

INDICE

INTRODUCCIÓN

SECCION PRIMERA: NOCIONES GENERALES

CAPITULO I.- EL TESTAMENTO

I.A.- ORIGEN Y EVOLUCION HISTORICA.

I.B.- EL CONCEPTO DE TESTAMENTO.

I.C.- CARACTERISTICAS DEL TESTAMENTO COMO ACTO JURIDICO.

I.D.- LOS REQUISITOS DE VALIDEZ DEL ACTO TESTAMENTARIO

CAPITULO II.- EL TESTAMENTO CERRADO

II.A.- CONCEPTO

II.B.- FORMALIDADES

II.C.- DIFERENCIAS CON OTROS TESTAMENTOS

SECCION SEGUNDA: EL TESTAMENTO CERRADO EN LA LEGISLACION PERUANA

CAPITULO I.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

CAPITULO II.- REGULACION SUSTANTIVA

(EXEGESIS DEL CODIGO CIVIL)

CAPITULO III.- REGULACION ADJETIVA

SECCION TERCERA: LEGISLACION COMPARADA.

CAPITULO I.- LEGISLACION ESPAÑOLA

CAPITULO II.- LEGISLACION ARGENTINA

CAPITULO III.-LEGISLACION MEXICANA

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

La presente Monografía pretende tener una Visión General del Testamento Cerrado, es decir, no tratándolo en forma restringida, sino en forma abierta; esto es en una Visión General del Testamento.

Para cumplir este propósito, hemos dividido el presente trabajo en tres secciones claramente delimitadas, En la Primera Sección abarcamos el aspecto dogmático – doctrinario del Testamento en general y del Testamento Cerrado en particular. Es decir realizamos una breve reseña histórica de la Evolución del Testamento, Conceptuamos la figura jurídica, analizando sus características y sus requisitos principales. Continuando con una visión restringida del Testamento Cerrado, acotando sus formalidades, y fundamentalmente sus diferencias con otros tipos de testamentos.

En la Segunda Sección tratamos el aspecto positivo del testamento cerrado, es decir analizamos el plano positivo – operacional de esta figura jurídica. Para lo cual hemos dividido su tratamiento en dos planos: su regulación sustantiva, conformada por el articulado del Código Civil, es decir una EXEGESIS y; su regulación adjetiva, es decir la apertura y comprobación del Testamento Cerrado.

Finalmente, en la Tercera Sección abordamos el tratamiento normativo de esta institución en otros legislaciones, es decir realizamos un análisis de Derecho Comparado.

Los Integrantes.

SECCION PRIMERA:

NOCIONES GENERALES

SECCION PRIMERA: NOCIONES GENERALES

CAPITULO I.- EL TESTAMENTO

I.A.- ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA.-

El testamento, como expresión de transmitir los bienes para después del fallecimiento, tiene su origen con la aparición de la propiedad individual al resultar incompatible con la organización colectiva de la propiedad. Algunos autores , encuentran su origen en la sucesión de la autoridad del grupo social y que en Roma, desde muy remotos tiempos, al pater familias se le reconoció la potestad de darse un sucesor, hasta que paulatinamente la facultad de testar fue convirtiéndose en un acto de disposición de bienes.

Testamento viene de las voces latinas testatio y mentis, a las que se les da el significado de testimonio de la voluntad y que Ulpiano define como la "manifestación legítima de nuestra voluntad, hecha solemnemente para hacerla válida después de nuestra muerte" según anota Petit (*). Así, dentro de la concepción romana el testamento era el modo de designación del o los herederos y de esta idea se llega a la de la sucesión testamentaria, que implica la preeminencia de la voluntad del de cuius en la transmisión de su patrimonio y a la que se le van imponiendo las reglas que de un modo u otro, y con su natural evolución, llegaron hasta el Código Francés de 1804 y, de él, al Derecho Moderno.

I.B.- EL CONCEPTO DE TESTAMENTO

El testamento es un acto jurídico, ya no solo por conceptualización doctrinal sino, además, por su conceptualización legislativa. Por ello, puede definirse el testamento como un acto jurídico, cuyo contenido está determinado por una declaración de voluntad destinada a crear los efectos y relaciones jurídicas previstas por el testador, la que es dada a conocer después de su fallecimiento.

Es un acto jurídico porque se genera en la voluntad privada del testador destinada a crear, regular, modificar o extinguir relaciones jurídicas, patrimoniales o no patrimoniales, trátase de derechos personales como en el caso de autorizar la publicación de la correspondencia epistolar; derechos familiares, como el establecimiento de una relación paterno-filial; hereditarios, como los que resultan de la institución de herederos o legatarios;

reales, como la constitución de un usufructo; creditorios, como el reconocimiento de obligaciones, intelectuales, como la cesión de explotación de una patente industrial, o participatorias, como la suscripción de acciones en una sociedad mercantil.

El postulado o principio de la autonomía de la voluntad se pone en evidencia en el acto testamentario, en cuanto a la pervivencia y fuerza vinculante de la voluntad del testador, aunque, desde luego, no debe colisionar con la noción de orden público, siéndole de aplicación la norma preceptiva del Art. V del Título Preliminar que, por lo demás, se refleja en el Art. 686, en cuanto establece que las disposiciones deben hacerse dentro de los "límites de la ley y con las formalidades que ésta señala"

En el Derecho Romano, el testamento tenía por objeto instituir herederos, lo que se ha ido perdiendo pues es la ley la que los señala pudiendo el testador disponer de su patrimonio en personas distintas sólo respecto de la porción de libre disposición, lo que permite aseverar que las limitaciones que en este sentido le impone la ley al testador se fundan en el remoto carácter colectivo-familiar del derecho de propiedad individual. Por eso, la moderna doctrina entiende el testamento como un "llamamiento" tanto a los herederos como a los legatarios y hasta a aquellos que se sienten con derecho a participar en la herencia.

Otro aspecto que es también importante resaltar, en cuanto al origen romanista del testamento, es que no sólo es ya un acto de disposición patrimonial, como con toda precisión lo establece el segundo párrafo del Art. 686

El concepto de testamento se ajusta, pues, al concepto de acto jurídico expresado en el Art. 140 y así lo confirma el propio maestro Lanatta

I.C.- CARACTERÍSTICAS DEL TESTAMENTO COMO ACTO JURÍDICO

Conceptuado el testamento como acto jurídico vamos a continuar estudiándolo desde la perspectiva de la teoría del acto jurídico y de las normas con que ha sido desarrollada en el Código Civil, concordadas con las que les son propias como acto jurídico típico. Veamos, en primer lugar, las características que se infieren del concepto contenido en el Art. 686.

C.1.- El testamento es el acto mortis causa por excelencia

Es de la esencia del testamento el ser un acto mortis causa, por cuanto su eficacia está determinada por el fallecimiento del testador siendo la muerte del de cuius la generadora de todos los efectos jurídicos del acto testamentario. Todo acto jurídico que pueda ser considerado mortis causa, se resume en el acto testamentario. Esta característica no resulta sólo de la norma del Art. 686, si no se infiere de la preceptiva contenida en el Art. 1405, según la cual "Es nulo el contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora".

C.2.- El testamento es un acto unilateral

La unilateralidad del acto testamentario radica en que para su formación basta la sola manifestación de voluntad del testador, no requiriéndose de la aceptación ni de los herederos ni de los legatarios, en el caso de transmisión patrimonial, ni del destinatario de la declaración testamentaria para el caso de disposición no dirigida a aquellos, como serían los acreedores del de cuius, o de disposiciones de carácter no patrimonial. Es además, un acto unilateral simple en cuanto se forma con una declaración singular, que es la del testador, y es, por lo general, de carácter recepticio pues la declaración va dirigida a personas determinadas, a las que el testador dirige el llamamiento, y sólo por excepción podría no ser recepticio, como sería si en el testamento se hace promesa de pública recompensa. Sin embargo hay opiniones valiosas, como la de Messineo, seguida por la de Jorge Eugenio Castañeda; en el sentido de que es declaración no recepticia, porque no está dirigida específicamente a los llamados, ni tiene necesidad de llegar a conocimiento de éstos para ser eficaz.

La unilateralidad hace del testamento un acto revocable, como característica típica. Es un acto revocable por cuanto su eficacia depende de la muerte del testador y, en consecuencia, tiene un sentido de provisional desde su celebración hasta que se produzca el fallecimiento del testador, quien hasta entonces tiene la facultad de modificar o revocar sus disposiciones, pues en el testamento prevalece su voluntad desde que debe ser "la última voluntad". A la revocabilidad del testamento le da Messineo carácter de principio de orden público y en efecto lo es. Con este mismo carácter el Código reconoce al testador, en el Art. 798, el derecho de revocar, en cualquier tiempo, sus disposiciones testamentarias y preceptuando que toda declaración en contrario carece de valor.

