notarial de la cubierta del testamento cerrado en el protocolo del notario, formalidad exigida por el citado art. 689 inc. 4º C.C., es requisito esencial que no puede ser omitido en el acto de otorgamiento y subsanado a posteriori, porque tiene como finalidad, precisamente, establecer la certeza de la intervención del notario en la fecha indicada en la cubierta y porque es inherente a la unidad del acto de su otorgamiento, que rige también para el testamento cerrado, como se explicará en el número siguiente.

47. UNIDAD DEL ACTO DE OTORGAMIENTO.

En el otorgamiento del testamento cerrado rige también la norma de la unidad del acto en virtud del cual éste debe realizarse ininterrumpidamente y encontrándose presentes y reunidos durante todo el tiempo el testador, el notario y los cinco testigos.

Nuestro vigente Código Civil, en su art. 689 no ha cuidado de mencionar este requisito que exige expresamente en su

(59) Rev. de los Tribs. de 1940, p. 77.

art. 687 para el testamento por escritura pública, con la excepción del art. 688, omisión que proviene de que también se incurrió en ella en el Código Civil anterior (arts. 658 inc. 1º y 667). Pero tal omisión está subsanada por el Código de Procedimientos Civiles que, refiriéndose a los trámites de apertura del testamento cerrado, exige en su art. 1232 inc. 3 que reunidos ante el juez el notario y los testigos declaren *si todos juntos y en un solo acto* vieron que el testador entregó el pliego al notario y le oyeron decir que el papel que entregaba contenía su testamento. Claramente se refiere el dispositivo a *un solo acto*. Tal unidad de tiempo no se aplica a la confección del pliego interno.

Los fundamentos de tal exigencia son obvios y están en que, en un testamento cerrado que fuere otorgado por partes, en diferentes días, o en varias etapas, sería dudosa la fecha que debería señalarse a su otorgamiento y relativamente fácil la posible sustitución del pliego.

En el derecho comparado, tanto en el aspecto legislativo como doctrinario, ésta es también la opinión predominante, siendo las normas de mayor interés al respecto los arts. 976 del C.C. francés, modificado por la Ley del 8 de diciembre de 1950; 3667 del argentino, 1023 del chileno y 605 *in fine* del italiano y los comentarios correspondientes, de Planiol y Ripert para el primero, de don Dalmacio Vélez Sarsfield para el segundo del Prof. Manuel Somarriva Undurraga para el tercero y del Prof. Antonio Cicu para el último. (60)

48. CONSERVACION Y PRESENTACION DE ESTE TESTAMENTO.

Terminado el acto de su otorgamiento, el testamento cerrado es devuelto por el notario al testador, quien puede conservarlo en su poder o confiar su custodia a quien tuviera por conveniente, inclusive al mismo notario.

El vigente Código Civil no lo establece expresamente así,

(60) Planiol-Ripert, Tratado práctico, ob. cit. Tomo V, Nº 597 §. y Ripert-Boulangier, ob. cit., Tomo X, vol. 1. Nº 2009; Vélez Sarsfield, Nota al art. 3667 de su Código Civil; Somarriva Undurraga, ob. cit. p. 186; Cicu "El testamento" Trad. Madrid, 1959 p. 117.

aunque ello se infiere de dos de sus disposiciones. El art. 749 dice: *El testamento cerrado queda revocado si el testador lo rompe o lo abre*, actos que suponen su posesión por el testador, y el art. 697 declara: *La persona que conserve en su poder un testamento cerrado u ológrafo debe presentarlo al juez tan luego tenga noticia de la muerte del testador bajo pena de responder de los daños y perjuicios*. Este segundo precepto se refiere a la posesión del testamento cerrado por un tercero, sea porque el testador se lo dió en custodia, o porque quedó en su poder al morir el otorgante.

Esta devolución del testamento cerrado por el notario al testador, luego de haber sido cumplidas las formalidades de ley, fue expresamente establecida en nuestro Código Civil anterior, art. 670. El silencio del vigente sobre el particular debe ser interpretado en el sentido de que adopta igual sistema, ya que esto se deduce de los citados arts. 697 y 749 y de su indicado precedente. La doctrina nacional es unánime al indicar que así finaliza el acto de otorgamiento del testamento cerrado, (61) y la costumbre notarial al respecto es, asimismo, invariable.

Tal sistema es inconveniente. El testamento cerrado, en poder del testador o de un tercero, queda expuesto a los riesgos de pérdida, sustracción, ocultación y al de apertura prematura e indebida. La experiencia lo demuestra así.

