

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



La formalidad en los testamentos ordinarios:
relectura a la luz de la realidad social generada
por las tecnologías de la información

Tesis para obtener el grado académico de Magíster en Derecho
Civil que presenta:

Harry De Los Santos Aguilar

Asesor:

José Luis Gabriel Rivera

Lima, 2023

Informe de Similitud

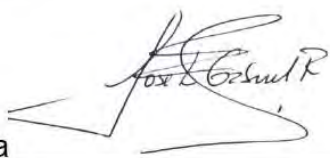
Yo, Jose Luis Gabriel Rivera, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis titulada «La formalidad en los testamentos ordinarios: relectura a la luz de la realidad social generada por las tecnologías de la información», del autor Harry De Los Santos Aguilar

dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 13 %. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 05/04/2023.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 17 de abril de 2023

Apellidos y nombres del asesor: Gabriel Rivera, Jose Luis	
DNI: 41431088	
ORCID: 0000-0001-7373-2710	
	Firma

Resumen.

Las tecnologías de la información han pasado a formar parte indispensable de nuestra vida cotidiana y, como parte importante en el modelamiento de nuestro comportamiento como sociedad, el campo del Derecho Sucesorio tiene la obligación de adaptarse a esta nueva realidad que se presenta, propiciando herramientas necesarias para poder regular de manera más receptiva, las facilidades que la tecnología nos brinda en cuanto a la posibilidad de otorgar testamentos en soportes no convencionales, como es el caso del soporte electrónico. Precisamente, el presente trabajo de investigación se ocupa de dar a conocer la barrera impenetrable en las que se han convertido las formalidades testamentarias que no permiten adoptar otros medios de expresar la voluntad del causante.

Y justamente, en el ámbito del *Common Law* existe una importante y creciente corriente jurisprudencial -liderada por Australia- que posibilita la validación de testamentos no convencionales o informales, dispensando el incumplimiento de formalidades testamentarias no esenciales.

Asimismo, se propone una regulación más flexible con respecto a las formalidades testamentarias, para así poder estar en concordancia con la realidad social generada por las tecnologías de la información.

Índice.

Introducción.	5
CAPÍTULO I: El testamento: definición y formalidades a través del tiempo.	6
1.1 El testamento: definición.	6
1.1.1 <i>Corpus Iuris Civilis</i> : una aproximación desde el derecho romano justiniano.	6
1.1.2 Definiciones en doctrina.	8
1.2 La regulación de las formalidades testamentarias.	10
1.2.1 <i>Corpus Iuris Civilis</i> .	11
1.2.2 Códigos Civiles: 1852, 1936 y 1984.	12
1.2.3 Códigos Civiles extranjeros.	14
i) Argentina: Código Civil 1869.	14
ii) Argentina: Código Civil y Comercial de la Nación 2014.	15
iii) Chile: Código Civil 1855.	16
iv) Colombia: Código Civil 1887.	18
v) España: Código Civil 1889.	18
vi) Francia: Código Civil 1804.	20
vii) Alemania: Código Civil 1896.	20
viii) Italia: Código Civil 1942.	21
ix) Queensland (Australia): <i>Succession Act 1981</i> .	22
x) Canadá: Código Civil de Quebec 1991.	23
xi) Estados Unidos de América: <i>Uniform Probate Code (1969)</i> .	24
1.3 Las formalidades generales de los testamentos.	25
1.3.1 Forma escrita.	26
1.3.2 Fecha de otorgamiento.	29
1.3.3 Nombre del testador.	31
1.3.4 Firma del testador.	31
1.3.5 Testigos testamentarios.	32
1.4 Las clases de testamentos ordinarios.	35

1.4.1 Testamento por escritura pública.	36
1.4.2. Testamento cerrado.	37
1.4.3. Testamento ológrafo.	39
1.5 El testamento y la firma digital.	39
1.5.1 El Artículo 141-A del Código Civil.	40
1.5.2 Antecedentes del Artículo 141-A del Código Civil.	40
1.5.3 Aplicación del Artículo 141-A del Código Civil al testamento.	43
1.6 Conclusiones.	44
CAPÍTULO II: El análisis de las formalidades testamentarias en la jurisprudencia del <i>Common Law</i> y la regla australiana del <i>Dispensing Power</i> .	46
2.1 Jurisprudencia en el <i>Common Law</i> .	46
2.1.1 Caso: Cinta de audio como parte integrante de un testamento escrito. <i>Estate D M Edwards: Treacey v Edwards [2000] NSWSC 846</i> - Nueva Gales del Sur, Australia.	47
2.1.2 Caso: Testamento con firma generada por ordenador. <i>Taylor v. Holt, 134 S.W.3d 830 Court of Appeals of Tennessee 2003</i> - Tennessee, Estados Unidos de América.	50
2.1.3 Caso: Testamento en ordenador. <i>In Re: The Estate of Gene E. Steed, Tex. App. Texarkana, 2004</i> - Texas, Estados Unidos de América.	51
2.1.4 Caso: Testamento en archivo digital «will.doc». <i>Alan Yazbek v Ghosn Yazbek & Anor [2012] NSWSC 594</i> - Nueva Gales del Sur, Australia.	53
2.1.5 Caso: Testamento ológrafo elaborado en una <i>Tablet</i> . <i>In re Estate of Javier Castro, 2013-ES-00140, Court of Common Pleas, Probate Division, Lorain County</i> - Ohio, Estados Unidos de América.	57
2.1.6 Caso: Testamento en <i>DVD</i> . <i>Mellino v Wnuk & Ors [2013] QSC 336</i> - Queensland, Australia.	59
2.1.7 Caso: Testamento en <i>IPhone</i> . <i>Yu [2013] QSC 322</i> - Queensland, Australia.	60
2.1.8 Caso: Testamento en mensaje de texto. <i>Re Nichol; Nichol v Nichol & Anor [2017] QSC 220</i> - Queensland, Australia.	61
2.1.9 Caso: Testamento en archivo digital. <i>Hubschi Estate (Re), 2019 BCSC 2040</i> - Columbia Británica, Canadá.	64
2.2 Jurisprudencia en el Sistema Jurídico Mixto o Híbrido.	67

2.2.1 Caso: Testamento grabado en disquete. <i>Rioux v. Coulombe (1996), 19 E.T.R. (2d) 201 Québec Superior Court - Quebec, Canadá.</i>	67
2.2.2 Caso: Testamento encontrado en ordenador portátil utilizado por empleado. <i>MacDonald v. The Master, 2002 (5) SA 64 (N) - Bloemfontein, Sudáfrica.</i>	68
2.2.3. Caso: Proyecto de testamento enviado por correo electrónico. <i>Van der Merwe v. Master of the High Court and another (605/09) [2010] ZASCA 99 - Bloemfontein, Sudáfrica.</i>	70
2.3 La regla del <i>Dispensing Power</i> .	73
2.3.1 Reporte de Queensland de 1978.	74
2.3.2 Reporte de Nueva Gales del Sur de 1986.	75
2.3.3 La regla del <i>Substantial Compliance</i> .	79
2.3.4. La regla del <i>Dispensing Power</i> .	82
2.4 Conclusiones.	83
CAPÍTULO III: ¿Es posible flexibilizar las formalidades de los testamentos en el Perú?	85
3.1 Explorando las voces foráneas.	85
3.1.1 México.	85
3.1.2 España.	87
3.1.3 Italia.	91
3.1.4 Estados Unidos de América.	93
3.2 La situación sucesoria en nuestra realidad.	95
3.3 Nuevas formas de testar.	97
3.3.1 Testamento en audio.	98
3.3.2 Testamento en video.	99
3.3.3 Testamento en ordenador.	100
3.3.4 Otras formas de testamento.	100
3.4 Testamento en soporte electrónico.	101
3.4.1 Soporte electrónico.	102
3.4.2 Firma digital.	102
3.4.3 Encriptación de documentos.	104
3.4.4 Sello electrónico de tiempo.	105
3.4.5 <i>Blockchain</i> .	106

3.5 Definición de testamento electrónico.	107
3.6 Bases para la regulación del testamento en soporte electrónico.	108
3.7 Palabras finales del autor.	110
3.8 Conclusiones.	111
Conclusiones Finales.	112
Bibliografía.	115
Anexo I: Propuesta de reforma legislativa.	126
Anexo II: Modelo de testamento en soporte electrónico con firma digital.	130
Anexo III: Enlaces a los pronunciamientos de los casos examinados.	132



Introducción.

El Código Civil peruano de 1984, fue concebido en una época en que las tecnologías de la información no se habían desarrollado tanto como hoy en día; y en particular esto se hace bastante evidente en la manera en cómo se han regulado las formalidades testamentarias para el caso de otorgamiento de testamentos ordinarios.

Para mejor entender la problemática, el capítulo primero del presente trabajo consiste en dar a conocer cómo es que se regulaban las formalidades testamentarias en el derecho justiniano, que no dista mucho de la actual regulación nacional, así como ocurre con la regulación extranjera. Asimismo, se realiza un análisis de cada una de las formalidades testamentarias para determinar si en realidad son esenciales o no para el otorgamiento de testamentos ordinarios. Igualmente, se analiza el artículo 141-A del Código Civil -el mismo que introduce la manifestación de voluntad haciendo uso de medios electrónicos- a efectos de conocer si se puede aplicar o no, para el caso de otorgamiento de testamentos ordinarios. En el segundo capítulo, se analizan diversas jurisprudencias ocurridas en el ámbito del *Common Law*, en las cuales se validan testamentos no convencionales o informales, con la finalidad de abstraer las reglas que permiten pronunciamientos de ese tipo; siendo que, del referido análisis se puede apreciar la utilización de la regla del *dispensing power*, desarrollado en Australia, y la regla del *substantial compliance* originado en los Estados Unidos de América. Finalmente, en el tercer y último capítulo, se explora la situación actual del campo sucesorio en nuestra realidad nacional y se da a conocer los mecanismos tecnológicos que nos permitirían regular al testamento otorgado en soporte electrónico, lo cual nos pondría a la vanguardia en materia testamentaria en esta parte del mundo.