La misma unilateralidad le da al testamento otra característica muy típica, como la de ser un acto personalísimo, esto es, que no puede ser celebrado sino por el testador pues es él quien debe reflejar fielmente su voluntad. Esta característica está expresamente recogida en el Art. 690, que establece: "Las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador, quien no puede dar poder a otro para testar, ni dejar sus disposiciones al arbitrio de un tercero". Esta misma característica hace nulo el testamento otorgado en común por dos o más personas, según lo precisa el Art. 814.

C.3.- El testamento es un acto de forma prescrita

La formalidad del acto testamentario radica en que la ley, o para ser más propios el Código Civil, prescribe las formalidades para su celebración, trátase de los testamentos ordinarios o de los especiales. Son los primeros, según el Art. 691, el otorgado en escritura pública, el cerrado y el ológrafo; los segundos, son los denominados testamento militar y el marítimo. Según el Art. 695, las formalidades de todo testamento son la forma escrita, la fecha de su otorgamiento, el nombre del testador y su firma, salvo que sea ciego o analfabeto. Agrega el mismo numeral que las formalidades específicas de cada clase de testamento no pueden ser aplicadas a las de otra.

Sobre las formalidades del acto testamentario nos volveremos a ocupar al hacerlo sobre la forma como requisito de validez

C.4.- El testamento es un acto nominado

La normalidad del acto testamentario radica en su nomen juris y la aplicabilidad del régimen legal que como a tal le corresponde.

La nominación resulta del Art. 686, que conceptúa el testamento.

C.5.- El testamento es un acto complejo

La complejidad del acto testamentario radica en la amplia gama de relaciones jurídicas a las que puede dar lugar, sean de naturaleza patrimonial o no patrimonial, y así resulta del mismo Art. 686.

Además, el acto testamentario puede ser constitutivo porque genera derechos, tales como el de propiedad por efecto del legado y la herencia misma, o porque priva de derechos, como en el caso de la desheredación. Puede ser declarativo por su eficacia retroactiva, como en el caso del reconocimiento de una relación paterno-filial. Así resulta también del Art. 686.

C.6.- El testamento es un acto principal

La principalidad del acto testamentario radica en la autarquía del testamento; existe por sí solo sin requerir de otros actos. Más bien, el testamento puede dar contenido a varios actos que, en su conjunto, por estar contenidos en el testamento, adquieren principalidad. Esta característica está implícita en el Art. 686.

C.7.– El testamento es un acto gratuito

La gratuidad del acto testamentario debe analizarse según se trate de acto patrimonial o no patrimonial. En el primer caso, la gratuidad la determina la ausencia de contraprestación y, en el segundo, la falta de contenido patrimonial de la disposición testamentaria. Tratándose de disposiciones testamentarias de carácter patrimonial, el testamento, por lo general, constituye un acto de liberalidad.

C.8.– El testamento puede ser un acto modal

El carácter modal del testamento reside en la posibilidad en que el testador pueda insertar modalidades –condiciones, plazos o cargos– en el acto testamentario. Así resulta del Art. 689, según el cual "las normas generales sobre las modalidades de los actos jurídicos, se aplican a las disposiciones testamentarias; y se tienen por no puestas las condiciones y los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley"

D) LOS REQUISITOS DE VALIDEZ DEL ACTO TESTAMENTARIO

Siendo el testamento un acto jurídico, son de aplicación, para su validez, los requisitos que enumera el Art. 140. Los requisitos de validez del acto jurídico son los que resultan también, contrario sensu, de las causales previstas en el Art. 219 para la nulidad absoluta. De este modo, son requisitos de validez del testamento la manifestación de voluntad del testador, su capacidad, el objeto y la finalidad del testamento, así como la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad.

D.1.– La manifestación de voluntad del testador

Como acto jurídico, que es, el testamento requiere de la manifestación de voluntad. Esta, que es la voluntad jurídica, debe guardar perfecta correlación con la voluntad interna del testador, o sea, responder a un proceso formativo de la voluntad que no conduzca a divergencia alguna entre lo que es el testador quiere y lo que declara, esto es, que responda a una voluntad sana que sea consecuencia del discernimiento en la que el error y el dolo no afecten su función conocitiva ni la violencia o intimidación afecten su libertad para decidir. La divergencia que pueda producirse, sea consciente o inconsciente, afectará la validez del testamento o puede dar lugar a su impugnación.

La manifestación de voluntad del testador debe ser expresa, dentro del concepto del Art. 141, y sólo puede formularse por escrito cualquier que sea la forma instrumental que corresponda, conforme a lo preceptuado por el Art.695

D.2.– La capacidad del testador

La manifestación de voluntad para generar el acto testamentario debe emanar de sujeto capaz. En el caso del testador, debe acondicionarse a su capacidad de goce, la capacidad especial de ejercicio que, contrario sensu, resulta del Art. 687 y otras disposiciones del Código. Así son capaces de celebrar el acto testamentario los mayores de edad, o sea, los que conforme al Art. 42 han cumplido 18 años de edad, y también tratándose de varones, los mayores de 16 años que han contraído matrimonio o han obtenido título oficial que los autorice para ejercer una profesión u oficio, y las mujeres mayores de 14 años, que han contraído matrimonio (inc. 1); y los pródigos, los que incurrn en mala gestión y los que sufren pena que lleva anexa la interdicción civil (inc. 2). Pueden también testar, los que privados de discernimiento, en el momento de hacerlo están en un intervalo lúcido (inc. 3), pues como aclara el maestro Lanatta, la referencia del inc. 3 del Art. 687 a los que carecen al momento de testar por cualquier causa, aunque sea transitoria, de la lucidez mental y de la libertad necesarias para el otorgamiento de este acto, incluye a las denominadas alteraciones mentales transitorias.

Atendiendo a las clases de testamento, los analfabetos y los ciegos tienen capacidad para testar, pero sólo por escritura pública (Arts. 692 y 693). Los mudos, los sordomudos y los que se encuentran en la imposibilidad de

hablar pueden hacerlo en testamento cerrado o en testamento ológrafo (Art. 694).

D.3.- El objeto del testamento

El testamento, como acto jurídico, debe tener un objeto física y jurídicamente posible, conforme al requisito establecido por el Inc. 2 del Art. 140. La consideración de este requisito hace necesario establecer cuál es el objeto del testamento partiendo del concepto del objeto en el acto jurídico.

La determinación del objeto jurídico ha sido cuestión asaz intrincada durante la vigencia del Código de 1936, habiendo quedado dilucidada por el vigente Código al introducir como requisito de validez el "fin lícito", del que nos vamos a ocupar a continuación.

Con esta aclaración, debe considerarse objeto del acto jurídico todo lo que es externo al sujeto o, si se quiere, considerarse que lo que no es sujeto es objeto. De este modo, es objeto aquello sobre lo que recae la manifestación de voluntad, pudiéndose entender por tal, los bienes, las obligaciones, los efectos buscados y, si se quiere, la relación jurídica misma, que se crea, o sobre la que se dirige la manifestación de voluntad para regularla, modificarla o extinguirla.

Pero el Inc. 2 del Art. 140 prescribe que el objeto debe ser física y jurídicamente posible y, el Inc. 3 del Art. 219, contrario sensu, que sea determinable.

Debemos precisar, entonces, que la posibilidad física está referida a la existencia o posibilidad de existir del objeto y que la posibilidad jurídica está referida a su conformidad con el ordenamiento jurídico. La determinabilidad debe entenderse como la identificación del objeto.

Ahora bien, el objeto del testamento, en el orden de ideas expuesto y ateniéndonos al Art. 686, viene a ser, en el caso de las disposiciones patrimoniales, los bienes a los cuales se refiere la voluntad del testador y, en el caso, de las no patrimoniales, a la relación jurídica que emana o se extingue de la voluntad del de cuius.

En el primer caso, la posibilidad física consiste en la existencia o factibilidad de existir de los bienes y, la posibilidad jurídica, en que se trate de bienes in commerci, que estén en el tráfico jurídico; en el caso de las disposiciones no patrimoniales, que exista posibilidad física de entablar la relación jurídica, esto es, que exista el sujeto con el que se entabla o se extingue, y que la misma no resulta contraria al ordenamiento jurídico. En ambos casos, el objeto debe ser determinable, esto es, susceptible de identificarse.

D.4.- La finalidad del testamento

Introducido el "fin lícito" o la finalidad lícito como requisito de validez del acto jurídico, corresponde establecer la finalidad del testamento.

Habría que señalar, en primer lugar, que nosotros entendemos la finalidad como la causa del acto jurídico.

Pero la causa subjetiva, esto es, entendida como el motivo impulsivo y determinante de la celebración del acto jurídico. Se trata, pues, de la causa-fin, que puntualiza la moderna doctrina. Así, pues, la finalidad –"o fin lícito"– consiste en la orientación que se da a la manifestación de voluntad para que ésta se dirija, directa y reflexivamente, a la producción de efectos jurídicos. Se presenta, de este modo, una identificación de la finalidad con el contenido del acto jurídico, o sea, con los efectos buscados mediante la declaración de voluntades, cuya licitud radica en la conformidad con el régimen legal aplicable al acto jurídico celebrado.