En lo judicial se ha presentado algunos casos en que, al seguirse el procedimiento de declaración de herederos y notificarse conforme a ley a los notarios del lugar para que den aviso al juez sobre si han autorizado o registrado algún testamento del causante, el notario en cuyo registro aparece que el fallecido otorgó ante él un testamento cerrado, lo avisa al juez, con indicación de la fecha y conforme a los arts. 1220 y 1227 del Código de Procedimientos Civiles, y puede ocurrir que tal testamento no sea habido porque el testador lo destruyó revocándolo de esta manera, tal como lo autoriza el art. 749 C.C., o porque se perdió, fue sustraído u ocultado, durante la vida del causante o

(61) José León Barandiarán, Copias, p. 65; Héctor Cornejo Chávez, copias, p. 42; Luis Echeopar García, ob. cit., p. 91; Emillo F. Valverde, ob. cit., p. 360; Anibal Corvetto Vargas "Manual Elemental de Derecho Civil peruano", Lima, 1956 Tomo II, Nº 99; Gustavo Palacio Pimentel "Elementos de Derecho Civil peruano" 2a. ed., Lima, 1971, Tomo II, Nº 857; Enrique Holgado Valer, "Las sucesiones hereditarias en el Código Civil peruano", Cuzco, 1965, p. 160.

después de su muerte. Sobre el particular, es de interés examinar algunos casos para indicar, finalmente, el criterio que cabe aplicar conforme a ley.

En la revista del Foro de 1915 aparece publicado un antiguo pero interesante caso, ocurrido en 1874, bajo la vigencia del Código Civil anterior y del Código de Enjuiciamientos en Material Civil, ambos de 1852. Fallecida la causante y promovido el procedimiento no contencioso respectivo, denominado entonces declaración de intestado, se acreditó que aquélla había otorgado testamento cerrado, que éste se conservó intacto hasta después de su muerte, pero que luego desapareció mediante un robo, practicado con fractura de puertas, antes de procederse a su apertura judicial y de conocerse su contenido. El Juez de Primera Instancia dictó el auto de declaración de intestado. Apelado éste, la Corte Superior de Lima lo revocó declarando que la causante había fallecido testada y que para poder hacer los esclarecimientos del caso se siguiera juicio ordinario. La Corte Suprema por Ejecutoria del 17 de octubre de 1874 y de conformidad con lo opinado por su Fiscal declaró no haber nulidad en el auto de vista y, en consecuencia, que correspondía controvertir la materia en juicio ordinario. (62)

En otro caso, en que promovida asimismo la declaratoria de herederos del causante, se acreditó en ella que había otorgado testamento cerrado, pero éste no era habido, el Juez de Primera Instancia dictó auto declarando que no apareciendo el testamento y siendo de presumir que hubiese sido destruído, procedía llevar adelante el procedimiento en que declaró herederos ab-intestato a quienes acreditaron su derecho conforme a ley. Habiendo sido apelado dicho auto, la Corte Superior de Cajamarca lo revocó, declarando que mientras no se hubiere acreditado la desaparición no se podía declarar el intestado y que requiriéndose para ello de una amplia controversia, se ordinarizara la causa. Por Ejecutoria Suprema del 2 de setiembre de 1927 se declaró no haber nulidad en el auto de vista y que, por consiguiente, correspondía resolver sobre la declaración de herederos en juicio ordinario. (63)

Finalmente, en otro procedimiento de declaratoria de herederos, iniciado en 1962 en esta capital, en que uno de los notarios manifestó que el causante había otorgado testamento cerrado en su Notaría y en que el referido testamento no fue tampoco habido, el Agente Fiscal opinó en el sentido de que se declarara herederos conforme a ley a los solicitantes, que eran la cónyuge y los hijos legítimos del fallecido. El Juez con lo opinado por el Agente Fiscal y apoyándose en el art.

(62) Rev. del Foro de 1915, p. 164.

(63) Anales Judiciales, Año 1927, p. 206.

758 C.C., según el cual la sucesión legal funciona cuando no hay testamento y en los demás casos que dicho precepto establece, entre los cuales no está el contemplado, declaró improcedente la solicitud de los presuntos herederos, dejando a salvo su derecho para que lo hicieran valer de acuerdo a ley y en su oportunidad. Apelado el auto, en la Corte Superior de Lima el Sr. Fiscal opinó por la confirmatoria, y por Sentencia de dicha Corte del 10 de abril de 1964 y de conformidad con dicha opinión, el referido auto de Primera Instancia fue confirmado. (64) Los interesados siguieron un juicio ordinario para que se declarara la inexistencia del testamento cerrado respectivo, que terminó con sentencia favorable, con la cual pidieron y obtuvieron la declaratoria de herederos.