CAPÍTULO I:

El testamento: definición y formalidades a través del tiempo.

El testamento, una institución propia del Derecho de Sucesiones, es uno de los actos con mayor valor histórico y cultural de todos los tiempos.

A través de los testamentos, podemos conocer un poco acerca de la historia que gira alrededor de una persona y cómo es la forma en que planificaba sus asuntos patrimoniales o no, para después de su muerte. Incluso en nuestros días existen -además de libros- diversos sitios en *Internet* en donde podemos ubicar los testamentos otorgados por personajes históricos o famosos.

Sabemos que, el testamento es un acto de máxima formalidad y esto debido a que se pretende con ello, lograr la seguridad jurídica de su contenido, asimismo como condición de validez del propio acto, debido a que la forma en si misma constituye un presupuesto esencial para la relevancia jurídica que debe ostentar el acto en cuestión (Giorgianni 1968: 996-998). Probablemente sea aquella la razón por la cual durante tanto tiempo las formalidades testamentarias han sido tan rigurosas o estrictas, siendo que su inobservancia conlleva a la nulidad del testamento mismo. Y es pues que, lo que se busca a través de estas formalidades, no es más que mantener incólume la voluntad del testador para evitar su distorsión o cualquier otro hecho que determine la desviación de la voluntad declarada por el otorgante. Precisamente y para mejor comprender esta institución, procederemos a revisar la definición de testamento que desde la época justiniana en adelante ha tenido esta institución.

1.1 El testamento: definición.

1.1.1 *Corpus Iuris Civilis*: una aproximación desde el derecho romano justiniano.

La monumental obra de Justiniano, el *Corpus Iuris Civilis*, es nuestro punto de partida debido a que es el texto de referencia y base de los principales ordenamientos jurídicos del mundo, tomando en consideración que es la colección de textos legales mejor conservada y más

estudiada durante varias épocas. Empero, Talamanca evidencia que la institución del testamento tiene un origen anterior a la Ley de las XII Tablas, siendo sus más antiguas referencias el «*testamentum calatis comitiis*», el testamento «*in procinctu*» y la más antigua forma de legado denominada «*manumissio testamento*», principalmente (1990: 716).

Recordemos pues, que su contenido tiene vigencia hasta el día de hoy y nos ayuda a comprender instituciones del pasado para adecuarlas a situaciones presentes, no solo por su contenido jurídico, sino también porque de estas instituciones romanas se pueden establecer criterios guías y llegar a la esencia misma de una determinada institución jurídica.

Y es así que, en las Instituciones ubicamos en el Libro II, al Título X denominado: *De Testamentis Ordinandis*, que en la traducción realizada por García del Corral (1889) -texto en el cual nos basamos en adelante cuando se haga referencia al *Corpus Iuris Civilis* o a cualquiera de sus libros- viene a significar De Las Formalidades Para Hacer Los Testamentos, en donde tenemos este primer acercamiento hacia lo que es un testamento, en I.2.10.principio; a saber: *Testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est*, o en su traducción: Llámese testamento, porque es testimonio de la mente.

Es pues esta, una aproximación más o menos exacta de lo que pudo haber sido la manera en que los romanos concebían al testamento en aquella época, y es de las pocas referencias documentadas con la que contamos en la actualidad.

No obstante, en el Digesto encontramos una definición de testamento que se le atribuye a Modestino -un jurista de la época- en la cual se señala que: «El testamento es la justa expresión de nuestra voluntad respecto a lo que cada cual quiere que se haga para después de su muerte» (D.28.1.1), debiendo de resaltarse que este concepto carece del componente patrimonial que luego sería añadido por la doctrina especializada. Cabe precisar también que, en el testamento romano la institución del heredero era clave para la validez del mismo, tan es así, que debía de ser la primera disposición testamentaria con la que empezaba el testamento, las fórmulas empleadas comúnmente eran: «*Titius heres esto*», «*Titium heredem esse iubeo*» o «*Titium heredem esse volo*» entre otras fórmulas. (Talamanca 1990: 726 - 727).

El aporte de Modestino, tiene más concordancia con la manera en que la doctrina contemporánea ha definido al testamento, lo cual pasaremos a revisar a continuación. Sin embargo, es preciso puntualizar en que para la época del derecho justinianeo, no estaba ni en proyecto la aparición del papel o la imprenta, situación que evidencia que la regulación que se tenía con respecto a las formalidades testamentarias, estaba en relación a sus propias limitaciones tecnológicas, y por tanto es de nuestro parecer que los códigos actuales debieron

acoger las nuevas realidades fruto de la intromisión de la tecnología en nuestras vidas, y no mantenernos anclados a una regulación que a todas luces escapa de nuestra actual realidad.

1.1.2 Definiciones en doctrina.

Revisando la doctrina nacional en relación a la definición de testamento encontramos que, no es muy apartada de lo expuesto anteriormente, a modo de ejemplificar lo señalado tenemos que, «[...] 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.» (Vidal 1986: 514).

Para Castañeda, «[e]l negocio jurídico por el que el causante llamado testador, decide qué destino tendrá su patrimonio para después de su muerte, es el testamento.» (1975: 7), prácticamente es lo que sostuvo Modestino desde épocas del derecho justiniano; sin embargo, se le agrega el contenido patrimonial del cual carecía previamente.

Por su parte Lohmann sostiene que «[e]l testamento es, en esencia, no sólo un documento, sino principalmente un acto jurídico de naturaleza dispositiva que la mayoría de los autores considera de carácter negocial (...)» (1996: 34). Agrega el referido autor nacional que «el testamento en la dogmática general de los actos y negocios jurídicos es la que lo conceptúa como un acto de autonomía privada por el cual el testador declara su voluntad con intención de disponer sobre intereses y relaciones que le pertenecen y respecto de las cuales instruye, vale decir, establece un reglamento de intereses de contenido preceptivo.» (1996: 44). Este autor no hace referencia al contenido patrimonial como se vio líneas antes, sino que emplea las palabras «intereses y relaciones» que denotan una amplitud en las situaciones jurídicas que podrían abarcar la esfera jurídica del testador.

Siguiendo con el reconocido jurista nacional Fernández Arce, el testamento consiste en un acto jurídico unilateral, unipersonal, escrito y solemne; por medio del cual un individuo va a disponer de manera total o parcial de sus bienes para después del fallecimiento del mismo y todo esto hace que sea garantizada la autenticidad y espontaneidad en la declaración del otorgante (2014: 173), vemos pues como el autor no solamente hace mención a la definición del testamento sino que también nos presenta algunas de sus características. Este autor, hace referencia a la disposición de los «bienes» del testador, retomando la propuesta de Castañeda en el sentido de involucrar al patrimonio del testador, lo que implica no otorgar importancia a las disposiciones no patrimoniales que podría contener todo testamento, como sería el reconocimiento de un hijo, por ejemplo.

Otra parte de la autorizada doctrina nacional sostiene que el testamento consiste en una «declaración de última voluntad que hace una persona disponiendo de sus bienes y de asuntos que le atañen, para después de su muerte.» (Ferrero 2012: 345), siempre pues englobando la definición proveniente del derecho justiniano, más acorde también a lo expresado por Lohmann, no ciñéndose estrictamente al campo de lo patrimonial, sino que se trata de ser más amplios en los alcances.

Conforme a lo expuesto hasta este momento, recordamos con Saavedra que «en el testamento romano la institución de heredero era fundamental. El testamento era en dicha época un mecanismo de transmisión patrimonial o de asunción de obligaciones, en virtud a lo cual se tornaba imperativo que el testador disponga de la totalidad de sus bienes» (2013: 272). En nuestra normativa no se hace referencia expresa a la institución de heredero, a diferencia de lo que ocurría en el derecho romano, lo que sí se precisa son los componentes de la masa hereditaria, situación que es acogida por el artículo 660 del Código Civil peruano que señala lo siguiente: «[d]esde el momento de la muerte de una persona, los bienes, derechos y obligaciones que constituyen la herencia se transmiten a sus sucesores». Queda claro que el testamento puede contener disposiciones de tipo patrimonial, así como también disposiciones de tipo no patrimonial, y esto ha sido recogido en el artículo 686 del Código Civil peruano, en cuanto refiere a que «por el testamento una persona puede disponer de sus bienes [...]. Son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial [...]». Y justamente con respecto a este preciso artículo que tiene su antecedente en el texto del artículo 587 del Código Civil italiano, Saavedra expone que en relación a las disposiciones no patrimoniales «el legislador peruano, consciente o inconscientemente, nos ha hecho un favor, puesto que no se puede poner en duda la auténtica naturaleza testamentaria» de las mismas (2008: 245). Debido pues, a que la norma italiana contempla en su segundo párrafo que las disposiciones de carácter no patrimonial tienen eficacia, si se encuentran contenidas en un «*atto che ha la forma del testamento*», dándose a entender que «el contenido típico sigue siendo en tal país, como lo era en la época romana, la institución del heredero.» (Saavedra 2008: 245).

Pasando a revisar alguna doctrina extranjera, encontramos que el autor español Lledó, nos explica que en el año 1958 el Tribunal Supremo español describe al testamento como un acto o negocio jurídico que tiene las características de ser solemne, unilateral y revocable; el mismo que debe de ser otorgado por una persona capaz, el cual, mediante su declaración, tenga toda la intención de generar consecuencias jurídicas para después de su muerte (1998: 81).

Asu vez, Zannoni comentando el artículo 3607 del anterior Código Civil argentino refiere que: «[l]a definición legal connota el contenido patrimonial del testamento, como acto de disposición de bienes, para después de su muerte[...]» (1983: 279).

Para Fornieles, «[e]l testamento es un acto escrito, revocable, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone de todo o parte de sus bienes para después de la muerte» (1950: 123 – 124), definición que es adoptada por el mencionado autor, en función a lo dispuesto por el Código Civil argentino de 1869.