Ahora bien, tratándose de la finalidad del testamento, la cuestión no es simple y en las disposiciones patrimoniales no coincide con lo que hemos dejado expuesto. El testamento, como lo hemos indicado, es un "llamamiento", lo que implica una limitación de la autonomía de la voluntad, pues el testador sólo puede

hacer uso de ella en la porción de libre disposición y deberá cuidar de ordenar su propia sucesión "dentro de los límites de la ley", como preceptúa el Art. 686. En las disposiciones no patrimoniales se amplía el ámbito de la autonomía de la voluntad y en éstas si hay coincidencia con lo que hemos dejado expuesto.

D.5.- La forma en el testamento

El testamento, es un acto de forma prescrita, esto es, sólo puede celebrarse observándose las formalidades establecidas en la ley de conformidad con la clase de testamento que se otorga.

Como se sabe, la forma prescrita puede ser ad probationem o ad solemnitatem, según sea exigida sólo como medio probatorio de la existencia del acto o, además, sea consustancial al mismo. Es esta última la que se constituye en requisito de validez, conforme al Inc. 4 del Art. 140, ya que según precisa el Art. 144 "cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio probatorio de la existencia del acto".

El Código, conforme al Art. 691, reconoce como testamentos ordinarios, el testamento en escritura pública, el cerrado y el ológrafo; y, como testamentos especiales, el militar y el marítimo, los que sólo pueden otorgarse en las circunstancias previstas por el mismo Código.

Las formalidades para cada uno de los testamentos reconocidos en el Código están prescritas en las respectivas disposiciones que las rigen, o sea, en el Art. 696 las formalidades esenciales del testamento en escritura pública; en el 699, las del testamento cerrado; en el Art. 707 las del testamento ológrafo; en el Art. 713 las del testamento militar; y, en el Art. 717 las del testamento marítimo, todas las cuales suponen la forma escrita conforme al precepto del Art. 695.

Ahora bien, las formalidades prescritas por los numerales anteriormente citados son de carácter ad solemnitatem y, en consecuencia, constituyen requisitos de validez del acto testamentario, pues su inobservancia hace nulos los testamentos, conforme a los Arts. 811 y 813, concordantes con el Art. 144 y el Inc. 4 del Art. 140, que prescriben la forma que debe ser observada bajo sanción de nulidad.

CAPITULO II: EL TESTAMENTO CERRADO

II.A.- CONCEPTO:

El testamento es cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto.

En este sentido Augusto Ferrero, señala que el testamento cerrado es el que otorga el testador en una hoja de papel que firma y guarda en un sobre que cierra en privado, dejando constancia en diligencia posterior, ante notario y dos testigos, de que contiene su última voluntad.

También refiere, Zarate del Pino que el Testamento Cerrado es aquel que otorga el testador sin revelar el contenido de su última voluntad, declarando que se encuentra contenida en un pliego que hace entrega en formas personal al Notario dentro de un sobre cerrado, en presencia de dos testigos testamentarios.

Al Respecto Santos Briz indica que, el Testamento Cerrado es una forma intermedia entre las clases de testamento, porque es, en el fondo, un documento privado, pero en su parte externa, la del acta de formalización notarial, tiene el carácter de documento público.

Asimismo el testamento cerrado también es conocido como testamento místico en Francia o testamento secreto en Italia.

II.B.- FORMALIDADES

Se sabe que para la validez del acto jurídico se requiere la concurrencia de los requisitos estipulados en la ley, entre ellos la observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad, en ese sentido, las formalidades esenciales del testamento cerrado se encuentran reguladas en el artículo seiscientos noventa y nueve del Código Civil.

En principio, cabe destacar que existen formalidades comunes a todo testamento así como también, según el modelo testamentario que se elija, existen formalidades específicas.

Así se tiene que las formalidades de todo testamento son:

- La forma escrita
- La fecha de su otorgamiento
- El nombre del testador.
- La firma

Ahora bien, las formalidades esenciales del testamento cerrado deben considerarse en relación con los siguientes elementos: la redacción, el cierre, la presentación y la unidad del acto.

1).-Que el documento en que ha sido extendido esté firmado en cada una de sus páginas por el testador, bastando que lo haga al final si estuviera manuscrito por él mismo, y que sea colocado dentro de un sobre debidamente cerrado o de una cubierta clausurada, de manera que no pueda ser extraído el testamento sin rotura o alteración de la cubierta.

De la lectura del inciso se infiere que el testamento lo mismo pueda ser escrito por el testador que por otra persona a su ruego. Si lo escribiese por su puño y letra, el testador pondrá al final su firma.

Si estuviese escrito por cualquier medio mecánico o por otra persona a su ruego, el testador pondrá su firma en todas sus hojas y al pie del testamento.

Además, el papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada y sellada, de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta.

Así se evita la posibilidad de sustitución de un testamento por otro.

De otro lado, siguiendo a Lohmann Luca de Tena, de la norma se colige que, confunde testamento con documento que lo contiene. El testamento cerrado es tal desde que se cumplen las formalidades. Mientras tanto es un sobre con un documento (de papel o lo que fuere)

En el inciso uno se alude erradamente a testamento, debiendo ser documento.

2).- Que el testador entregue personalmente al notario el referido documento cerrado, ante dos testigos hábiles, manifestándole que contiene su testamento. Si el testador es mudo o está imposibilitado de hablar, esta manifestación la hará por escrito en la cubierta.

En presencia del notario, manifestará el testador verbalmente o por escrito que el pliego que presenta contiene su testamento, expresando si se halla escrito y firmado por él o si está escrito de mano ajena o por cualquier medio mecánico y firmado al final y en todas sus hojas por él o por otra persona a su ruego.

Es un mero dicho del otorgante, de suerte que el notario dará fe de la manifestación, pero no de la exactitud de la misma, porque el notario y los testigos desconocen si el sobre cerrado efectivamente contiene la voluntad del testador. Es asunto ajeno al notario y a los testigos si el testador no introduce nada en el sobre, o si se equivoca de documento.

3).- Que el notario extienda en la cubierta del testamento un acta en que conste su otorgamiento por el testador y su recepción por el notario, la cual firmarán el testador, los testigos y el notario, quien la transcribirá en su registro, firmándola las mismas personas.

Sobre la cubierta del testamento extenderá el notario la correspondiente acta de otorgamiento, en la que se debe consignar la identificación del testador, la capacidad con que procede, el haberse cumplido con las formalidades legales, el lugar, día, mes y año de su otorgamiento, siendo leída y firmada por el testador que pueda hacerlo junto con los testigos y el notario, quien a su vez tiene la obligación de transcribirla en su registro con las respectivas firmas.

4).- Que el cumplimiento de las formalidades indicadas en los incisos dos y tres se efectúe estando reunidos en un solo acto el testador, los testigos y el notario, quién dará al testador copia certificada del acta.

Se impone distinguir dos fases del testamento cerrado: la de la redacción del pliego, y la del otorgamiento ante el notario y testigos.

Guillermo Lohmann Lucca de Tena, sostiene que el testamento cerrado se perfecciona en dos etapas. Una, consistente en la traslación de la voluntad al escrito que la contiene; otra, en la formalización de la misma ante el notario, de la que sí puede postularse unidad formal.

II.C.- DIFERENCIAS CON OTROS TESTAMENTOS

Teniendo en cuenta el concepto y la Naturaleza Jurídica del testamento cerrado, procederemos de manera sucinta a precisar los puntos en los cuales radican las diferencias con cada uno de los demás testamentos .

C.1.- CON EL TESTAMENTOS OTORGADO POR ESCRITURA PUBLICA

1).- La Confidencialidad del testamento cerrado se sobre pone al otorgado por escritura publica, toda vez que en este la declaración testamentaria será tambien de conocimientos de testigos , así como del notario, quien debiera redactar el testamneto en su registro de manera integral, caso contrario sucede en el testamento cerrado , en el que solo conoce de su contenido es el testador, por cuaqnto la ctuación de los testigos así como del notario versa sólo para certificar la entrega y existencia del sobre cerrado en el cual se consigna la última voluntad del causante.

2).- En cuanto ala naturaleza jurídica es de verse que para la validez del testamento cerrado es necesario acudir al juez civil a fin de que disponga la protocolización del testamentos cerrado, acto con el cual esta forma testamentaria adquiere validez y su carácter de instrumento publico , empero es de verse que este acto de protocolización no es requerido para el testamento otorgado por escritura publica, a razón a que esta forma testamentaria tiene desde su inicio la calidad de instrumento publico.

3).- En cuanto ala redacción diremos que el testamento cerrado la Ley no exige formalidad alguna, en cambio en el testamento otorgado por escritura publica es el notario quien debe redactar en su registro de escrituras de publicas bajo sanción de nulidad.