En casos como éstos debe tenerse presente lo siguiente:

1º Que el procedimiento no puede quedar suspendido, sino en el caso de la primera parte del art. 1221 C.P.C. que dice: *Si alguien se presenta, antes de expedirse la resolución, afirmando que existe en otro lugar testamento en escritura pública o protocolizado, y pide el término de la distancia para exhibirlo, se accederá a la petición siempre que otorgue garantía suficiente, a juicio del juez, para responder por las costas, daños y perjuicios que se causen y por la multa de veinte a cien libras que se le impondrá, caso de que no presente el testamento. Presentado el testamento, si hay heredero instituído, se cortará el juicio.* Adviértase que la palabra protocolizado de este precepto, se refiere precisamente al *testamento cerrado*, haciéndose extensiva actualmente al ológrafo, que no existía cuando se dictó dicho Código;

2º Que no hay disposición alguna que autorice que, dentro del procedimiento no contencioso de declaratoria de herederos, se practique investigaciones para esclarecer el paradero de un testamento cerrado;

3º Que no puede cortarse el procedimiento, sino en el caso claramente previsto en la segunda parte del citado art. 1221 C.P.C. que dice: *Presentado el testamento, si hay heredero instituído se cortará el juicio.* Esto supone que el testamento cerrado haya sido abierto y mandado protocolizar conforme a ley, pues no sabiéndose antes de abrirse su contenido, no puede conocerse si hay herederos instituídos, y

(64) Caso de la declaratoria de herederos de don A.K.G. en el Primer Juzgado Civil de Lima.

4º Que, en consecuencia, el único camino que queda al juez, al indicarse por un notario, según el art. 1220 C.P.C., que el causante otorgó testamento cerrado y no presentarse todavía éste, es el de resolver *que la declaración de herederos debe hacerse en la vía ordinaria*, conforme lo autoriza prudentemente en su parte final el art. 1218 del mismo Código de Procedimientos Civiles.

En el derecho comparado hay dos sistemas relativos a la custodia del testamento cerrado.

El primero consiste en que, como ocurre en nuestro derecho, el notario, luego de cumplidas las solemnidades de ley devuelve el testamento cerrado a su otorgante. Tal sistema existe en virtud de disposición expresa, en los Códigos Civiles de España, art. 710 y del Brasil, art. 1643, así como en el moderno Código Civil de Portugal de 1966, art. 2209; y sin norma expresa del Código, en Francia. (65) Opina al respecto el Profesor brasileño Pontes de Miranda, quien sugiere que el testador confíe la custodia de su testamento cerrado a su albacea, o a un establecimiento bancario, o lo guarde en una caja fuerte "evitando críminosas inutilizaciones que son frecuentes y raramente verificables tratándose de testamentos cerrados". (66)

El segundo está representado por el derecho argentino y paraguayo en el que, de conformidad con el art. 3671 del Código de Vélez Sarsfield, la doctrina y la costumbre, el testamento cerrado, luego de su otorgamiento, queda en poder del escribano ante el cual se otorgó, quien a la muerte del testador está obligado a ponerlo en manos de las personas interesadas. (67) La norma se conserva y reafirma en el Proyecto del Prof. paraguayo Luis De Gásperi de 1963, en cuyo art. 3369, se establece que: "El escribano está obligado a custodiar fielmente el testamento entregado y esa custodia pasa a su sucesor en la escribanía", disponiéndose en lo demás como en el art. 3671 del C.C. argentino.

Sigue este segundo sistema el Código Civil italiano, según cuyos arts. 608 y 685, el testamento cerrado debe quedar en poder del notario, estableciéndose que si el testador lo retira, ello importa la revocación del testamento cerrado, salvo que pueda valer como ológrafo.

Con referencia a un posible tercer sistema, es especialmente acertada la sugerencia que hizo el Prof. argentino Héctor Lafaille en el sen-

(65) Planiol-Ripert, Tratado Práctico, tomo V, Nº 582; Ripert-Boulanger, ob. cit. tomo X, vol. I, Nº 2010.

(66) Pontes de Miranda ob. cit. tomo LIX, Río de Janeiro, 1969 § 5.877 Nº 14.