Como es de verse de lo sostenido por diversos autores, nacionales y extranjeros, la mayor parte de ellos coinciden en que el testamento es el acto por el cual una persona va a disponer de sus bienes para el momento posterior a su fallecimiento, expresando su voluntad mediante el testamento. Estas definiciones no están tan apartadas de lo que en un primer momento sostuvo Modestino cuya definición, como vimos anteriormente, fue recogida en la obra de Justiniano.

Es preciso dejar indicado que el vigente Código Civil peruano no contiene una definición o concepto acerca de lo que debemos entender por testamento, más bien en su artículo 686 nos muestra cuál es la finalidad del testamento, su utilidad en buena cuenta (Lohmann 1996: 47); y creemos que el hecho que nuestro ordenamiento no haya previsto la definición del testamento es correcto, toda vez que si así hubiese sido, el concepto de testamento no vería la posibilidad de evolucionar, es mejor que dicha tarea sea encargada a la doctrina especializada y en todo caso a la jurisprudencia; quienes son los que mejor pueden aportar a la formulación de su definición, sus alcances y su interpretación.

1.2 El testamento: regulación de sus formalidades.

Este documento -hablamos de documento puesto que el testamento verbal no está permitido por nuestra legislación- denominado testamento, debe de cumplir con ciertas formalidades que desde la época del derecho justiniano han sido establecidas para dotarle de mayor seguridad y, en consecuencia, poder conservar la voluntad del testador sin que esta sea modificada, alterada o distorsionada; con la finalidad que una vez llegado el momento de la muerte del testador surta todos sus efectos legales, tal y como el causante lo hubiese deseado. Las formalidades testamentarias consisten pues, en que el testamento sea otorgado de manera escrita -en tiempos pasados, en nuestra normativa, se admitía el testamento verbal (Artículo 652 del Código Civil peruano de 1852), y según Lanatta su existencia provenía del derecho autóctono (1974: 28), de nuestra parte creemos que la supresión del testamento verbal es un desacierto por parte de nuestro ordenamiento, toda vez que aun en estos tiempos existen

pueblos en donde prima el derecho consuetudinario-, que se indique el nombre del testador, que sea fechado y firmado por el otorgante; y para algunos tipos de testamentos es necesario contar con la intervención de testigos del acto. Por lo que corresponde ahora revisar cómo es que se regularon las formalidades testamentarias en épocas del derecho romano justinianeo y lo regulado por nuestros Códigos Civiles peruanos de 1852, 1936 y 1984.

1.2.1 *Corpus Iuris Civilis.*

En el derecho justinianeo encontramos, de una manera algo dispersa, las formalidades que debían de cumplirse para el otorgamiento de un testamento válido; es decir, que no se muestra un catálogo preciso de las formalidades como ocurre en los códigos civiles actuales, sino que éstas dependían de la ocasión en que era otorgado el testamento.

A manera de ejemplo, encontramos en I.2.10.10 referencias con respecto a que los testigos no podían tener vínculo de parentesco con el otorgante: «[p]ero ni el heredero instituido, ni el que está bajo su potestad, ni su padre que lo tiene bajo la suya, ni sus hermanos que se hallan bajo la del mismo padre, pueden ser presentados como testigos, porque todo este negocio en que se trata del otorgamiento de un testamento, se cree hoy que se celebra entre el testador y el heredero» (García Del Corral 1889: 50), situación que se encuentra regulada en nuestro ordenamiento como veremos posteriormente. Más adelante en I.2.10.12 se señala lo siguiente: «[m]as nada importa que el testamento sea hecho en tablas, o en papel, o en pergaminos, o en otra cualquiera materia» (García Del Corral 1889: 51), en suma, superficies que permitan soportar la escritura del otorgante, la idea era pues que el testamento sea redactado en un soporte material que pueda resistir el paso del tiempo y que pueda evidenciar la voluntad del otorgante, plasmada en un soporte idóneo para su conservación, aunque cabe agregar, que en esta época el testamento verbal era perfectamente válido.

En cuanto al número de testigos, tenemos la referencia en I.2.10.14, en donde se indica que «[...] si alguno hubiere querido disponer con arreglo al derecho civil su testamento sin escrito, sepa que, ministrados siete testigos y manifestada ante ellos su voluntad, este testamento es perfectísimo por derecho civil y declarado firme.» (García Del Corral 1889: 51); es preciso dejar señalado que, en los casos del testamento escrito se requería contar con la presencia de cinco testigos, y según el tipo de testamento otorgado -verbal o escrito- los testigos testamentarios tenían que cumplir con ciertos requisitos, como por ejemplo ser vecinos del lugar.

Lo dispuesto por el derecho justinianeo establece las bases para la regulación de las formalidades testamentarias de nuestros actuales códigos civiles como veremos en las líneas siguientes.

1.2.2 Códigos Civiles peruanos: 1852, 1936 y 1984.

Es importante también dar una rápida revisión acerca de cómo es que se regularon las formalidades testamentarias comunes a todos los testamentos en nuestros códigos civiles de 1852, 1936 y 1984. Para esto recurrimos al texto mismo de las normas contenidas en dichos cuerpos legales y encontramos lo siguiente:

Código Civil 1852: «Artículo 657. En todo testamento se expresará el nombre, patria, edad, estado, y domicilio del testador, y el lugar, día y hora en que se otorga.»

Cabe precisar que en este código se requería de la presencia de cinco testigos para otorgar cualesquiera de los testamentos ahí regulados (por escritura pública, por escritura privada o de manera verbal), salvo en el testamento cerrado para el cual se requería de la presencia de siete testigos. Y fue este el código que reguló el otorgamiento del testamento verbal, únicamente en casos de extrema necesidad, tal como lo podemos encontrar en la redacción de su artículo 664: «No podrá hacerse testamento verbal, sino en caso de extrema necesidad». Y a decir de Lanatta, el testamento verbal subsistió en aquella época sobre todo en el derecho consuetudinario de la población indígena (1974: 28). El referido autor nos explica que dicha norma tiene su antecedente en la Novísima Recopilación, Libro X, Título XIII, Ley Primera (Lanatta 1978: 125).

Del propio texto de la norma podemos advertir que las formalidades testamentarias se dividen en dos aspectos: i) las generales de ley del testador (nombre, patria -nacionalidad-, edad, estado [civil], y domicilio); y, ii) datos del otorgamiento (lugar, día -fecha- y hora). Lo primero con motivo de identificar al otorgante y lo segundo con motivo de aportar evidencia acerca del momento mismo de la facción del testamento.

Nótese que estas formalidades generales no son en estricto esenciales para el otorgamiento de un testamento válido; a manera de ejemplo, no es de nuestro parecer que un testamento pueda ser invalidado por la falta de indicación de nacionalidad del testador o por la falta de indicación de su domicilio.

Código Civil 1936: «Artículo 685.- Todo testamento debe indicar nombre, estado, nacionalidad y domicilio del testador, y el lugar y la fecha en que se otorga.»

A diferencia del caso anterior, se suprimió la referencia a la patria, edad y la hora en que se otorgaba el testamento, con lo cual se relajaron en algo las formalidades testamentarias.

Pese a ello, en su calidad de miembro de la Comisión Revisora del Código Civil de 1936, Lanatta expone que la redacción del artículo bajo comentario es defectuosa, puesto que -al igual que como ocurre con el Código Civil de 1852-, se podría pensar que «las cuatro primeras palabras de su texto parecen indicar que se trata de una disposición imperativa y que, como se refiere a las formalidades de testamento, que es acto solemne, cabe suponer que la omisión de algunos de estos requisitos traería la nulidad del acto, lo cual no es así» (1985: 39).

En relación a los testigos, para el testamento por escritura pública se estableció el número de tres testigos, y el testamento cerrado requería de la intervención de cinco testigos.

Asimismo, se dejaron de lado al testamento verbal, al testamento por escritura privada y al testamento militar, suprimiendo su regulación.

Para compensar la supresión de los testamentos antes referidos, se introdujo al testamento ológrafo, y en opinión de Lanatta, este fue un gran acierto del código debido a que -para la época- este testamento estaría al alcance de la mayoría de personas, pudiendo testar libremente (2015: 27).

No compartimos el hecho de haberse suprimido el testamento verbal, debido a que la oralidad es una característica resaltante de algunas localidades de nuestro pluricultural país. Además, cómo se explica el hecho que en algunos países aún se regula al testamento verbal, como es el caso del Código Civil alemán, entre otros más y que, si bien el testamento verbal está pensado para casos de peligro inminente, este código no consideró regular una situación como aquella. No obstante, en nuestra realidad pudo haber funcionado para zonas en las cuales la tradición oral es mantenida.

Código Civil 1984: «Artículo 695.- Las formalidades de todo testamento son la forma escrita, la fecha de su otorgamiento, el nombre del testador y su firma, salvo lo dispuesto en el artículo 697. Las formalidades específicas de cada clase de testamento no pueden ser aplicadas a los de otra.»

La novedad en este artículo es la regulación expresa de la forma escrita para los testamentos, reforzando la idea de prohibición del testamento verbal. Ahora bien, la indicación de «forma

escrita» puede ser materia de interpretación pudiendo entenderse no solo a la escritura caligráfica, sino también a la escritura haciendo uso de medios mecánicos o similares; evidentemente, al momento de regularse cada una de las clases de testamento -escritura pública, cerrado y ológrafo- vemos que la intención es que la forma sea manuscrita.

Sin embargo, según lo expone Saavedra, en las fuentes romanas no se hace referencia a que el testamento tenga el carácter de escrito, por lo que exigir la escritura sería una suerte de requisito forzado por parte de la doctrina (2013: 270-271), y que el legislador acoge sin haber reparado que la oralidad es una formalidad en sí misma.