C.2.- CON EL TESTAMENTO OLÓGRAFO

1).– Una de las diferencias importantes en las que podemos ahondar el tema esta referida a la redacción del testamento por cuanto mientras en el testamento cerrado la ley no exige forma alguna es así que el testador lo puede hacer privadamente en papel común , pudiendo ser a maquina o en forma manuscrita, extendida por el testador o por un tercero bajo dictado de aquel quien aprueba el texto bajo su firma, caso contrario sucede en el testamento ológrafo pues en este el testamento debe ser redactado en forma manuscrita y de puño y letra del testador , fechado y firmado por el mismo bajo sanción de nulidad.

2).– En cuanto a la recepción del testamento observamos que en el testamento cerrado se hace de manera publica , es decir ante testigos y con la presencia del notario público, quien extenderá un acta que será inscrita en el registro correspondiente, situación que no sucede en el testamento ológrafo , por cuanto esta forma testamentaria es entregada de manera privada, sin la presencia de notario público o la intervención de testigos, no obstante su privacidad no deja de ser un acto jurídico solemne, que con la respectiva comprobación judicial y su respectiva protocolización adquirirá el carácter de instrumento público.

C.3.- CON EL TESTAMENTO MILITAR

1).– En principio se diferencian en que el testamento cerrado es un testamento ordinario, en cambio el testamento militar es un testamento especial dado en circunstancias determinadas

2).– El testamento cerrado puede ser otorgado por cualquier persona capaz en cambio el testamento militar sólo puede ser otorgado por determinadas personas, que pueden ser las acuarteladas, que participan en una operación bélica, miembros de las fuerzas armadas, policía nacional , personas que sigan dichas fuerzas , los prisioneros de guerra.

3).– El testamento militar tiene una vigencia sólo de tres meses contados desde el cese del estado de excepción , circunstancia que no ocurre en el testamento cerrado.

C.4.- CON EL TESTAMENTO MARÍTIMO

1).– El testamento marítimo es un testamento especial a diferencia de la ordinariidad del testamento cerrado.

2).– Cualquier persona capaz puede otorgar un testamento cerrado , en cambio el testamento marítimo solo lo otorgan los navegantes de un buque durante su travesía acuática .

3).– En cuanto a la validez del testamento Marítimo este sólo adquiere validez si el testador fallece durante el viaje o dentro de los treinta días posteriores a su llegada.

SECCION SEGUNDA:

EL TESTAMENTO CERRADO EN LA LEGISLACION PERUANA

CAPITULO II: REGULACION SUSTANTIVA

(ANÁLISIS EXEGETICO)

II.A.- DE LAS FORMALIDADES (ARTICULO 699°)

Del análisis de este artículo se desprende que todo testamento cerrado para que sea considerado como tal, debe reunir las siguientes características:

A.1.- LA REDACCION (ARTICULO 699 Inciso 1)

La Redacción: "Que el documento en que ha sido extendido esté firmado en cada una de sus páginas por el testador, bastando que lo haga al final si estuviera manuscrito por él mismo(...)

De acuerdo a lo expresado en esta primera parte del inciso, el testador puede escribir su testamento en cualquier papel, donde quiera y en la forma que crea conveniente. Es decir puede estar hecho a máquina o a puño y letra del testador, con tinta o a lápiz. En este último caso será suficiente que el testador firme la última hoja, si es más de una. La ventaja de hacerlo manuscrito es que puede valer como ológrafo en caso de ser rechazado el testamento cerrado, pero tendrá que estar fechado, escrito y firmado por el propio testador.

Puede realizarse en privado y por cualquier persona, inclusive por el notario, testigos o los propios herederos, pero deberá ser firmado por el testador cada una de las páginas.

El Cierre: "(...), y que sea colocado dentro de un sobre debidamente cerrado o de una cubierta clausurada, de manera que no pueda ser extraído el testamento sin rotura o alteración de la cubierta.

La segunda parte de este inciso exige que una vez redactado, el testamento deberá ser colocado dentro de un sobre, el cual deberá cerrarse o lacrarse de tal forma que no pueda ser extraído sin dañar el sobre o la cubierta. Esto como medida de seguridad en caso de que un tercero quiera cambiar su contenido.

A.2.- PRESENTACION AL NOTARIO (ARTICULO 699 Inciso 2)

"Que el testador entregue personalmente al notario el referido documento cerrado, ante dos testigos hábiles, manifestándole que contiene sus testamento. Si el testador es mudo o está imposibilitado de hablar, esta manifestación la hará por escrito en la cubierta".

Mientras el testamento este en poder del testados, será un documento privado, adquiriendo recién el carácter público, cuando en forma personal, es decir el mismo y no otra persona, se lo entregue al notario de su domicilio.

Dicha entrega se deberá hacer en presencia de dos testigos hábiles que el mismo testador elija.

Si el testador fuera mudo o no pudiera hablar, tendrá que expresar su voluntad de entregar ese sobre cerrado el cual contiene su testamento, escribiendo para tal efecto en la cubierta del sobre. Los que no tuvieran este problema lo harán en forma verbal al notario.

A.3.- DE LA EXTENSION DEL ACTA (ARTICULO 699 Inciso 3)

"Que el notario extienda en la cubierta del testamento un acta en que conste su otorgamiento por el testador y su recepción por el notario, la cual firmarán el testador, los testigos y el notario, quien la transcribirá en su registro, firmándola las mismas personas".

Este inciso es claro y busca que se deje constancia que se ha otorgado un testamento y que ha sido recepcionado por el notario que suscribe la respectiva acta. En dicha acta se deberá consignar los datos del testador, la capacidad con que procede, el haber cumplido con las formalidades legales, el lugar, la fecha y el año en que se otorga y las firmas del testador, notario y testigos.

A.4.- UNIDAD DEL ACTO (ARTICULO 699 Inciso 4)

"Que el cumplimiento de las formalidades indicadas en los incisos 2 y 3 se efectúe estando reunidos en un solo acto el testador, los testigos y el notario, quien dará al testador copia certificada del acta".

De acuerdo a este inciso, es necesario que desde el momento en que el testador entrega el testamento al notario hasta que se produce la firma en el acta que consta en el registro notarial, las formalidades contenidas en los incisos 2 y 3, deberán realizarse estando reunidos en un solo acto el testador, los testigos y el notario. Es decir que se deberá realizar en forma ininterrumpida, encontrándose presentes y reunidas todo el tiempo, el testador, los testigos y el notario, pues si fuera otorgado por partes, en diferentes días o en varias etapas, habría duda sobre cual sería la fecha de su otorgamiento y podría fácilmente cambiarse el testamento contenido en el sobre.

II.B.- DE LA CONSERVACION DEL TESTAMENTO (ARTICULO 700°)

"El testamento cerrado quedará en poder del notario. El testador puede pedirle, en cualquier tiempo, la restitución de este testamento, lo que hará el notario ante dos testigos, extendiendo en su registro un acta en que conste la entrega, la que firmarán el testador, los testigos y el notario. Esta restitución produce el revocación del testamento cerrado, aunque el documento interno puede valer como testamento ológrafo si reúne los requisitos señalados en la primera parte del artículo 707°".

En el código anterior una vez que se cumplían con los requisitos que estaban establecidos, el testamento era devuelto al testador o a un tercero, lo cual resultaba riesgoso o en forma provocada, sustraído o destruido, dejándola de esta manera inutilizado.

En cambio ahora de acuerdo al artículo 700°, el testamento cerrado queda en poder del notario para que éste lo cuide, garantizando de esta manera su conservación.

Por otro lado, este artículo permite al testador solicitar al notario la devolución del testamento, para lo cual se observarán las mismas formalidades previstas para su otorgamiento en cuanto le sean aplicables. Una vez devuelto el testamento, automáticamente queda revocado; sin embargo podrá valer como testamento ológrafo siempre que cumpla con los requisitos establecidos para éste.

II.C.- CONSERVACION (ARTICULO 701°)

El notario bajo cuya custodia queda el testamento cerrado, lo conservará con las seguridades necesarias hasta que, después de nuestro el testador, el juez competente, a solicitud de parte interesada que acredite la muerte del testador y la existencia del testamento, ordene al notario la presentación de este último, la resolución del juez, competente se hará con citación de los presuntos herederos o legatarios.

C.1.- COMENTARIO.- Luego de que el acta de otorgamiento de testamento cerrado sea extendido, el testamento quedará depositado en poder y custodia del Notario, osea que éste deberá considerarlo con todas las seguridades del caso y sólo podrá entregarlo al propio testador (cuando éste lo solicite en vida o lo revoque) o al Juez, cuando al morir el testador la parte interesada, acreditando la muerte del testador (con la partida de defunción) y la existencia del testamento, lo solicite al juez competente la presentación del documento (el juez competente es el juez del lugar del último domicilio del testador. La resolución en la que el juez ordena al notario que le envíe el testamento, también deberá contener la citación de los presuntos herederos obligatorios.

Si el testamento fue escrito en idioma distinto al castellano, el juez nombrará un traductor oficial quien deberá juramentar el cargo que ostenta. La razón que le encontramos al hecho de que sea el testador quien conserve el testamento, es que se trata de asegurar con el menor riesgo de pérdida, sustracción, ocultamiento o apertura prematura, el secreto absoluto de las disposiciones testamentarias en vida del causante que contiene el testamento.