(67) Borda, Sucesiones, Tomo II, 3a. ed., Nº 1225.

tido de que los testamentos cerrados debieran depositarse en el Registro General de Testamentos que él sugería y sin cuyo previo informe no se abriría una sucesión intestada. (68)

49. TRAMITES DE SU APERTURA JUDICIAL Y DE SU PROTOCOLIZACION NOTARIAL: ART. 692 C.C. Y ASPECTO PROCESAL.

El vigente Código Civil en su art. 692 dice: *El testamento cerrado se abrirá en la forma señalada por el Código de Procedimientos Civiles*. Esta es una norma de remisión, tomada del art. 714 del Código Civil español. Se advierte en ella que omite indicar que esto ocurrirá fallecido el testador, noción considerada sin duda elemental y que por lo tanto se da por sobrentendida, pero que nuestro Código Civil anterior de 1852 cuidó de expresar en su art. 671, tal como se hace actualmente en Códigos Civiles tan modernos como el de Italia de 1942, art. 621 y el de Portugal de 1967, art. 2209.

La aparente simplicidad de esta noción desaparece y surge un tema de notorio interés cuando se examina, dentro del régimen de la ausencia y en la legislación comparada, la posibilidad de que pueda ser abierto judicialmente un testamento cerrado sin que conste la muerte, ni cierta ni presunta, del testador. Son de interés al respecto los Códigos Civiles del Brasil y de Italia.

En el Código Civil del Brasil, al legislar el régimen de la ausencia, se permite tal apertura del testamento cerrado en su art. 471, a mérito de la sentencia que declare la "sucesión provisoria", cuándo no ha sido abierta todavía la "sucesión definitiva", que sólo se produce en las hipótesis señaladas en los arts. 479, 481 y 482. En el Código Civil de Italia, el art. 50 permite, asimismo, que mediante la sola "declaración de ausencia" y antes de ser declarada la "muerte presunta", se lleve a cabo la "apertura de los actos de última voluntad, si existen", con el fin de dar la posesión temporal de los bienes del ausente a los que, en ese momento, resulten ser sus herederos y legatarios según dicho testamento.

En ambos casos, un testamento cerrado podrá ser abierto judicialmente, no habiendo prueba ni certeza alguna de la muerte del testador ausente, en una etapa en que todavía no ha sido declarada su muerte

(68) Lafalle. "Curso de Derecho Civil. Sucesiones" 2a. ed., Bs. Aires, 1959, Tomo II, § 20, Nº 14.

presunta y cuando, por consiguiente, es lógico suponer que el otorgante todavía pueda estar vivo.

Estudiando estos sistemas, especialmente el italiano, en los trabajos de la Comisión Revisora del vigente Código Civil peruano, me opuse a que en el Anteproyecto respectivo se permitiera abrir prematuramente el testamento cerrado, dentro de la etapa de dación de la posesión temporal de los bienes del declarado ausente, sosteniendo que ello sólo podría ocurrir con motivo de la muerte, cierta o presuntamente declarada, del testador. Para evitarlo propuse una nueva fórmula según la cual, declarada la ausencia, dicha posesión temporal se dará sólo a quienes acrediten su calidad de herederos forzosos del ausente, con vocación sucesoria, desde luego. La referida fórmula ofrece las siguientes ventajas: 1º Respetar el principio de que la sucesión se abre sólo por la muerte, cierta o declarada presuntamente, y no antes; 2º Proteger el secreto testamentario de una persona a quien se supone aún con vida; 3º Cumplir, sin perjuicio de lo anterior, la finalidad de protección económica con respecto a las personas que forman el hogar del ausente, y 4º Simplificar el procedimiento y facilitar la prueba, pues para acreditar la condición de herederos forzosos basta presentar copia certificada de las correspondientes partidas, de matrimonio o de nacimiento, según los casos.

Además, y como lo expresé anteriormente, dentro de un régimen bien estructurado de la ausencia, que requiere prolija legislación, debe establecerse en etapa diferente, como se hace en los Códigos Civiles de España, Italia y Portugal y en la Ley argentina Nº 14.394, la declaración expresa de la muerte presunta y, como consecuencia de ésta, la apertura de la sucesión y la efectividad de los actos de última voluntad del ausente, entre los cuales se encuentra la apertura de su testamento cerrado, si lo hubiere. (69)

En cuanto al aspecto procesal, el comentado art. 692 del Código Civil se remite, como queda dicho, al Código de Procedimientos Civiles, en cuya Sección Tercera referente a los *Procedimientos no contenciosos* y en el Título IV denominado *Apertura de los testamentos cerrados*, se encuentran los arts. 1228 al 1242, en que se legisla esta materia.

Estos quince artículos, por su naturaleza procesal, están fuera del área del formalismo testamentario, que es materia de este trabajo, y que se refiere a las solemnidades que la ley sustan-

(69) Memorándum presentado a la Comisión Revisadora del Código Civil peruano el 28 de setiembre de 1966 y fórmula aprobada por dicha Comisión; y "Derecho de Sucesiones", Lima, 1969, tomo I, Nº 72.

tiva exige al momento del otorgamiento de los testamentos y entre ellos del cerrado, y no a los trámites posteriores que requiere su apertura judicial y protocolización notarial. Por tal motivo, no corresponde hacer el examen sistemático de cada uno de estos preceptos. Pero hay indudable conexidad de materias que justifica la referencia expresa a algunos de ellos.