En cuanto al número de testigos que intervienen, para el testamento por escritura pública se regula la necesaria intervención de dos testigos. Para el testamento cerrado no se hace referencia a la intervención de testigos, salvo para el momento en que se hace entrega al notario público del documento cerrado que contiene al testamento en su interior, en que se requiere de la presencia de dos testigos. Asimismo, no se requiere de la intervención de testigos para el otorgamiento del testamento ológrafo, más si se requiere de tres testigos que conozcan la letra y firma del testador, para el momento de la comprobación judicial de este tipo testamento a falta de otros elementos de cotejo.

Nuevamente, para este caso el legislador optó por seguir relajando aún más las formalidades testamentarias, y ello evidencia que con el pasar del tiempo se hace necesario que la norma requiera de ser amoldada a la situación social actual en la que es gestada.

1.2.3 Códigos Civiles extranjeros.

Corresponde ahora, revisar las formalidades testamentarias en los ordenamientos jurídicos de algunos países que comparten nuestra tradición jurídica del *Civil Law*, así como también sistemas adscritos al *Common Law* y sistemas mixtos, para evidenciar que compartimos la misma estructura heredada de los tiempos del derecho justinianeo, y a manera de evidenciar las influencias que ha recibido nuestro ordenamiento particularmente del derecho italiano, para el caso del libro de sucesiones. De otro lado, se pretende que el lector tenga conocimiento de la manera en que se regulan las formalidades testamentarias en el *Common Law* y sistemas mixtos, a efectos de contrastar con la regulación existente en los sistemas del *Civil Law*.

i) Argentina: Código Civil 1869.

En el caso de este código, actualmente derogado, se regulan como formas ordinarias de testar: el testamento ológrafo, el testamento por acto público y el testamento cerrado. En ese

sentido, cada uno de estos testamentos tiene sus propias solemnidades las cuales pasaremos a revisar a continuación.

Según el artículo 3.639, para el caso del testamento ológrafo las formalidades a considerarse para que sea válido, consisten en que el testamento necesariamente debe ser escrito en su totalidad, debe de ser fechado y además firmado por la mano misma del testador; y como consecuencia lógica de la falta de alguna de estas formalidades, anula en todo su contenido al testamento. El orden de los tres requisitos es similar al empleado en nuestra norma, de lo cual se puede inferir que la firma como último elemento, implica la finalización o culminación del acto testamentario.

En cuanto al testamento por acto público, este debe ser hecho ante escribano público -en nuestro caso notario público- y tres testigos residentes en el lugar de su otorgamiento, así lo ha establecido el artículo 3.654, a diferencia de nuestra norma que tan solo requiere de dos testigos.

Asimismo, es obligación del escribano consignar el lugar en el que es otorgado el testamento, al igual que la fecha de su elaboración, añadiendo las generales de ley de los testigos que intervienen en el acto y del testador; con la indicación de haber elaborado el testamento o de haber recibido las disposiciones por parte del otorgante, a tenor de lo prescrito en el artículo 3.657. Como puede advertirse, existen dos posibilidades para el testador, o bien dicta sus disposiciones o bien entrega por escrito sus disposiciones, lo cual es similar a lo regulado en el artículo 696 inciso 2) del Código Civil peruano.

En cuanto al testamento cerrado, el artículo 3.666 estipula que este debe ser firmado por el testador, y el pliego que lo contenga debe de ser entregado al escribano público, contando con la presencia de cinco testigos que sean residentes del lugar, expresando el otorgante que lo contenido en aquel pliego es su testamento. Finalmente es obligación del escribano dejar indicado al extender el acta en la cubierta del testamento, el nombre, apellido y residencia del testador, de los testigos del acto, así como también indicar el lugar, día, mes y año en que ocurre el acto. Creemos que el número de testigos es bastante alto -evocando a los numerosos testigos en los testamentos romanos- a diferencia de nuestro caso, en el cual es suficiente la presencia de dos testigos.

ii) Argentina: Código Civil y Comercial de la Nación 2014.

Este nuevo Código Civil que entró en vigencia recientemente en la hermana República de Argentina, al igual que su predecesor, establece formalidades según el testamento que se desee otorgar: testamento ológrafo o testamento por acto público.

La novedad de este código es que opta por suprimir definitivamente al testamento cerrado de su articulado, situación con la cual nos encontramos conformes al ser un testamento que carece de utilidad práctica, tal como se refiere en los comentarios a su artículo 2473: «En el sistema anterior se permitía además el testamento cerrado (arts. 3665 a 3671 CC), que no ha sido receptado en el CC y C [Código Civil y Comercial], en virtud de la complejidad de sus requisitos y su escasa utilización en la práctica» (Lloveras et al. 2015: 219).

En cuanto a las formalidades tenemos que, para el testamento ológrafo, el artículo 2477 establece los requisitos formales para su otorgamiento. Estos requisitos consisten en que el testamento ológrafo sea íntegramente escrito con los caracteres propios del idioma en que es otorgado, además que sea consignada la fecha y firma por la propia mano del testador. La consecuencia de la inobservancia de dichas formalidades es sancionada con la invalidez del testamento.

Asimismo, se indica que la firma debe estar después de las disposiciones que contiene el testamento, en buena cuenta al final de la redacción, y tratándose de la fecha, esta puede colocarse antes de la firma o después de ella. Como señalamos anteriormente, colocar la firma en último lugar da la idea de finalización de acto.

Para el caso del testamento por acto público, el artículo 2479 establece como requisitos que este tipo de testamento sea otorgado mediante escritura pública, en presencia del escribano autorizante y de dos testigos hábiles -o capaces-, cuyas generales de ley deben de ser consignadas en la escritura pública a extenderse. Vemos pues, que se redujo en cantidad el número de testigos, a tan solo dos, lo cual es compartido por nuestra norma nacional.

Una vez concluida la redacción del testamento, tanto los testigos del acto como el testador deben de dar lectura al testamento y estampar sus firmas en señal de conformidad con su contenido. Es necesario para este caso que, los testigos deben estar presentes desde el momento mismo en que se comienza con la redacción del testamento hasta su culminación sin interrupción alguna, de lo cual el escribano autorizante debe dejar constancia de manera expresa, a diferencia de nuestro ordenamiento que permite la suspensión de la facción del testamento, existiendo la posibilidad de continuarla en un momento posterior, como en efecto lo regula el artículo 698 del Código Civil peruano.

iii) Chile: Código Civil 1855.

Al igual que en el caso argentino, este código regula las solemnidades en función al tipo de testamento que se desee otorgar.

El artículo 1008 de este código regula las clases de testamento de la manera siguiente:

«Testamento solemne es aquel en que se han observado todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere.

El menos solemne o privilegiado es aquel en que pueden omitirse algunas de estas solemnidades, por consideración a circunstancias particulares, determinadas expresamente por la ley.

El testamento solemne es abierto o cerrado.»

En nuestro medio, se denomina a los testamentos solemnes como ordinarios, y a los testamentos menos solemnes como especiales.

Siguiendo con lo regulado en este cuerpo normativo, encontramos que en el artículo 1014, se ordena que el testamento solemne y abierto -en nuestro caso testamento otorgado en escritura pública- debe de ser otorgado ante el escribano competente y ante tres o cinco testigos, número mayor al regulado en nuestra norma.

Más adelante el mismo código en su artículo 1016, manda que en el testamento se exprese:

«el nombre y apellido del testador; el lugar de su nacimiento; la nación a que pertenece; si está o no vecindado en Chile, y si lo está, la comuna en que tuviere su domicilio; su edad; la circunstancia de hallarse en su entero juicio; los nombres de las personas con quienes hubiere contraído matrimonio, de los hijos habidos en cada matrimonio, de cualesquier otros hijos del testador, con distinción de vivos y muertos; y el nombre, apellido y domicilio de cada uno de los testigos».

Igualmente, se expresarán: el lugar, día, mes y año del otorgamiento; además de los datos del escribano ante el cual se ha otorgado el testamento, de ser el caso. El reparo en los detalles requeridos se asemeja a nuestras anteriores regulaciones; sin embargo, no todos esos datos con requisitos esenciales.

Finalmente, el artículo 1018, indica que se da por concluido el testamento consignando las firmas del testador y testigos, y de ser el caso la firma del escribano que hubiese participado del acto.

De otro lado, encontramos al testamento solemne cerrado regulado en el artículo 1021. Este artículo refiere que este tipo de testamento debe de otorgarse ante la presencia de un escribano y de tres testigos del acto.

Existe, asimismo, una disposición en el artículo 1023, el cual señala que el testamento deberá estar escrito o por lo menos firmado por el testador. Igualmente, el escribano expresará en el «sobrescrito o la cubierta, bajo el epígrafe testamento, la circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio; el nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos; y el lugar, día, mes y año del otorgamiento». Finalmente, se concluye este testamento

con las firmas del testador y de los testigos testamentarios, además de contar con la firma del escribano autorizante, sobre la cubierta.

Y durante el otorgamiento del testamento deben de estar presentes, además del testador, un mismo escribano y unos mismos testigos, y no habrá interrupción alguna sino en los breves intervalos que algún incidente lo exigiere, de lo cual se debe dejar constancia.

Un dato adicional es que este Código Civil aun regula al testamento otorgado de manera verbal, el cual debe otorgarse ante la presencia de tres testigos y en casos de peligro inminente, cuando no sea posible otorgar testamento solemne, situación que creemos debería de replicarse en nuestro ordenamiento debido a su utilidad en casos extremos.

iv) Colombia: Código Civil 1887.

Este código fue una adaptación del Código Civil chileno y es por ello que el tratamiento de las formalidades testamentarias es bastante similar al de su par chileno.

En su artículo 1064 se encuentran regulados dos clases de testamento: solemne y menos solemne. Siendo que el testamento solemne es el que se encuentra investido de todas las formalidades ordinarias que la ley exige, mientras que en el menos solemne o privilegiado, las formalidades son atenuadas en atención a circunstancias excepcionales previstas en la propia ley. Asimismo, el testamento verbal se encuentra regulado como testamento privilegiado -artículos 1087 y siguientes-, al igual que en el caso anterior.