II.D.- APERTURA (ARTICULO 702°)

Presentado el testamento cerrado, el juez, con citación de las personas indicadas en el artículo 701°, procederá de conformidad con el código de procedimientos civiles.

D.1.- COMENTARIO.– Como ya dijimos, cuando al morir el testador, la parte interesada, acreditando lo establecido por ley, solicite al juez competente la presentación del documento, y éste ordenará al notario dicho trámite, con citación de los presuntos herederos. El juez al contar ya con dicho testamento, procederá de acuerdo a lo establecido por el Código Procesal Civil, es decir, deberá realizar la apertura en presencia del notario o del solicitante, pondrá su firma y sello del juzgado en cada una de las páginas, certificando el estado del sobre o cubierta, agregándose al expediente. Si encuentra algún defecto que produzca duda en el juez respecto de la posibilidad de que se haya alterado el documento, el juez extenderá un acta en el que expondrá los motivos.

Una vez que el testamento es aprobado judicialmente deberá ser protocolizado por el notario. La aprobación consiste en la declaración que hace el juez de que el testamento contienen la última voluntad del causante. La protocolización, que la ordena el juez, es el acto por el cual el notario transcribe todo el expediente judicial a su protocolo, sentando un acta en su registro dejando constancia de su actuación. Al final el notario hará constar que el testamento es válido siempre que no haya sido tachado por los interesados de inutilidad o falsedad y obtengan éxito en el juicio.

II.E.– TRANSFORMACION EN TESTAMENTO OLOGRAFO (ARTICULO 703°)

Si el Juez comprueba que la cubierta está deteriorada de manera que haya sido posible el cambio del pliego que contiene el testamento, dispondrá que éste valga como ológrafo, si reúne los requisitos señalados en la primera parte del artículo 707°.

E.1.- COMENTARIO.– El testamento cerrado que no audiese vales como tal por falta de alguna de las solemnidades que tienen, valdrá como ológrafo, si estuviere todo el escrito y firmado por el testador y esto, por que la propia ley lo faculta, con la única exigencia de que el documento (osea el test cerrado) sea total y escrito (por propia mano del testador), fechado y firmado por el propio testador.

En cambio lo regula la ley porque puede darse el caso de que el acta estuviese afectada por vicios formales que la anulen, como son la no intervención de los testigos exigidos por ley o la no mención del testador o no se ha puesto la fecha en que se labora el acta. Por estas consideraciones si el juez comprueba que la cubierta se encuentra deteriorada de manera que haya sido posible la extracción, cambio o suplantación del pliego interior que contiene el testamento podrá disponer en forma alternativa que valga como ológrafo, siempre que reúna las formalidades básicas de ésta clase de testamento como son la fecha, que sea totalmente manuscrito y firmada por el testador.

II.F.– IMPEDIMENTOS DEL NOTARIO (ARTICULO 704°)

El notario que sea pariente del testador dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad está impedido de intervenir en el otorgamiento del testamento por escritura pública o de autorizar el cerrado.

Una prohibición legal imperativa, es la contenida en el Art. 704° del Código Civil, relativa a las formalidades testamentarias, en virtud del cual, los notarios están impedidos de intervenir en los testamentos otorgados por escritura pública ante ellos, o en los sacerdotes que autoricen, cuando tienen parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o segundo de afinidad, es decir, se establece una suerte de inhabilidad o incompatibilidad legal para el ejercicio de la función notarial que obliga a un Notario a abstenerse de intervenir cuando medie esta relación familiar con el testador. La inobservancia de esa prohibición puede conllevar a la nulidad total y absoluta del testamento por defecto de forma infractoria de las formalidades

previstas en los artículos 969° y 999° del código Civil que le dan un papel relevante a la intervención del notario, cuya inhabilidad da lugar al cumplimiento de una formalidad pero invalida o viciada por lo que debe considerarse como no cumplida.

Cabe señalar que en el derecho de familia y dentro de los regímenes del matrimonio y del parentesco, el marido y su mujer no son entre sí parientes por afinidad, ni reciben la denominación de tales. Son cónyuges, cuyo vínculo que es matrimonial, es diferente del parentesco, pues el matrimonio no crea parentesco entre los cónyuges, aunque es la fuente del parentesco de afinidad entre cada uno de ellos, por ello para que el cónyuge quede comprendido en algún impedimento, debió ser mencionado como tal, pues al no haberlo hecho, ante él, pues los impedimentos no se presumen sino que deben estar expresamente señalados.

Otra incompatibilidad que ya no es formal, sino que se prefiere más bien al contenido del testamento, es la prevista en el artículo 688 del Código Civil, que establece un impedimento para el Notario, su cónyuge y parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, de ser beneficiarios de las disposiciones testamentarias que tiene su fundamento en la presunción de que aprovechándose de esa intervención pueda existir desviación o captación de la voluntad testamentaria por parte del Notario para favorecerse en sí o a sus allegados.

La infracción de esa prohibición moralizadora no invalida todo el testamento sino únicamente para de él, es decir aquellas disposiciones testamentarias que pudieran establecer beneficios para el Notario o sus allegados; medida que tiene una justificación irrefutable para el caso del testamento por escritura pública en que el Notario es quien redacta las disposiciones testamentarias y hasta puede orientar su contenidos, pero que deja de tenerla en el caso del testamento cerrado en el que el Notario no tiene acceso al pliego interior, no obstante ello, la sensación es expresa, no se puede eludir esta norma en base a esas apreciaciones, el legislador ha querido cortar por lo sano toda posible discusión acerca de si el Notario conocía o no del contenido del testamento o si tuvo o no la oportunidad de orientar sus disposiciones.

II.G.- PERSONAS IMPEDIDAS PARA SER TESTIGOS (ARTICULO 705°)

Están impedidos de ser testigos testamentarios:

- 1.- Los que son incapaces de otorgar testamentos.
- 2.- Los sordos, los ciegos y los mudos.
- 3.- Los analfabetos.
- 4.- Los herederos y los legatarios en el testamento en que son instituidos y sus cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos.
- 5.- Los que tienen con el testador los vínculos de relación familiar, indicando en el inciso anterior.
- 6.- Los acreedores del testador, cuando no pueden justificar su crédito sino con la declaración testamentaria.
- 7.- El cónyuge y los parientes del notario, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segunda de afinidad y los dependientes del notario o de otros notarios.
- 8.- Los cónyuges en un mismo testamento.

G.1.- COMENTARIO: Igual incompatibilidad formal y material se establece con respecto a los testigos

testamentarios, que son las personas que pueden presenciar el otorgamiento de un testamento, por exigencia de la ley y presenciar el otorgamiento de un testamento, por exigencia de la ley y a solicitud del testador con el objeto de que se garantice la autenticidad del acto y la libertad con que procede el testador. Aunque en el caso de incompatibilidad material relativa al contenido del testamento el impedimento queda limitado a los testigos sin que pueda extenderse a su cónyuge y parientes, razón que estriba en que los testigos son elementos meramente presenciales que no intervienen en la redacción u orientación de la voluntad testamentaria.

La regla general respecto de la intervención de testigos es que pueden intervenir como tales en el otorgamiento de un testamento todas las personas que sean capaces de ejercicio salvo aquellas que están impedidas por cualquiera de las causales taxativamente enumeradas por el artículo 705 del Código Civil que señala, que están impedidos de ser testigos testamentarios los siguientes:

• **Los que son incapaces de otorgar testamentos.**–

Este inciso modifica lo señalado en el Código del 36 que sólo se refería a las personas que no estaban en ejercicio de sus derechos civiles, los cuales son los incapaces absolutos y relativos y se excluían a aquellas personas que no tenían una incapacidad natural, como dos pródigos, los que incurren en mala gestión económica y los que sufren pena de interdicción civil.

2.– Los sordos, los ciegos y los mudos.–

En principio, el sordo puede otorgar cualquier clase de testamento; el ciego, sólo por escritura pública; y el mudo, solamente el cerrado u ológrafo. Son personas con capacidad para testar. No obstante, la inhabilidad física de la que adolecen les impide oír al testador, ver lo que ocurre en el acto y comparecer judicialmente como testigo respectivamente, razones por las cuales se les inhabilita como testigos.

• **Los Analfabetos.**–

Estos también pueden testar aunque sólo en escritura pública. Pero carecen de la habilidad para ejercer el cargo, pues están impedidos de leer el documento y de firmar. Este impedimento concuerda con lo que exige la Ley del Notario, que en su artículo 51º, inciso 3, impide ser testigos en las escrituras públicas a quienes no saben escribir.

4.– Los herederos y los legatarios en el testamento en que son instituidos y sus cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos.–

Este inciso reúne en una sola dos causales previstas en el Código anterior. Por un lado, limita su aplicación a los parientes consanguíneos del heredero excluyendo a los afines. Por otro, se refiere únicamente a determinados parientes, en lugar de extender el parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad. Además, incluye al cónyuge. Finalmente, se refiere al legatario y a todas las personas citadas en relación a él en vez de limitarlo a él sólo. La modificación más importante traída por el nuevo ordenamiento legal en relación a este inciso se refiere a la inclusión del cónyuge y a la extensión de las personas que menciona en relación al legatario. En cuanto a esta última, en realidad no había razón alguna para que no existe igual prohibición que tratándose del heredero.