Así, es útil reparar en que, según el art. 1228 C.P.C., para solicitar al juez la apertura y protocolización del testamento cerrado, se requiere no sólo la presentación de éste y de la constancia de su inscripción, sino también *la partida de defunción del testador*, por cuyo motivo y en aplicación de este precepto, no puede ser abierto judicialmente un testamento cerrado en vida de su otorgante, lo cual se ajusta, en tesis general, a la mejor doctrina.

Pero no está previsto, con respecto, al régimen de la ausencia, el caso de que, según los arts. 611 y 612 del Código Civil, se dé *el goce de los derechos de sucesión a sus herederos*, y de que según el propio Código de Procedimientos Civiles, en su Título referente también a la ausencia, haya que probar *la calidad de herederos*, art. 1284 2a. parte; *el derecho a la herencia*, art. 1286; o el ser *heredero del ausente*, art. 1278, 2a. parte, cuya calidad y derechos pueden derivarse de la institución de herederos hecha en un testamento cerrado.

El problema proviene de que en nuestro derecho se sigue al respecto el sistema francés que, en lo relativo a la ausencia, no admite la declaración de muerte presunta suponiendo siempre que el ausente puede estar vivo, salvo prueba en contrario. La solución de tal problema está, en consecuencia, en admitir en el Código sustantivo, dentro de un régimen de la ausencia bien configurado, la figura de la muerte presunta y consignar en el Código de Procedimientos Civiles, la disposición respectiva.

Otra norma procesal que conviene examinar es el art. 1232 C.P.C. que dice así: *Reunidos el notario y testigos del testamento, previo juramento, hará el juez que declaren: 1º Si el pliego que se les presenta es el mismo que entregó el testador al notario, y si notan alguna alteración en las cerraduras o sellos; 2º Si son sus firmas las que están escritas en la cubierta, y en caso de que alguno hizo firmar a otro en su nombre, si es cierto*

el hecho y quien lo practicó; 3º Si todos juntos, y en un solo acto vieron que el testador entregó el pliego al notario, y le oyeron decir que el papel que entregaba contenía su testamento 4º Si el testador estaba en su entero juicio.

La transcripción de este precepto, que está completado por lo dispuesto en los arts. 1233 al 1235 y 1237 al 1240 del mismo Código, permite apreciar hasta qué extremo son de severas las exigencias que es necesario cumplir hasta que, según el art. 1236 C.P.C.: *Resultando de las diligencias practicadas que el testamento fue otorgado con las solemnidades 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.* De lo contrario según el art. 1241: *Si los testigos están en desacuerdo entre sí o con el notario sobre los puntos indicados en el art. 1232, o si las diligencias prevenidas en los arts. 1237 y 1240 no dan resultado satisfactorio, se seguirá la causa por la vía ordinaria.* Finalmente, el art. 1242 deja a salvo el derecho de los interesados en la herencia, que tachen el testamento alegando nulidad o falsedad, para que lo hagan en la vía ordinaria *sin que por esto se suspenda el procedimiento establecido en este título, pero disponiendo que el juez al ordenar la protocolización expresará que es sin perjuicio de lo que se resuelva en el juicio promovido.*

Conviene advertir que las exigencias del referido art. 1232 C.P.C. son exageradas y peligrosas, pudiendo afectar la validez del formalismo testamentario ya cumplido y por consiguiente la validez del testamento mismo, pues aun cuando en el momento de otorgamiento del testamento cerrado hubieran sido observadas estrictamente las solemnidades señaladas por los incisos 1º al 4º del art. 689 del Código Civil, la ley permite que, aun habiendo transcurrido tal vez muchos años, bastará que en el procedimiento judicial de apertura y en la diligencia requerida por el art. 1232 C.P.C., algunos de los testigos estén en desacuerdo entre sí o con el notario, sobre el cumplimiento que se dió a los requisitos de ley, para que se ponga en duda la autenticidad del acto jurídico de otorgamiento y se pase a substanciar el asunto en la vía ordinaria que puede terminar con la posible declaración de nulidad.