En cuanto a los testamentos solemnes, el referido artículo nos muestra que están comprendidos en esta categoría el testamento abierto y el testamento cerrado.

El testamento abierto es aquel otorgado ante notario público y ante la presencia de testigos, mientras que por su parte el testamento cerrado es aquel que se mantiene en secreto siendo de conocimiento únicamente por parte del testador.

El artículo 1067 del referido código, establece que el testamento solemne es siempre escrito. Más adelante el artículo 1070, ordena que el testamento solemne y abierto se otorguen ante notario competente y en presencia de tres testigos. Asimismo, se regula que, en aquellos lugares en los que no hubiese notario, el artículo 1071 requiere que los testigos aumenten al número de cinco. Igualmente, en el artículo 1073 se regula las formalidades que deben estar contenidas en el testamento, en los mismos términos que establece su par chileno, sin mayor modificación.

v) España: Código Civil 1889.

Este cuerpo normativo establece, en su artículo 676, que el testamento puede ser común o especial. Siendo testamentos comunes los siguientes: ológrafo, abierto o cerrado.

Para el caso del testamento ológrafo, se establece como formalidades las siguientes: que sea escrito en su totalidad y firmado por el propio testador con indicación de la fecha de su otorgamiento -año, mes y día-, según lo normado en el artículo 688.

El artículo 694 establece como formalidades del testamento abierto, que debe ser otorgado ante notario hábil, el cual redactará el contenido de mismo según lo expresado por el testador, y luego de su lectura, deberá ser firmado; asimismo, se debe de indicar el lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento, tal como lo regular el artículo 695.

En cuanto al testamento cerrado, la formalidad es que este debe de ser escrito, asimismo el artículo 706 establece que, si el testamento fuera redactado por el puño y letra del propio testador, deberá de colocar al final su firma. En el caso que estuviese escrito por cualquier medio mecánico o por otra persona a ruego del testador, éste pondrá su firma en todas sus hojas y al final del testamento para dar su conformidad con el contenido del mismo.

El artículo 707 por su parte, establece las solemnidades a seguir para este tipo de testamento:

- a) El soporte de papel que contenga el testamento deberá de ser puesto dentro de una cubierta, cerrada y sellada de tal manera que no pueda extraerse aquél sin romperla.
- b) El testador deberá de apersonarse con su testamento cerrado y sellado, o lo cerrará y sellará en el acto, ante notario público competente.
- c) Ante la presencia del notario público, el mismo testador debe de manifestar expresamente que el pliego que le presenta contiene su testamento, haciendo saber si se halla escrito y firmado por él mismo o si está escrito por una tercera persona o elaborado haciendo uso de cualquier medio mecánico, habiendo sido firmado en todas sus hojas por el testador.
- d) A continuación el notario público deberá de extender sobre la cubierta del testamento la correspondiente acta de otorgamiento de testamento, dejando indicado los datos del testador y dando fe de haberlo identificado propiamente, además de indicar que el testador tiene la capacidad legal suficiente para otorgar testamento.
- e) Una vez extendida y leída el acta, esta deberá de ser firmada por el testador, e igualmente el notario público hará lo propio para darle la formalidad necesaria al documento que ante él se ha otorgado.
- f) Igualmente en el acta deberá de constar los datos del lugar, hora, día, mes y año en que ha sido otorgado el testamento.
- g) Finalmente, en caso de haberlo solicitado el propio testador o el notario público, deberán de concurrir al acto de otorgamiento dos testigos idóneos.

vi) Francia: Código Civil 1804.

Este código que tiene más de 200 años de vigencia, el cual fue modificado en el año 2016, ha sido de gran influencia en el derecho peruano, así como en otros ordenamientos de esta parte del mundo.

En su artículo 969, se han regulado los siguientes testamentos: el testamento ológrafo, el testamento por acto público y el testamento en forma mística o también llamado cerrado.

Para el testamento ológrafo se ha establecido en su artículo 970 que este será válido siempre y cuando sea enteramente escrito, fechado y firmado de la propia mano del testador, la idea aquí es pues que el testamento sea obra del propio testador desde su inicio hasta su final, lo cual va a permitir establecer el vínculo entre testador y testamento, al momento de su comprobación.

En el caso de los testamentos por acto público, el artículo 971 manda a que este sea otorgado de cualesquiera de las siguientes maneras: i) ante dos notarios, siendo que el testador debe de dictarles su voluntad, y el notario puede o bien escribirlo a mano o mecánicamente; o en su caso, ii) ante un notario y en presencia de dos testigos. En ambos casos, el notario tiene la obligación de dar lectura del contenido del testamento al testador para verificar que este contenga la voluntad expresada ante dicho funcionario. Como lo ordena el artículo 973, este tipo de testamento debe ser firmado por el testador en presencia de los testigos y del notario; estos últimos nombrados también deben de consignar su firma en el testamento, según lo previsto en el artículo 974.

Finalmente, para los testamentos místicos o cerrados, a tenor de lo dispuesto por el artículo 976, el papel que contenga el testamento debe estar contenido en un sobre, el testador puede redactarlo a mano o por medios mecánicos; el mismo que debe ser presentado ante notario en presencia de dos testigos; cerrado, sellado y precintado o puede hacerlo en presencia de aquellos; declarando que el contenido del documento es su testamento, y de haberlo firmado y escrito por su propia mano o por la de un tercero, asimismo deberá de indicar el modo de escritura empleado para la redacción del testamento lo cual puede hacerse mediante escritura a mano o utilizando medios mecánicos. A su vez, el notario elaborará el acta de suscripción, la cual puede ser hecha a mano o mediante el uso de medios mecánicos, en el papel o la cubierta que contiene el testamento, indicando la fecha y lugar del otorgamiento, dicha acta será entonces firmada por el testador, el notario y los testigos.

vii) Alemania: Código Civil 1896.

El *Bürgerliches Gesetzbuch* o más conocido como *BGB*, ha regulado al testamento otorgado mediante declaración ante notario y el testamento ológrafo en su artículo 2231, como las formas ordinarias de otorgar testamento.

En el primer caso el testador puede declarar su última voluntad ante notario o puede entregar al notario el documento conteniendo su testamento, no siendo necesario que haya sido redactado por el mismo testador.

En el segundo caso, el testamento ológrafo debe ser redactado por la propia mano del testador indicando el día, mes, año y lugar de elaboración, además de contener la firma del testador.

Una de las particularidades de este código es que, en su artículo 2250, admite el testamento verbal otorgado ante tres testigos, como única formalidad, solo para casos de emergencia en los cuales no se pueda otorgar un testamento ordinario. En este caso, si el testador continúa vivo luego de tres meses de haber otorgado un testamento de manera verbal, se considerará como si no se hubiese realizado, según lo dispuesto en el artículo 2252.

viii) Italia: Código Civil 1942.

En este código se encuentran regulados, como formas ordinarias de otorgar testamentos, los siguientes: el testamento ológrafo y el testamento otorgado ante notario, el cual puede ser público o secreto; así lo dispone su artículo 601.

En lo concerniente al testamento ológrafo, el artículo 602 manda que este sea escrito en su totalidad, fechado -día, mes y año- y firmado por la propia mano del testador. Haciendo énfasis en que la firma debe de colocarse al final del documento.

Tratándose del testamento otorgado de manera pública, según el artículo 603, este es otorgado ante notario y contando con la presencia de dos testigos. Seguidamente, el testador manifiesta su voluntad la cual es recogida por el notario quien procede a redactar el testamento, y al finalizar le da lectura del mismo al testador en presencia de los testigos del acto. En este tipo de testamento, el notario debe de cuidar de dejar indicado el lugar, la fecha y hora en que se suscribe el documento, dejando además constancia de la suscripción por parte del testador, los testigos y el notario mismo.

Pasando al testamento secreto, regulado en el artículo 604, tenemos que este puede ser escrito por el testador y en este caso basta que coloque su firma al final del documento, o puede ser escrito por una tercera persona, incluso puede ser escrito por medios mecánicos, siendo que el testador debe suscribir cada una de sus páginas.

Al igual que como hemos visto en otros casos, el papel que contiene las disposiciones testamentarias o el que sirve como sobre dentro del cual se encuentra el testamento, debe de ser sellado de tal manera que no pueda abrirse ni extraerse sin romperse o alterarse, esta formalidad está regulada por el artículo 605, y continúa señalando que el testador en presencia de dos testigos, consigna ante el notario su testamento, manifestando de manera expresa que dicho documento contiene su testamento, para lo cual el notario debe redactar un acta de recepción del testamento, indicando el hecho de la entrega y la declaración del testador, contando con la presencia de dos testigos. Esta acta, debe ser suscrita por el testador, los testigos y el notario, la regulación de este tipo de testamento tuvo influencia en nuestro legislador quien, en lugar de optar por su supresión, prefirió conservarlo y sujetarlo a «disposiciones más prolijas y severas» (Lanatta 1985: 43).

Como es de verse de los códigos antes citados, nuestra norma ha recibido la influencia de muchos de ellos, sobre todo de los códigos civiles europeos como es el caso de España, Francia, Italia y Alemania; sin dejar de lado los códigos civiles de nuestra región como es el caso de Argentina, Colombia y Chile, entre otros más. Queda claro que la regulación de la institución del testamento, ha sido más o menos compartida por la mayoría de los ordenamientos antes aludidos y en consecuencia se ha podido conocer cómo es que estos países han recepcionado las ideas del derecho romano justiniano.

Pasemos a revisar ahora lo dispuesto por algunos otros ordenamientos pertenecientes al *Common Law*, en cuanto a la regulación de las formalidades testamentarias.

ix) Queensland (Australia): *Succession Act 1981*.

Esta norma contiene un apartado en el cual nos muestra las formalidades para la ejecución -elaboración- de un testamento.