5.– Los que tienen con el testador los vínculos de relación familiar indicados en el inciso anterior.–

Esta causal es nueva. Se distingue de la causal anterior en que ésta se refiere al vínculo con el testador, independientemente de su condición de herederos o legatarios; mientras la otra causal se relaciona con esta condición e incluye a quienes tienen vinculación con los herederos y legatarios.

6.– Los acreedores del testador, cuando no pueden justificar su crédito sino con la declaración

testamentaria.-

Como los acreedores tienen un derecho preferencial respecto a herederos y legatarios, es lógico que se haga extensiva a ellos la misma prohibición; la cual, con la misma redacción, estaba prevista en el código derogado.

7.- El cónyuge y los parientes del notario, dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, y los dependientes del notario o de otros notarios.-

A diferencia del código anterior, se incluye al cónyuge del notario y a los dependientes de otras notarías. El propósito de esta incompatibilidad es que los testigos sean llevados por el testador.

8.- Los cónyuges en un mismo testamento.-

No se refiere al cónyuge del testador, cuyo impedimento está mencionado en el inciso 5. Esta causal que impide que dos personas casadas actúen a la vez como testigos ya existía en el Código anterior.

II.H.- EFICACIA DEL TESTAMENTO OTORGADO CON TESTIGO IMPEDIDO (ARTICULO 706°)

El testigo testamentario cuyo impedimento fuera notorio al tiempo de su intervención se le tiene como hábil si la opinión común así lo hubiera considerado.

Las exigencias formalistas respecto a la intervención de los testigos testamentarios no deben interpretarse en forma rígida sino con un criterio de flexibilidad, ya que se exige la participación de testigos en forma complementaria a la intervención del Notario, con el objeto de rodear a estos actos de las mayores garantías posibles, es por ello que para resolver con criterio de justicia, debe estimarse como válida, la capacidad aparente de los testigos testamentarios, de tal modo que cuando el impedimento no fuese notorio, se considerará hábil el testigo según lo dispuesto por el artículo 706° del código Civil, ello debido a que se configura una capacidad putativa de los testigos testamentarios, que está sustentada en la buena fé del notario y del testador, la que debe presumirse conforme a ley y en el error de hecho con respecto a los impedimentos que no son notorios.

CAPITULO III: LA REGULACION ADJETIVA

El procedimiento destinado a otorgar plena eficacia jurídica al testamento cerrado se regula por las normas del Código Procesal Civil y se tramitan como proceso no contencioso.

III.A.- LEGITIMACION PROCESAL

Pueden solicitar la comprobación judicial:

- 1) Quien se considere heredero forzoso o legal, debe acreditarse el vínculo familiar con el causante .
- 2) Quien se considere heredero voluntario o legatario.
- 3) Los acreedores del causante o de los presuntos sucesores.
- 4) Quien tenga en su poder el testamento: El notario.

III.B.- REQUISITOS

Debe acreditarse en la solicitud:

- 1) La muerte del causante del testador, con la partida de defunción o la declaración judicial de muerte presunta.
- 2) La existencia del testamento; con la certificación emitida por el notario que lo conserva bajo su custodia.
- 3) Certificación Registral de que no figura inscrito otro testamento, para verificar la validez del testamento (revocación).
- 4) Indicar el nombre y el domicilio de los probables herederos y legatarios, para que se apersonen al proceso si conviene a sus intereses.

III.C.- TRAMITE

Se cita a las partes a la Audiencia de Actuación y Declaración Judicial. El notario deberá ser notificado a efectos de que presente el testamento con el acta respectiva.

En la audiencia , el juez abrirá el sobre que lo contiene, no sin antes certificar sobre el estado de la cubierta y si es posible que el estado de la cubierta hubiere permitido el cambio del testamento. En seguida, rubricará cada una de sus páginas.

Si el testamento está en otro idioma se procederá a nombrar a un traductor oficial. La traducción será agregada al texto original y será suscrita por el traductor con firma certificada por el secretario del juzgado, también será rubricado por el juez.

C.1.- CITACION COMPLEMENTARIA

Si del testamento se advierte que existen sucesores no citados con la solicitud de comprobación, se requerirá al solicitante que informe cuáles son sus respectivos domicilios, sino se les notificará por medio de edictos.

C.2.- CONTRADICCION

Puede formular oposición cualquiera que acredite un legítimo interés para obrar . La oposición debe versar sobre la falta de requisitos formales del testamento cerrado; todos aquellos que no se refieran a este tema serán declarados improcedentes .

En la contradicción sólo se admiten como medios probatorios:

- 1) El acta notarial de otorgamiento extendida en el sobre.
- 2) Si el sobre está deteriorado solo se admiten como medios probatorios sustitutos:
- 3) Copia certificada del acta del registro del notario.
- 4) Declaración de Testigos.
- 5) Cotejo de la firma y letra del testador.

C.3.- RESOLUCION FINAL

Si se han cumplido las formalidades del testamento cerrado la solicitud será amparada, el testamento será considerado como auténtico y el juez declarará que el testamento contiene la última voluntad del causante y dispondrá su protocolización.

Esta resolución final, por emanar de un proceso no contencioso, no tiene la calidad de cosa juzgada . Por lo que puede impugnarse en la vía de proceso de Conocimiento, alegando la falta de requisitos de validez del testamento (nulidad de acto jurídico) o la nulidad del contenido de las disposiciones testamentarias. Lo mismo sucede si la solicitud es rechazada definitivamente .

SECCION TERCERA:

LEGISLACION COMPARADA

SECCION TERCERA: LEGISLACION COMPARADA

CAPITULO I: LEGISLACION ESPAÑOLA

El Código Civil Español en su TITULO III, DE LAS SUCESIONES – SECCION TERCERA, DE LA FORMA DE LOS TESTAMENTOS, refiere en cuanto al Testamento Cerrado :

Su clasificación la encontramos en el Art. 676, el cual dispone : El testamento puede ser común o especial. El común puede ser ológrafo, abierto o cerrado, considerando especiales el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero (Art. 677).

Define el Testamento Cerrado en su Art. 680 : ***El testamento ese cerrado cuando el testador, sin revelar su última voluntad, declara que ésta se halla contenida en el pliego que presenta a las personas que han de autorizar el acto.***

En cuanto a su forma dispone en su Art. 706, que El testamento cerrado habrá de ser escrito. Si lo escribiese por su puño y letra el testador pondrá al final su firma. Si estuviese escrito por cualquier medio mecánico o por otra persona a ruego del testador, éste pondrá su firma en todas sus hojas y al pie del testamento. Asimismo, cuando el testador no sepa o no pueda firmar, lo hará a su ruego al pie y en todas las hojas otra persona, expresando la causa de la imposibilidad. En el caso palabras enmendadas, tachadas o escritas entre renglones, estas se salvarán antes de la firma.

Respecto a las solemnidades que deberá obedecer el Testamento Cerrado se establecen las siguientes : (Art. 707).

- 1).– El papel que contenga el testamento se pondrá dentro de una cubierta cerrada y sellada de suerte que no pueda extraerse aquél sin romper ésta.***
- 2).– El testador comparecerá con el testamento cerrado y sellado o lo cerrará y sellará en el acto, ante el Notario que haya de autorizarlo.***
- 3).– En presencia del Notario, manifestará el testador por sí, o por medio del intérprete previsto en el artículo 684 que el pliego que presenta contiene su testamento, expresando si se halla escrito y firmado por él o si está escrito de mano ajena o por cualquier medio mecánico y firmado al final y en todas sus hojas por él o por otra persona a su ruego.***
- 4).– Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de su otorgamiento, expresando el número y la marca de los sellos con que está cerrado, y dando fe del conocimiento del testador o de haberse identificado su persona en la forma prevenida en los artículos 685 y 686, y de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento.***
- 5).– Extendida y leída el acta, la firmará el testador que pueda hacerlo y, en su caso, las personas que deban concurrir, y la autorizará el Notario con su signo y firma.***

Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los dos testigos idóneos que en este caso deben concurrir.

6).– También se expresará en el acta esta circunstancia, además del lugar, hora, día, mes y año del otorgamiento.

7).– Concurrirán al acto de otorgamiento dos testigos idóneos, si así lo solicitan el testador o el Notario.

El Art. 708, restringe el otorgamiento a los ciegos y los que no sepan o no puedan leer.

El Art. 709, muestra ciertas excepciones : ***Los que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente :***

- ***El testamento ha de estar firmado por el testador. En cuando a los demás requisitos, se estará a lo dispuesto en el artículo 706.***
- ***Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del Notario, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando cómo está escrito y que está firmado por él,***
- ***A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el Notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el artículo 707 en lo que sea aplicable al caso.***

Respecto al Acta de otorgamiento el Art. 710, dispone que el Notario deberá entregar al testador, después de poner en el protocolo corriente copia autorizada del acta de otorgamiento.