No ha reparado el legislador que el acta extendida por el notario en la cubierta del testamento cerrado, según el art. 689

inc. 4º del Código Civil, es un instrumento público y produce la fe correspondiente según los arts. 400 inc. 1º y 401 del Código de Procedimientos Civiles y los arts. 1 y 69 de la Ley del Notariado; que se trata de un acto amparado por la fe notarial, que no ha sido contradicho y cuyo mérito no puede quedar a merced de las afirmaciones o negaciones hechas, por olvido o con malicia, por quienes intervinieron como testigos en su otorgamiento. Nada impide que quien no crea en la autenticidad de tal testamento deduzca su falsedad en la vía que corresponda, según los arts. 296, 404 a 406 y 1224 del mismo Código, sin necesidad de crear, en el procedimiento no contencioso, una diligencia en que se pone en duda la fe notarial sin que haya mediado contradicción alguna.

Además y según se ve por el inc. 4º del mismo art. 1232, se pretende indagar, en la misma diligencia y mediante las declaraciones del notario y de los testigos, *si el testador estaba en su sano juicio*. Sobre este punto conviene hacer notar que esto concierne a la capacidad del testador y no a las formalidades del testamento; que según el art. 68 de la Ley del Notariado, el notario en el acto de otorgamiento hubo de examinar la capacidad legal del otorgante, hasta donde el sentido común se lo permite, que desde luego la salud mental se presume conforme a la doctrina y que la incapacidad por enfermedad mental requiere ser probada, y tal prueba sólo cabe en juicio en que se demande la nulidad del testamento por haber padecido el testador, al momento de otorgarlo, de enfermedad mental que lo privaba del discernimiento, según los arts. 9 inc. 2º, 1075 y 1123 inc. 1º del Código Civil y 296 del Código de Procedimientos Civiles. Se trata pues, de grave y difícil cuestión, propia de un juicio, que no cabe plantear siquiera en un procedimiento no contencioso.

Los defectos anotados se deben, sin duda, a la antigüedad de la norma, pues el comentado art. 1232 del Código de Procedimientos Civiles es, con leve variante, el texto del art. 1249 del antiguo Código de Enjuiciamientos en Materia Civil de 1852. En su reforma ha de tenerse presente que el principal objeto del procedimiento de aprobación del testamento cerrado es la constatación judicial de que no ha sido violado el sobre, y su apertura ante el juez y que, entre las medidas necesarias, debe considerarse la de proteger la integridad del sobre desde el

momento en que es entregado al Juzgado, con el escrito correspondiente, hasta que, con citación de los presuntos interesados, sea abierto por el juez e incorporado al expediente respectivo.

Lo expuesto tiene aplicación práctica. Es una advertencia a quienes confían en la seguridad del testamento cerrado, cuyos inconvenientes son mayores que sus ventajas, por éstos y otros motivos, conforme se indicará en el N° 52.

La protocolización ordenada por el juez según el art. 1236 del Código de Procedimientos Civiles, la efectúa el notario al cual es remitido el expediente, quien procede de conformidad con lo dispuesto en el art. 89 de la Ley del Notariado, que dice: *Los instrumentos y expedientes mandados protocolizar por resolución judicial se agregarán al registro y se pondrá en éste, a continuación de la última escritura que se haya extendido, una diligencia firmada por el notario que exprese la materia del instrumento o expediente, el número de fojas de que consta, los nombres de los interesados que en ellos intervienen y del juez que haya ordenado la protocolización y la fecha en que se extiende.*

La protocolización es de todo el expediente, dentro del cual se encuentra, abierto, sellado y rubricado en todas sus hojas por el juez, el pliego interior en que el testador expresó su voluntad, así como el ya referido auto judicial que poniendo fin al mencionado procedimiento no contencioso, aprueba dicho testamento y manda protocolizar el expediente respectivo.

Con respecto a la inscripción registral del testamento cerrado, es preciso advertir que hay en ella dos etapas. La primera consiste en que, luego de haber sido otorgado el acto, el notario envía al Registro de Testamentos un parte en que transcribe el acta de otorgamiento que figura en la cubierta del testamento y en su protocolo notarial, tal como lo disponen los arts. 1060 del Código Civil y 140 del Reglamento de las Inscripciones. Por efecto de este parte sólo queda inscrito el referido acto de otorgamiento. La segunda etapa en la inscripción del testamento cerrado tiene lugar cuando, después de fallecido el testador, de haber sido seguido el procedimiento judicial de apertura en que ha sido aprobado el testamento, ordenada la protocolización y efectuada ésta, aparece ya el pliego interior en que

se contiene la voluntad del testador, que requiere, desde luego, ser inscrito en el mismo Registro de Testamentos, en que sólo figura hasta ese momento el acta de otorgamiento. Esto se cumple pasando el notario, al mismo Registro de Testamentos, partes del expediente protocolizado, dentro del cual se encuentra el referido pliego interno en que se expresa la voluntad testamentaria del otorgante, lo cual efectúa sólo cuando queda debidamente acreditado, ante el mismo notario, que han sido pagados los impuestos sucesorios a que hubiere lugar. No podría omitirse esta segunda etapa, pues si no se efectuara esta segunda inscripción, la voluntad del otorgante expresada en el pliego interno no quedaría inscrita en el referido Registro de Testamentos. No obstante, ni en el Código Civil, ni en la Ley del Notariado, ni en el Reglamento de las Inscripciones de los Registros Públicos hay disposición específica al respecto.