En ese sentido, encontramos que en su Parte 2, División 2, Sección 10, se exige principalmente dos formalidades: a) que el testamento sea escrito y b) que el testamento sea firmado, ya sea por el propio testador o por una tercera persona en presencia del testador y bajo su dirección. Adicionalmente, se requiere de la presencia de dos o más testigos, quienes deben de firmar conjuntamente con el testador. La norma también es enfática en el sentido que la firma del testador -que no necesariamente tiene que ir al final del testamento- debe hacerse con la voluntad de otorgar el testamento, a manera de establecer la seriedad del acto y evitar que sea confundido con un mero proyecto de testamento.

Como podemos ver, se trata de una regulación más ligera que la de los ordenamientos antes expuestos, la cual permite una interpretación más flexible con respecto a la aplicación de la misma, tal como veremos en su momento con los casos que hemos encontrado.

No se regula tampoco las clases de testamento del *Civil Law*, como en nuestro caso (testamento por escritura pública, testamento cerrado o testamento ológrafo), y esto se debe pues a la tradición jurídica a la que pertenece Australia, que derivada de sus raíces inglesas. La casuística es la encargada de dar contenido a los preceptos generales que brotan de su ordenamiento, a manera de precedentes para resolver casos similares, siendo que las cortes juegan un rol importante en la aplicación de las normas y el *case law*.

x) Canadá: Código Civil de Quebec 1991.

El *Code Civil du Québec* es uno de los cuerpos normativos más importantes de América y que es de reciente data.

Este código regula en su artículo 712, al testamento otorgado ante notario, el testamento ológrafo -propios del *Civil Law*- y testamento otorgado antes testigos -conocido como *witnessed wills* propio del *Common Law*-. Las formalidades requeridas para cada uno de estos testamentos deben de ser cumplidas bajo pena de nulidad, según lo establece su artículo 713. En cuanto al testamento ante notario, debe estar contenido en una minuta para ser recibido por el notario en presencia de un testigo, debiéndose indicar la fecha y el lugar de otorgamiento, así lo dispone el artículo 716. El testamento es leído por el notario al testador solo o en presencia de un testigo; una vez leído el testamento, el testador debe declarar en presencia del testigo que el acto leído contiene efectivamente la expresión de su última voluntad y acto posterior el testamento es firmado por cada uno de los intervinientes en el acto, según es regulado por el artículo 717.

En lo que respecta al testamento ológrafo, el artículo 726 establece que debe ser enteramente escrito y firmado por el testador, sin estar sujeto a otra formalidad.

Finalmente, el testamento en presencia de testigos, es escrito por el testador o un tercero, y en presencia de dos testigos mayores, el testador declara que el escrito que él presenta -el cual no ha divulgado su contenido- es su testamento; procede a firmarlo al final o si ya está firmado, procede a reconocer su firma, siendo firmado también por los testigos, de esta manera se encuentra regulado en el artículo 727. El artículo 728 regula además que, si el testamento es escrito por un tercero o utilizando un medio técnico, debe ser firmado en cada una de sus páginas.

xi) Estados Unidos de América: *Uniform Probate Code (1969)*.

Cada uno de los Estados que conforman este país tiene su propia regulación en materia sucesoria, cada cual con sus propias particularidades. Es por ello que en el año 1969 y gracias al riguroso trabajo de la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, fue promulgado el *Uniform Probate Code (UPC)* con la finalidad de uniformizar las normas correspondientes al Derecho Sucesorio, a manera de norma madre que con el tiempo fue siendo adoptada por diversos Estados, a saber: *Idaho* (1971); *Alaska* (1972); *Colorado* y *Arizona* (1973); *South Dakota*, *Nebraska*, *Montana*, y *Minnesota* (1974); *Utah* y *New Mexico* (1975); *Michigan* (1978); *Pennsylvania* y *Maine* (1979); *South Carolina* (1986); *Hawaii* (1996); *North Dakota* (1999); *New Jersey* (2004); y, *Massachusetts* (2009); según lo publica la *Uniform Law Commission* en su portal oficial.

Nos importa de este cuerpo legal el denominado *Article II: Intestacy, Wills, and Donative Transfers*, que en su *Part 5: Wills, Will Contract, and Custody and Deposit of Wills*, contempla las formalidades para el otorgamiento de testamentos y su ejecución; asimismo, regula la regla del *harmless error* que permite la conservación del testamento por defectos en su otorgamiento, y finalmente, autoriza el otorgamiento de testamentos ológrafos, lo cual es de cierta manera una novedad en el ámbito del *Common Law*.

La Sección 2-502, Sub Sección (a) del *UPC*, establece tres formalidades para la ejecución de los llamados *witnessed or notarized wills*; a saber: i) se requiere que el testamento sea por escrito; ii) el testador debe de firmar el testamento o en todo caso otra persona puede firmar en lugar del testador, bajo la dirección y en la presencia del mismo testador; y, iii) se requiere que el testamento sea firmado al menos por dos testigos o en presencia de un *notary public* o algún otro individuo autorizado por la ley. De otro lado, la Sub Sección (b) regula al testamento ológrafo, autorizando al testador a redactar su propio testamento *in handwriting*, no siendo necesaria la presencia de testigos, lo único que se requiere es que la firma y partes materiales del documento sean escritos por el testador, no se requiere que sea enteramente escrito de la mano del testador como ocurre en nuestro sistema, siendo factible la utilización de formatos en donde el testador completa la información requerida en los espacios en blanco.

Asimismo, en la Sección 2-503 se regula el *harmless error*, que es una herramienta que la norma otorga a las cortes a efectos de convalidar errores indiferentes en el cumplimiento de las formalidades testamentarias, siempre y cuando se establezca mediante *clear and convincing evidence*, que el fallecido haya tenido la intención de otorgar su testamento.

Igualmente, la *Uniform Law Commission* en su portal oficial, da cuenta acerca de un reciente proyecto denominado *Electronic Wills Act (2019)*, que permite al testador ejecutar un

testamento electrónico, teniendo reconocimiento legal ante las cortes, y esto pues en mérito a una norma previa la *Uniform Electronic Transactions Act (UETA)*, que regula el uso de la firma digital y la contratación electrónica en el ámbito comercial, excluyendo expresamente su aplicación al ámbito de los testamentos, lo cual generó la gestación de una norma propia para su aplicación en materia testamentaria. La norma bajo comentario, permite pues que la facción testamentaria sea llevada a cabo en un documento electrónico en presencia física o virtual del testador y de los testigos (Sección 5); regulando asimismo la regla del *harmless error* con mención a que se debe establecer mediante *clear and convincing evidence* que el testador tenía la intención que el documento electrónico sea su testamento (Sección 6).

A la fecha únicamente cuatro Estados, son los que han acogido esta norma: *Utah* (2020); *Washington, North Dakota y Colorado* (2021).

Finalmente, es preciso acotar que existe la publicación del *Restatement of the Law Third, Property (Wills and Other Donative Transfers)* del año 1999; que, si bien no es una norma en sí misma, contiene valiosos aportes -doctrinarios y jurisprudenciales- del *Common Law*. Y, en los diversos temas que aborda se encuentra la regla del *harmless error*, señalando que la tendencia con respecto a la adopción de dicha regla está basada en la creciente aceptación que la ejecución del testamento no puede verse frustrada por un error indiferente, para lo cual el juzgador deberá de determinar qué tan serio es el referido error (American Law Institute 1999: 217-218).

1.3 Las formalidades generales de los testamentos.

Corresponde a continuación, centrar nuestra atención en las formalidades reguladas en nuestro ordenamiento para el otorgamiento del testamento.

Como fue expuesto anteriormente, estas formalidades se encuentran detalladas en el Artículo 695 del Código Civil peruano y son las siguientes: a) forma escrita, b) fecha de otorgamiento, c) nombre del testador, y d) firma del testador. Asimismo, teniendo en cuenta que la intervención de testigos es una de las formalidades necesarias para el caso del testamento otorgado por escritura pública y para el caso del testamento cerrado, es que vamos a considerar a la intervención de testigos, como una formalidad adicional a las antes mencionadas.

Cabe recordar que, el testamento es un acto extremadamente formal debido a su finalidad, la cual es preservar intacta la voluntad del testador.

Anteriormente hemos visto cómo es que los romanos exigían ciertas formalidades para el otorgamiento de testamentos, nos imaginamos lo complicado que podría haber sido reunir a

los numerosos testigos y que estos puedan recordar cada una de las exactas palabras expresadas por el testador en el caso de los testamentos otorgados de forma verbal, igualmente qué podría haber pasado si alguno o varios de estos testigos fallecen o devienen en incapaces y sea imposible reconstruir el testamento.

El testamento es pues, un acto que se reviste de rigurosas formalidades para proteger su contenido, en palabras de Ferrero «[l]as formalidades constituyen una garantía por la importancia del acto» (2012: 350).

Las formalidades entonces, van a determinar la fidelidad de la voluntad expresada por el testador, durante el lapso de tiempo que pueda transcurrir desde el otorgamiento del testamento hasta el fallecimiento del otorgante, las palabras utilizadas por Alvarez Caperochipi (2018: 296) «defender y sostener» dicha voluntad, son las notas características de la rigurosidad de estas formalidades.

En el mismo sentido, Fernández Arce nos muestra que la rigurosidad de las formalidades testamentarias, responde a la necesidad de «garantizar la pureza del acto, su autenticidad y su espontaneidad» (2014: 181).

Revisaremos en las siguientes líneas, cada una de las formalidades que hemos enumerado previamente, para entender la justificación de las mismas.

La finalidad de esto no es más que, verificar si es que estas formalidades pueden ser reemplazadas o replanteadas, lo cual trataremos de hacer más adelante.

1.3.1 Forma escrita.

La forma escrita es por excelencia la forma preferida por la mayoría de cuerpos normativos como hemos podido revisar. Tan es así que, es el primer requisito que nos menciona el Artículo 695 del Código Civil peruano. Y es así puesto que, la escritura tiene vocación de permanencia en el tiempo *-verba volant scripta manent-*, lo cual es adecuado a efectos de conservar lo escrito por un largo período de tiempo.