La custodia del Testamento Cerrado, podrá estar a cargo del testador o encomendarla a persona de su confianza, o depositarlo en poder del Notario autorizante para que lo guarde en su archivo; de ser esto último el Notario hará constar el acto en su protocolo corriente, al margen o a continuación de la copia del acta de otorgamiento, que queda el testamento en su poder. Si lo retirare después el testador, firmará un recibo a continuación de dicha nota (Art. 711)

Estando en custodia del Notario o de la persona que tenga en su poder un testamento cerrado, deberá ser presentado ante el Juez competente luego de tomar conocimiento del fallecimiento del testador. Si no lo verifica dentro de diez días, será responsable de los daños y perjuicios que ocasione su negligencia (Art. 712)

Con relación a lo anterior el Código Civil Español, sanciona al que con dolo deje de presentar el testamento cerrado que obre en su poder dentro del plazo fijado, además de la responsabilidad que en él se determina, perderá todo derecho a la herencia, si lo tuviera como heredero abintestato o como heredero o legatario por testamento.

En esta misma pena incurrirán el que sustrajere dolosamente el testamento cerrado del domicilio del testador o de la persona que lo tenga en guarda o depósito, y que lo oculte, rompa o inutilice de otro modo, sin perjuicio de la responsabilidad criminal que proceda (Art. 713)

Par la apertura y protocolización del testamento cerrado la norma civil se remite a la norma adjetiva. Ley de Enjuiciamiento Civil (Art. 714)

Será nulo el testamento cerrado en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades establecidas; y el Notario que lo autorice será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si se llegase a probar que la falta procedió de su malicia o de negligencia o ignorancia inexcusables. Será válido, sin embargo, como

testamento ológrafo, si todo él estuviera escrito y firmado por el testador y tuviera las demás condiciones propias de este testamento (Art. 715)

CAPITULO II: LEGISLACION ARGENTINA

El Código Civil Argentino, en su Libro Cuarto – De Los Derechos Reales y Personales Disposiciones Comunes – Sección Primera de la Transmisión de los derechos por muerte de las personas a quienes correspondían – Título XII De Las Formas de Los Testamentos, norma el Testamento Cerrado de la forma siguiente:

El Artículo 3622 dispone que ***Las formas ordinarias de testar son : el testamento ológrafo, el testamento por acto público y el testamento cerrado.***

Del mismo modo, la norma argentina considera como Especiales a el Testamento Militar (Art. 3672 – 3678), el Testamento Marítimo (Arts. 3678 – 3689), y el Testamento hecho en país extranjero (Arts. 3636 – 3638)

En relación al Testamento Cerrado, se restringe su otorgamiento al analfabeto (Art. 3665).

La solemnidad del Testamento Cerrado está regulada en el Artículo 3666, el cual dispone : ***El testamento cerrado debe ser firmado por el testador. El pliego que lo contenga debe entregarse a un escribano público, en presencia de cinco testigos residentes en el lugar, expresando que lo contenido en aquel pliego es su testamento. El escribano dará fe de la presentación y entrega, extendiendo el acta en la cubierta del testamento, y la firmarán el testador y todos los testigos que puedan hacerlo, y por los que no puedan los otros a su ruego; pero nunca serán menos de tres los testigos que firmen por sí. Si el testador no pudiere hacerlo por alguna causa que le haya sobrevenido, firmará por él otra persona o alguno de los testigos. El escribano debe expresar al extender el acta en la cubierta del testamento, el nombre, apellido y residencia del testador, de los testigos y del que hubiere firmado por el testador, como también el lugar, día, mes y año en que el acto pasa.***

La entrega y suscripción del testamento cerrado, debe ser un acto sin interrupción por otro acto extraño, a no ser por breves intervalos, cuando algún accidente lo exigiere (Art. 3667)

El sordo puede otorgar testamento (Art. 3669)

Existen excepciones al otorgamiento del testamento; pues el que sepa escribir aunque no pueda hablar, puede otorgar testamento cerrado, más aún el testamento debe estar escrito y firmado de su mano, y la presentación al escribano y testigos se hará escribiendo sobre la cubierta que el pliego contenga el testamento (Art. 3668)

Invalidez del Testamento : El testamento cerrado que no pudiese valer como tal por falta de alguna de las solemnidades que deba tener, valdrá como testamento ológrafo, si estuviera escrito y firmado por el testador (Art. 3670)

Existe responsabilidad, cuando el escribano que tenga en su poder o en su registro un testamento de cualquiera especie que sea, cuando muera el testador, y estando obligado a ponerlo en noticia de las personas interesadas, será responsable de los daños y perjuicios que su omisión ocasione (Art. 3671)

Respecto a la Apertura, publicación y protocolización del testamento cerrado, el Código Civil Argentino incluye en su contexto algunas normas de carácter procesal, a ser de este modo :

El Artículo 3693, señala : ***Todo el que tenga algún interés en el testamento cerrado, puede pedir al Juez que se abra.***

El Artículo 3694, señala : ***El testamento cerrado no podrá ser abierto sino después que el escribano y los testigos reconozcan ante el juez, sus firmas y la del testador, declarando al mismo tiempo si el testamento está cerrado como lo estaba cuando el testador lo entregó.***

Si no pueden comparecer todos los testigos por muerte, o ausencia fuera de la provincia, bastará el reconocimiento de la mayor parte de ellos y del escribano

El Artículo 3695, señala : ***Si por iguales causas no pudieren comparecer el escribano, el mayor número de los testigos, o todos ellos, el Juez lo hará constar así, y admitirá la prueba por cotejo de letra. Cumplido esto, el juez rubricará el principio y fin de cada página, y mandará protocolizar el testamento y dar a los interesados las copias que pidiesen.***

CAPITULO III: LEGISLACION MEXICANA

El Código Civil Mexicano respecto al Testamento Cerrado regula de la siguientes forma :

Considera al testamento en cuanto a su forma en ordinario o especial, clasificando al ordinario como I. Publico abierto, II. Publico Cerrado y III. Ológrafo, y al especial en I. Privado, II. Militar, III. Marítimo, y IV: Hecho en País Extranjero (Arts. 1499, 1500 y 1501)

La forma del testamento publico cerrado, puede ser escrito por el testador o por otra persona a su ruego, y en papel común. El testador debe rubricar todas las hojas y firmar al calce del testamento; pero si no supiere o no pudiere hacerlo, podrá rubricar y firmar por él otra persona a su ruego. En cuanto a lo anterior, la persona que haya rubricado y firmado por el testador, concurrirá con el a la presentación del pliego cerrado; en este acto, el testador declarará que aquella persona rubrico y firmo en su nombre y esta firmara en la cubierta con los testigos y el Notario. El papel en que esté escrito el testamento o el que le sirve de cubierta, deberá estar cerrado y sellado, o lo hará cerrar y sellar el testador en el acto del otorgamiento, y lo exhibirá al Notario en presencia de tres testigos (Art 1521, 1522, 1523 y 1524)

La última voluntad del testador, deberá ser declarada al hacer la presentación en el pliego correspondiente. (Art. 1525)

El Notario dará fe del otorgamiento, con expresión de las formalidades anteriormente señaladas; esa constancia deberá extenderse en la cubierta del testamento, que llevará las estampillas del timbre correspondientes, y deberá ser firmada por el testador, los testigos y el Notario, quien, además pondrá su sello (Art. 1526)

Si alguno de los testigos no supiere firmar, se llamara a otra persona que lo haga en su nombre y en su presencia, de modo que siempre haya tres firmas (Art. 1527)

Si al hacer la presentación del testamento no pudiere firmar el testador, lo hará otra persona en su nombre y en su presencia, no debiendo hacerlo ninguno de los testigos. (Art. 1528)

Solo en los casos de suma urgencia podrá firmar uno de los testigos, ya sea por el que no sepa hacerlo, ya por el testador. El Notario hará constar expresamente esta circunstancia, bajo la pena de suspensión de oficio por tres años (Art. 1529)

La norma mexicana restringe el otorgamiento a los que no saben o no pueden leer, siendo inhábiles para hacer testamento cerrado (Art. 1530)

La excepción se presenta en el Art. 1531, al facultar al sordo-mudo podrá hacer testamento cerrado con tal que este todo el escrito, fechado y firmado de su propia mano, y que al presentarlo al Notario ante cinco

testigos, escriba en presencia de todos sobre la cubierta que en aquel pliego se contiene su última voluntad, y va escrita y firmada por el, por lo que el Notario declarará en el acta de la cubierta que el testador lo escribió así, observándose, además lo dispuesto en los artículos 1524, 1526 y 1527.