50. SU VALOR PROBATORIO.

A mérito de su referida apertura y aprobación judicial y de su protocolización notarial, el testamento cerrado, que sigue llamándose así aunque ya no lo está, adquiere plena eficacia legal en cuanto a su forma, esto es, el valor probatorio de un instrumento público, de conformidad con lo dispuesto en el art. 400 inc. 1º del C.P.C. Este valor es equivalente al de un testamento en escritura pública según lo explicado en el Nº 11.

51. CASOS EN QUE EL TESTAMENTO CERRADO VALE COMO EL OLOGRAFO: ART. 693 C.C.

Refiriéndose al testamento cerrado y a su apertura judicial, el referido precepto dice así:

Art. 693. Si presentado el testamento el juez observa que su cubierta está deteriorada, o están desprendidos los sellos que se le hubieren puesto de manera que haya sido posible el cambio de pliego, resolverá que valga

como testamento ológrafo, si reúne las condiciones del artículo siguiente.

Las condiciones a que alude este precepto son las del art. 694, esto es, que el testamento esté escrito, fechado y firmado de puño y letra del testador y que sea presentado para su protocolización dentro del plazo máximo de dos años contados a partir de la muerte de aquél. Es para esta eventualidad que se ha recomendado en el N° 44 que aun cuando la ley no exige para el testamento cerrado que el pliego interior sea manuscrito por el testador, éste lo escriba, feche y firme de su puño y letra, cumpliendo los requisitos del art. 694 relativos al testamento ológrafo, así como también los del art. 685 referentes a toda clase de testamentos. Esto es debido a que ya no se concede valor alguno a lo expresado en la cubierta y sólo se toma en consideración el mérito que tenga por sí mismo, el pliego interno como testamento ológrafo, si reúne las condiciones de tal.

El Dr. Emilio F. Valverde, comentando el referido art. 693 C.C., se pone en el caso de que la apertura del sobre la haya hecho el propio testador, lo cual importaría la revocación expresa del testamento según el art. 749 del mismo Código que dice: *El testamento cerrado que da revocado si el testador lo rompe o lo abre.* Relaciona luego este precepto con lo declarado en el art. 3836 del Código Civil argentino que al respecto dice así: "La rotura hecha por el testador del pliego que encierra el testamento cerrado, importa la revocación del testamento, aunque el pliego del testamento quede sano". (70)

Opino que esta referencia tiene un valor muy relativo en el derecho comparado, tanto así que la parte final del citado precepto ha sido criticado, con fundada razón, en la propia doctrina argentina. (71) En nuestro derecho, precisamente por no existir una disposición semejante y estando sólo a lo dispuesto en nuestro art. 749 C.C., no tenemos por qué admitir que la apertura o rotura de la cubierta inutilice también el pliego interno si éste reúne todos los caracteres del testamento ológrafo para valer como tal. Aun en el caso de que el propio testador hubiera abierto o roto el sobre, si ha dejado íntegro el pliego interno con los requisitos de un testamento ológrafo, no tendríamos por qué aplicar a dicho pliego ológrafo el art. 749 citado, que limitativamente se refiere al testamento cerrado.

(70) Emilio F. Valverde, ob. cit., p. 372. Opinión inserta por el Dr. Fernando Guzmán Ferrer en su "Código Civil", 2a. edición, Lima, 1971, Tomo II, nota al art. 693 C.C. La cita del Dr. Valverde se refiere en este caso al art. 3836 del C.C. argentino, no al 3670, pertinente también pero distinto, que por error se indica en el texto citado.

(71) Borda. "Tratado de Derecho Civil argentino", Sucesiones, ob. cit. Tomo II, N° 1606.