Recordemos que con el Código Civil peruano de 1852 se encontraba regulada la forma verbal para otorgar testamentos lo cual permitía que en las zonas en donde predominaba el derecho consuetudinario de la población indígena se pudiera otorgar testamento tal como lo evidencia Lanatta (1974: 28), situación que fue suprimida por el código que le sustituyó, y a decir del referido autor nacional, «[l]a forma escrita es, por consiguiente en el Perú, requisito esencial para la existencia y validez de todo testamento» (Lanatta, 1974: 43).

Por otro lado, la escritura también permite identificar al autor de lo escrito. Es decir, que realizando un peritaje de lo escrito -en caso el texto haya sido escrito a mano por el mismo

testador- se puede establecer si la caligrafía pertenece o no pertenece a la persona a quien se le adjudica lo escrito. En consecuencia, gracias al peritaje del documento escrito, podemos comprobar que se trata de un documento genuino o si este ha sido adulterado ya sea parcial o totalmente. En estos últimos casos la consecuencia de ello es obviamente la nulidad del testamento.

Siguiendo a Biondi (1960: 48-49), se nos muestra una referencia histórica acerca de la aparición del testamento escrito, en el sentido que los romanos solían testar de manera verbal, situación la cual gozaba de bastante aceptación entre ellos; sin embargo, se acostumbraba tomar la declaración del testador y reproducirla por escrito lo cual dio nacimiento al testamento escrito, siendo esta forma la que paulatinamente fue difundiendo entre los romanos. De otro lado, se tiene que la oralidad de los testamentos fue concebida como una manera de facilitar su facción debido a que en un primer momento los testamentos se encontraban sometidos al Derecho público (Saavedra: 2013: 277 – 278) -como es el caso del testamento *calatis comitiis*, el testamento *per aes et libram* y el testamento *in procinctu*-. Con relación al testamento *per aes et libram*, Guarino sostiene que con el paso del tiempo el testamento puramente oral cae en desuso debido a la costumbre de escribir las disposiciones testamentarias en tablillas (1963: 264).

Pasando a lo establecido en nuestro ordenamiento, tenemos que el Código Civil peruano de 1984 regula a los llamados testamentos ordinarios, en su artículo 691.

El referido dispositivo señala que son testamentos ordinarios: a) el testamento otorgado por escritura pública, b) el testamento cerrado, y c) el testamento ológrafo.

En el caso del testamento otorgado por escritura pública; es el notario público quien -hasta hace poco- estaba obligado a redactar el testamento de su puño y letra, recogiendo fielmente la voluntad del testador y dando forma al acto, para así evitar posibles errores por desconocimiento del testador con respecto al tratamiento legal del contenido y formalidades del testamento. Es preciso indicar que mediante Ley N° 31338 – Ley que modifica el artículo 696 del Código Civil, facilitando el otorgamiento de testamento por escritura pública, y modifica el artículo 38 del Decreto Legislativo 1049, Decreto Legislativo del Notariado, sobre la forma de llevar los registros, publicada en el Diario Oficial El Peruano en fecha 11 de agosto de 2021; por fin les es posible a los notarios redactar el testamento haciendo uso de medios de tecnología informática u otros de naturaleza similar, con lo cual se ha dado una gran y necesario paso en el campo del Derecho sucesorio peruano, lo cual evidentemente influye en el abaratamiento de costos de este tipo de trámite notarial y esperamos que sea el inicio de otros avances más.

En la escritura pública redactada por el notario público, debe de consignarse las generales de ley del otorgante, así como de los testigos que intervienen en el acto.

Una vez concluida la redacción del testamento, el notario tiene que leer su contenido al testador para que este pueda verificar que efectivamente se ha recogido de manera correcta su voluntad.

Para el caso del testamento cerrado -o místico como se le conoce en doctrina- la regulación nos permite inferir que puede ser redactado por el mismo testador o por una tercera persona. Echeopar refiere que «puede hacerse a mano, con tinta o lápiz o, en general, por cualquier medio mecánico o electrónico» (1999: 100), situación que implícitamente se encuentra en el inciso 1 del artículo 699 del Código Civil peruano, y justamente fue este numeral el que hace unos años atrás fue modificado por la Ley N° 29973 - Ley General de la Persona con Discapacidad, publicada el 24 de diciembre de 2012, habiéndose añadido un segundo párrafo el cual a la letra dice: «[t]ratándose de un testamento otorgado por una persona con discapacidad por deficiencia visual, podrá ser otorgado en sistema braille o utilizando algún otro medio o formato alternativo de comunicación, debiendo contar cada folio con la impresión de su huella dactilar y su firma, colocado dentro de un sobre en las condiciones que detalla el primer párrafo.»

Como vemos esto refuerza lo expuesto por Echeopar en el sentido que, para el caso de personas con discapacidad por deficiencia visual, cabría la posibilidad que el testador pueda utilizar cualquier medio -ya sea mecánico o electrónico- para la elaboración del mismo, bastando que imprima su huella dactilar en cada folio, lo cual permite adaptar las disposiciones contenidas en este artículo a la realidad social.

Finalmente, en el caso del testamento ológrafo es el propio testador quien tiene que redactar de su puño y letra, el contenido de su testamento, no pudiendo delegar en otra persona la redacción del mismo, toda vez que como bien lo remarca Fernández Arce (2014: 214): «el testamento es personalísimo y por tanto indelegable». Y en efecto, existe una norma en nuestro Código Civil -a saber, el artículo 690-, que expresamente señala que el testador no puede dar poder a otro para testar, así como tampoco le es permitido dejar sus disposiciones al arbitrio de una tercera persona. En consecuencia, no cabe la representación al momento de otorgar un testamento. De otro lado, la doctrina especializada da cuenta acerca de la institución del «nuncio» que consiste en la designación de una persona encargada de transmitir la voluntad de otra (Saavedra 2008: 236). Lo resaltante de esta institución es sin duda que, a efectos de proceder con la transmisión de la voluntad el «emisario [...] deberá haber recibido su encargo con las formalidades que resultan exigibles para el negocio que se

desea realizar» (Saavedra 2008: 237); siendo que para el caso del testamento, si es que estamos ante un documento que tiene las mismas formalidades del testamento y en el cual el testador ya expresó su última voluntad, se llega a la conclusión que la utilización del nuncio carecería de utilidad (Saavedra 2008: 237). Ahora bien, la principal diferencia entre el representante y el emisario, -en palabras de Saavedra- es que «para actuar como un representante, se debe poseer «capacidad negocial» [...], lo cual no es requerido para el caso del «emisario», en la medida que la voluntad exteriorizada no resulta la suya» (2008: 237).

El testamento ológrafo -regulado en el artículo 707 del Código Civil peruano- también fue materia de modificación por la aludida Ley N° 29973, en el sentido que si el otorgante es una persona con discapacidad por deficiencia visual, se deberá de actuar según lo normado en el segundo párrafo del numeral 1 del artículo 699 del Código Civil peruano -antes transcrito- siendo que para el caso de comprobación judicial a la muerte del testador, el tercer párrafo del artículo 709 del Código Civil peruano, ordena que esta comprobación se realice sobre la firma y huella dactilar del testador.

Hemos visto pues, cómo es que la escritura permite al testador conservar de mejor manera las disposiciones testamentarias para el momento de su fallecimiento, siendo que la escritura se caracteriza por perdurar en el tiempo, situación que nos ayuda a comprender que mientras mejor podamos conservar esa escritura, ya sea por el soporte material utilizado o por el tipo de instrumento que es utilizado para escribir, mayores posibilidades tendremos de conservar la integridad el testamento, y en consecuencia su validez.

1.3.2 Fecha de otorgamiento.

La importancia de la fecha en que se otorga el testamento, consiste en determinar si es que, al momento del fallecimiento del testador, el testamento otorgado continúa siendo válido o tal vez ha sido revocado total o parcialmente por un testamento posterior.

Asimismo, en doctrina se menciona que la fecha de otorgamiento del testamento puede ayudarnos a saber si el otorgante se encontraba o no, en pleno uso de sus facultades mentales en el momento preciso en que otorgó el testamento (Fernández, 2003: 418). Igualmente, la fecha permite determinar la ley aplicable al momento del otorgamiento del testamento (Zannoni, 1983: 358), lo cual coadyuva a dilucidar cualquier duda al respecto, en caso se hayan modificado las normas correspondientes.

Borda (1994: 336), hace referencia a que la fecha debe contener el día, mes y año del otorgamiento, y que es posible consignar enunciaciones equivalentes que permitan determinar inequívocamente la fecha en que se otorgó el testamento. En ese sentido, el

mismo autor nos permite conocer que, en caso de haberse omitido consignar el día en que se otorgó el testamento, suficiente será con haber colocado el mes y el año; si es que no se está cuestionando la capacidad del testador (Borda, 1994: 337).

Por su parte, Lanatta (1974: 130) refiere que la justificación para que un enunciado que indirectamente nos indique la fecha del otorgamiento del testamento, no es otra que la interpretación en favor de la validez del testamento; sin embargo, creemos que consignar el día, mes y año; es siempre la mejor opción, porque se evita cualquier tipo de cuestionamiento posterior.

Así pues, también puede darse el caso que el testador coloque una fecha inexacta o que por error haya consignado una fecha que no correspondía al momento del otorgamiento del testamento. Estos casos son atendidos por la doctrina y con Zannoni (1983: 365) tenemos que, debido a que la fecha interesa por el tema de la capacidad del testador al momento de testar; en consecuencia, una fecha inexacta afectaría la validez del acto.

Ahora bien, no siempre es posible determinar si efectivamente la fecha de otorgamiento del testamento es tal o cual. Normalmente no se suele cuestionar este aspecto en los procesos judiciales, en todo caso corresponderá a los interesados acreditar que la fecha del documento efectivamente corresponde o no al momento mismo de su elaboración, ya sea para acreditar la capacidad del testador, la revocación de ese u otro testamento o bien cualquier otro aspecto de interés del demandante.