En el caso que el testador no puede firmar la cubierta, se observara lo dispuesto en los artículos 1528 y 1529, dando fe el Notario de la elección que el testador haga de uno de los testigos para que firme por el. (Art. 1532)

Artículo 1533. El que sea solo mudo o solo sordo, puede hacer testamento cerrado con tal que este escrito de su puño y letra, sujetándose a las demás solemnidades precisas para esta clase de testamentos.

La Nulidad del testamento cerrado acaecerá cuando carezca de alguna de las formalidades establecidas, quedando sin efecto, y el Notario será responsable de sobrevivientes (Art. 1534)

Cerrado y autorizado el testamento, se entregará al testador, y el Notario pondrá razón en el protocolo del lugar, hora, día, mes y año en que el testamento fue autorizado y entregado (Art. 1535).

Por la infracción señalada, no se anulará el testamento, pero el Notario incurrirá en la pena de suspensión por seis meses (Art. 1536)

Respecto a la tenencia del testamento, el testador podrá conservar el testamento en su poder, o darlo en guarda a persona de su confianza, o depositarlo en el archivo judicial (Art. 1537)

El testador que quiera depositar su testamento en el archivo, se presentará con el ante el encargado de este, quien hará asentar en el libro que con ese objeto debe llevarse, una razón del depósito o entrega, que será firmada por dicho funcionario y el testador, a quien se dará copia autorizada. (Art. 1538)

Pueden hacerse por procurador la presentación y depósito de que habla el artículo que precede, y en éste caso, el poder quedará unido al testamento (Art. 1539)

El testador puede retirar, cuando le parezca, su testamento; pero la devolución se hará con las mismas solemnidades que la entrega (Art. 1540)

El poder para la entrega y para la extracción del testamento, debe otorgarse en escritura pública, y esa circunstancia se hará constar en la nota respectiva (Art. 1541)

Recepcionado el juez un testamento cerrado, hará comparecer al Notario y a los testigos que concurrieron a su otorgamiento (Art. 1542)

El testamento cerrado no podrá ser abierto sino después de que el Notario y los testigos instrumentales hayan reconocido ante el Juez sus firmas y la del testador o la de la persona que por este hubiere firmado, y hayan declarado si en su concepto esta cerrado y sellado como lo estaba en el acto de la entrega. (Art. 1543).

Si no pudieren comparecer todos los testigos por muerte, enfermedad o ausencia, bastara el reconocimiento de la mayor parte y el del Notario (Art. 1544)

Existiendo las mismas causas no pudieran comparecer el Notario, la mayor parte de los testigos o ninguno de ellos, el juez lo hará constar así por información, como también la legitimidad de las firmas y que en la fecha que lleva el testamento se encontraban aquellos en el lugar en que este se otorgo. De no ser así, los que comparecieron reconocerán sus firmas (Art. 1545 y 1546)

Cumplido lo prescrito en los cinco artículos anteriores, el juez decretará la publicación y protocolización del testamento (Art. 1547)

El testamento cerrado quedará sin efecto siempre que se encuentre roto el pliego interior o abierto el que forma la cubierta, o borradas, raspadas o enmendadas las firmas que lo autorizan, aunque el contenido no sea vicioso (Art. 1548)

Toda persona que tuviere en su poder un testamento cerrado y no lo presente, como esta prevenido en los artículos 1508 y 1509, que responsabiliza por los daños y perjuicios que la dilación ocasiona, o lo sustraiga dolosamente de los bienes del finado, incurrirá en la pena, si fuere heredero por intestado, de pérdida del derecho que pudiera tener, sin perjuicio de la que le corresponda conforme al Código Penal. (Art. 1549)

Vemos pues, que la regulación jurídica hispanoamericana en materia de sucesiones es altamente coincidente, recalcando la diferencia no en la esencia de las figuras jurídicas plasmadas en la ley civil, sino en simples términos de carácter técnico, como es el caso al momento de remitirse a la capacidad de los agentes, la formalidad del testamento, los sujetos intervinientes (testigos y otros),. Y la invalidez del testamento cerrado como Acto Jurídico de carácter solemne.

BIBLIOGRAFIA

JORDANO BAREA, Juan B. INTERPRETACION DEL TESTAMENTO. Editorial BOCH, Barcelona. 1958.

MESSINEO, Francesco. MANUAL DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL. Tomo VII. Ediciones Jurídicas EUROPA-AMERICA. Buenos Aires. 1971

CICU, Antonio. EL TESTAMENTO. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid. 1959.

KIPP, Theodor. DERECHO DE SUCESIONES. Editorial BOCH. Barcelona. 1973.

CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. DERECHO DE LAS SUCESIONES. Editorial San Marcos. Lima. 1966.

OSSORIO MORALES, Juan. MANUAL DE SUCESION TESTADA. Editorial BOCH. Madrid. 1957.

VIDAL RAMIREZ, Fernando. EL TESTAMENTO COMO ACTO JURIDICO en Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem. Editorial Cuzco. Lima. 1986.

FERRERO, Augusto. EL DERECHO DE SUCESIONES EN EL NUEVO CODIGO CIVIL PERUANO. Editorial Cuzco. Lima, 1987.

LANATTA, Rómulo. ANTEPROYECTO DE REFORMA DEL LIBRO DE SUCESIONES DEL CODIGO CIVIL. Editorial Desarrollo S.A. Lima. 1981

LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo. DERECHO DE SUCESIONES Vol. XVII Tomo I. Fondo Editorial de la PUCP. Lima. 1996.

ZARATE DEL PINO, Juan. CURSO DE DERECHO DE SUCESIONES. Editorial Palestra. Lima. 1998.

OUNDJIAN B, Ovidio. FORMAS DE LOS TESTAMENTOS en Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XII. Editorial DRISKILL S.A. Buenos Aires. 1979.

CONCLUSIONES

1).- El testamento es:

a).- El acto mortis causa por excelencia

b).- Un acto unilateral

c).- Un acto de forma prescrita

d).- Un acto nominado

e).- Un acto complejo

f).- Un acto principal

g).- Un acto de liberalidad (gratuito)

h).- Un acto modal.

2).- Son requisitos para la validez del acto testamentario:

a).- La manifestación de voluntad del testador

b).- La capacidad del testador.

c).- El objeto del testamento

d).- La finalidad del testamento.

e).- La forma del testamento

3).- Son formalidades de todos los testamentos:

a).- La forma escrita

b).- La fecha de su otorgamiento

c).- El nombre del Testador

d).- La firma

4).- El testamento cerrado se caracteriza en esencia porque los participantes en el otorgamiento, salvo el testador, ninguno conoce las disposiciones que lo integran.

5).- Las formalidades esenciales del testamento cerrado deben considerarse en relación con los siguientes elementos:

a).- La redacción

b).- El cierre

c).- La presentación

d).- La unidad del acto

6).– El testamento cerrado se diferencia del otorgado por escritura pública en:

- La confidencialidad, en el testamento cerrado solo lo conoce el testador, mientras que en el otorgado por escritura pública, el notario y los testigos.
- Naturaleza jurídica, en el testamento cerrado es necesario acudir al juez para que tenga la calidad de instrumento público, mientras que el otorgado por escritura pública, lo tiene desde su inicio.
- La formalidad, el testamento cerrado no tiene, mientras que el otorgado por escritura pública, tiene que ser redactado por Notario bajo sanción de nulidad formalidad.

7).– El testamento cerrado se diferencia del testamento ológrafo en:

- La formalidad, el testamento cerrado no tiene, mientras que el testamento ológrafo tiene que ser redactado en forma manuscrita por el testador.
- La entrega, en el testamento cerrado se en forma pública, ante notario, mientras que el testamento ológrafo se hace en forma privada.

8).– El testamento cerrado se diferencia del testamento militar en:

- La naturaleza, el testamento cerrado es ordinario, mientras que el testamento militar es especial.
- Por el testador, el testamento cerrado puede ser otorgado por cualquier persona, mientras que el testamento militar solo por acuartelados, miembros de las fuerzas armadas, prisioneros de guerra, etc.

9).– El testamento cerrado se diferencia del testamento marítimo en:

- La naturaleza, el testamento cerrado es ordinario, mientras que el testamento marítimo es especial.
- Por el testador, el testamento cerrado puede ser otorgado por cualquier persona, mientras que el testamento marítimo sólo lo otorgan los navegantes de buque en travesía.

Tratado de los Testamentos. Vol. 1, pág. 1 y sgtes.

Tratado Elemental de Derecho Romano, pág. 514

Código Civil. Parte III. Exposición de Motivos y Comentarios. T. V., pág. 32

Manual de Derecho Civil y Comercial. T. VII, pág. 74.

Derecho de Sucesión. T. II, pág. 11.

Manual de Derecho Civil y Comercial. T. VII, pág. 75.

Teoría General del Acto Jurídico, pág. 79.

Código Civil. Parte III. Exposición de Motivos y Comentarios. T V, págs. 33 y 34

Ferrero, Augusto. El Derecho de Sucesiones en el Nuevo Código civil Peruano

Zarate del Pino, Juan Curso de Derecho de Sucesiones

Guillermo Lohmann Luca de Tena DERECHO DE SUCESIONES Vol XVII Tomo I