En cambio, en el mismo Código Civil argentino, hay una valiosa norma, que sí es provechosa y pertinente al comentar nuestro art. 693 C.C. Es el art. 3670 que dice así: "El testamento cerrado que no pudiese valer como tal por falta de alguna de las solemnidades que debe tener, valdrá como testamento ológrafo si estuviere todo él escrito y firmado por el testador". Al anotar este dispositivo, Vélez Sarsfield lo justifica acertadamente expresando: "La equidad y el buen sentido rechazan la presunción de que una persona que en efecto ha querido testar, no haya querido dar subsistencia a su última voluntad, habiendo un medio legal para que subsistiera cuando faltaba el medio que había elegido". Y en efecto, en otros países, entre ellos Francia en cuyo Código Civil no hay disposición expresa al respecto, se ha llegado a la misma solución según la cual no sólo la apertura o rotura del sobre sino cualquiera deficiencia en las formalidades propias del testamento cerrado que impidieran a éste valer como tal, no impiden al pliego interno valer como testamento ológrafo si reúne los requisitos de este último.

En nuestra jurisprudencia hay un interesante caso al respecto. El testamento cerrado no pudo valer como tal por disconformidad con el notario, de los testigos que habían intervenido en el otorgamiento, al actuarse la diligencia de comprobación ya comentada. El Juez de Primera Instancia y la Corte Superior respectiva resolvieron que el pliego interno valía como testamento ológrafo por tener los requisitos de tal. Así opinó también el señor Fiscal. No obstante, por Ejecutoria Suprema del 20 de abril de 1949, con lo dictaminado por el señor Fiscal, se declaró nulo el auto confirmatorio e insubsistente el de Primera Instancia, y por consiguiente sin valor alguno el pliego interno que reunía los requisitos de un testamento ológrafo, fundándose en que la correspondiente variación de procedimiento que implicaba pasar del de apertura de testamento cerrado al de verificación y protocolización de testamento ológrafo, no estaba en este caso específicamente contemplada por la ley. (72)

52. VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL TESTAMENTO CERRADO.

La única ventaja que ofrece el testamento cerrado es la de asegurar el absoluto secreto de las disposiciones testamentarias en vida del causante. Ello puede ser necesario en determinadas circunstancias. Tal el caso de que el testamento contenga el reconocimiento de hijos adulterinos y su correspondiente institución de herederos, que lo son como ilegítimos, pues al incluirse

(72) Anales Judiciales, año 1949, p. 27.

tal disposición en un testamento en escritura pública y no obstante el relativo secreto de éste, el testador estaría constituyendo prueba indubitable, en contra suya, de una causal de divorcio y de un delito.

Sus desventajas, como hemos podido apreciarlo anteriormente, son en cambio importantes y notorias. En vida del causante existe el riesgo normal de pérdida o destrucción inherente a cualquier documento y que es mayor o menor según las precauciones que se tome. Pero, después de muerto aquél, no sólo existen los riesgos anteriores, sino los de ocultación maliciosa por quienes lo tienen en su poder o a su alcance y no desean su efectividad, y el de apertura, prematura e indebida, por quienes no saben que sólo puede ser abierto en el procedimiento judicial respectivo. A estas contingencias se une el peligro ya explicado en el N^o 49, de que en el procedimiento de su apertura y aprobación judicial y por las rigurosas exigencias del art. 1232 del Código de Procedimientos Civiles, quienes fueron testigos de su otorgamiento, sea por olvido o por malicia, al ser examinados por el juez hagan declaraciones según las cuales no se cumplió estrictamente con alguna de las formalidades exigidas por la ley para su otorgamiento, tal como el hecho de no haber estado presente el testigo en el acto mismo, sino haber firmado posteriormente.

A las contingencias anteriormente señaladas se unen los mayores gastos que este testamento ocasiona, que no están limitados como se ha podido observar, al de su otorgamiento, sino al del procedimiento judicial de su apertura judicial y el no menos importante de la protocolización notarial del expediente respectivo. Por las razones expresadas, no es recomendable el empleo de esta clase de testamento.

No obstante no sólo continúa haciéndose uso de él, sino que su utilización debe haber sido tan frecuente, que encontrándose ya en vigencia el Código Civil anterior de 1852, que lo legisló apropiadamente en sus arts. 667 al 673, fue necesario dictar una prolija ley complementaria, de fecha 22 de setiembre de 1888. (73)

(73) Inserta en la Colección de Leyes y Resoluciones de Aranda, años 1888 y 1889. Lima, 1891, p. 2.

Debido a que el testamento cerrado, desde el punto de vista de la técnica jurídica, es una forma híbrida, pues participa de la naturaleza del acto público y del privado en su otorgamiento, y porque en la práctica tiene la problemática ya señalada, que es mayor o menor en los diferentes países que lo admiten, esta clase de testamento ha sido eliminada en Códigos Civiles tan avanzados como los de Alemania y Suiza y en Anteproyectos y Proyectos tan importantes como son, en la República Argentina, el Anteproyecto Bibiloni de 1933, el correspondiente Proyecto de Código Civil de 1936 y el Anteproyecto Llambías de 1954.