El lugar en donde se coloca la fecha del testamento, también es materia de estudio en doctrina. Echeopar (1999: 115-116) nos muestra que, el colocar la fecha al comienzo del documento podría darnos la referencia del momento en que se inició con la elaboración del documento, más no la fecha en que se concluyó su redacción; puesto que, podría ser posterior, sugiriendo que la misma debería de ir siempre al final del documento con la finalidad de evitar cuestionamientos o discusiones ulteriores.

En suma, dada la importancia de la fecha -ya sea para conocer acerca de la capacidad del testador, la validez del testamento o la ley aplicable- no se puede prescindir de la misma al momento de la elaboración del testamento. Asimismo, deberíamos de encontrar la manera más idónea que nos permita conocer con exactitud la fecha del otorgamiento del testamento para no caer en posibles cuestionamientos. Como veremos más adelante, una posible solución sería acudir a la firma digital, mediante la cual podemos obtener de manera precisa la fecha -día, mes y año- en que se suscribe un documento, además de conocer la hora exacta -hora, minuto y segundo- en que se ha firmado el documento.

1.3.3 Nombre del testador.

Consignar el nombre del testador, nos permite identificar al autor del testamento. La identificación del testador, asimismo, permite establecer el vínculo de entroncamiento con sus herederos.

Recordemos en este punto que, el nombre está compuesto por los prenombrados y los apellidos. Dicho esto, es pues de suma importancia no obviar ningún elemento del nombre puesto que podría conllevar a la nulidad del acto.

Es aconsejable también indicar el número del documento oficial de identidad del testador para dotar de mayor seguridad al testamento y coadyuvar a la identificación del otorgante, evitando posibles cuestionamientos por casos de homonimia, suplantación de identidad u otros similares.

A pesar que el Código Civil peruano en su artículo 32, regula al seudónimo, otorgándole la misma protección jurídica que el nombre cuando aquél adquiriera tanta importancia como el nombre mismo, creemos que no sería viable que el testador se identifique con el seudónimo por el cual es conocido, toda vez que en doctrina se ha dejado establecido que tiene que ser el nombre con el que se identifica la persona, el cual debe ser consignado tal y como figura en el documento oficial de identidad (Fernández, 2014: 197).

Asimismo, el nombre permitirá que los sucesores puedan reclamar cualquier derecho que haya correspondido al causante, individualizando la titularidad del mismo.

1.3.4 Firma del testador.

Si el nombre del testador fuera el único requisito para determinar la autoría del testamento, sería un gran problema para el Derecho y para la seguridad jurídica de los actos, pues podría consignarse el nombre de una persona diferente a la que redactó el testamento entre otros supuestos, es por ello que la firma es importante para convalidar lo escrito.

Para Zannoni (1983: 347): «[I]a firma requiere, en todo caso, manuscrición, que es lo que garantiza ser obra personal del autor.» La firma entonces se vuelve necesaria para vincular al autor con su obra, para hacerlos inseparables.

La firma en consecuencia es la manera en que el testador reafirma y se adjudica la elaboración del testamento, a decir de Fernández (2003: 418) la firma es la «demostración de su total conformidad con el acto y su contenido», es la forma histórica de convalidación de un acto. El maestro Lanatta (1974: 48-49) nos ilustra con la siguiente definición acerca de lo que es la firma: «[e]l conjunto de signos caligráficos con que una persona acostumbra estampar sus nombres y apellidos, de manera más o menos completa o abreviada, legible o ilegible, que

emplea para suscribir un documento o expresar su conformidad con el mismo y que puede ir o no, acompañada de signos propios a los que se denomina rúbrica.»

La firma, agrega Borda (1994: 350), debe ser «conscientemente estampada y no del dibujo que pueda trazar un analfabeto.» Recordemos que para los casos de personas iletradas o que por alguna discapacidad o cualquier otra causa no puedan firmar, el ordenamiento ha contemplado la intervención del testigo a ruego, quien firmará en lugar del otorgante, dejándose la debida constancia en el instrumento que se extiende.

La firma a emplearse es pues la firma que habitualmente utiliza el testador, la misma que debe coincidir con la registrada en su documento oficial de identidad, no cabe realizar trazos parecidos a la firma o rúbricas o iniciales; la consecuencia lógica de hacerlo sería la nulidad del testamento; sin embargo, Zannoni nos muestra que «si el testamento estuviese contenido en dos o más hojas separadas, basta con que este firmado al final de las disposiciones de última voluntad, aun cuando las restantes hojas no estuviesen firmadas, o estuviesen inicialadas.» (1983: 348).

Como hemos señalado anteriormente, ahora la tecnología pone a nuestro alcance la denominada firma digital, que no es otra que la contenida en el ahora denominado Documento Nacional de Identidad electrónico -DNIe-, el cual cuenta con ciertas características de seguridad que en su debido momento desarrollaremos, por lo pronto esta nueva manera de firmar documentos ya se está empleando en diversos documentos de carácter legal y se ha hecho extensivo su uso a los actos de la administración pública, en lo que se viene a denominar gobierno electrónico.

1.3.5 Testigos testamentarios.

Como hemos referido, los testigos testamentarios son imprescindibles únicamente para el caso del testamento por escritura pública y del testamento cerrado. Estos testigos tienen como función primordial dar testimonio del acto ocurrido frente a ellos.

En cuanto a los testigos testamentarios, Lanatta (1974: 52) sostiene que «son las personas que presencian el otorgamiento de algunas clases de testamentos, por exigencia de la ley, a solicitud del testador y con el fin de comprobar la autenticidad del acto, la libertad con que procede el otorgante y el cumplimiento que debe darse a los demás requisitos legales.» De lo expuesto por el referido autor peruano, vemos que la labor de los testigos testamentarios no se limita a presenciar el acto; sino que su tarea va más allá de la sola observación.

Desde épocas del derecho romano justinianeo, los testigos han sido utilizados en este tipo de actos, y con el tiempo hemos visto que el número de testigos necesarios se ha reducido

significativamente. Sin embargo, a decir de Borda, los testigos testamentarios «[s]e conservan más que todo por una razón de tradición jurídica» (1994: 328), y no necesariamente por alguna otra razón que haga indispensable su intervención. En opinión de Aguilar, los testigos testamentarios son una garantía para la intangibilidad de la voluntad del testador, señalando además que la labor de testigo debe de recaer en personas capaces e idóneas, además de tener la consciencia de la trascendencia del acto en el que participan, puesto que en un momento posterior -en caso de cuestionamiento del testamento- son estos quienes son llamados para acreditar que el acto fue realizado conforme a ley; añadiendo que, el legislador ha sido cuidadoso al establecer los impedimentos para que una persona pueda ser testigo testamentario (2011: 317); en nuestra opinión, creemos que no es tan cierto lo afirmado por el referido autor, y esto debido a que la labor realizada por el testigo testamentario no es la misma que en épocas en las que el testamento era otorgado de manera verbal -piénsese en la época romana por ejemplo-, muy por el contrario en épocas actuales el testigo testamentario no tiene mayor participación en el testamento cerrado, donde simplemente evidencia la entrega del sobre cerrado al notario. Del mismo modo tratándose del testamento por escritura pública, los testigos testamentarios tienen como única labor la de presenciar y verificar si el notario público recoge la voluntad del testador tal cual le es expresada, situación para la cual nos parece que los testigos no están preparados -a menos que se traten de abogados especialistas en la materia- toda vez que lo común es que el testador elija a las personas más cercanas a él, y que hasta tal vez no tengan idea acerca de la trascendencia del acto que están presenciando. Asimismo, la presencia de los testigos -para el caso de los testamentos por escritura pública- podría resultar perjudicial para el testador, puesto que los testigos podrían dar a conocer a terceras personas e incluso a los herederos o legatarios instituidos, acerca de la existencia del testamento o hasta el contenido del mismo, yendo en contra de la reserva del acto que usualmente los testadores pretenden lograr. En relación a la participación de los testigos testamentarios, se presentó ante la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, el Proyecto de Ley N° 937/2016-CR, mediante el cual se proponía una ley que permita facilitar el otorgamiento de los testamentos por escritura pública, siendo que uno de sus principales objetivos era el de no exigir la presencia de los testigos testamentarios, en caso que el testador se encuentre en pleno uso de sus facultades mentales y que pueda ser identificado plenamente por el notario público, mediante su Documento Nacional de Identidad electrónico (DNIE), dando a entender que esa sería la función de los testigos testamentarios, la de coadyuvar a la identificación del testador.

Evidentemente, los testigos deben reunir ciertas cualidades mínimas para poder participar del acto, nuestro Código Civil en su artículo 705 regula los impedimentos para poder ser testigo testamentario:

- «1.- Los que son incapaces de otorgar testamento.
- 2.- Los sordos, los ciegos y los mudos. (Numeral derogado por la Única Disposición Complementaria Derogatoria de la Ley N° 29973, publicada el 24 diciembre 2012).
- 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 indicados 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 segundo de afinidad, y los dependientes del notario o de otros notarios.
- 8.- Los cónyuges en un mismo testamento.»

Existe una salvedad dispuesta por el artículo 706 del Código Civil peruano con respecto a los testigos testamentarios, la cual consiste en tener como hábil al testigo en caso la razón de su impedimento para ser testigo no fuera notoria al momento en que interviene en el acto, esto pues para evitar que el testamento devenga en nulo por una situación que era ajena al conocimiento del testador. Zannoni nos muestra que, lo regulado por el mencionado artículo corresponde a la aplicación del principio del *error communis*, y lo que también denomina como «capacidad putativa» del testigo testamentario (1983: 405).

A criterio de Fernández (2003: 408), el considerar a un testigo como hábil -cuando en realidad era inhábil- debe fundarse en una «situación de error [que] sea de buena fe y verdaderamente invencible»; y a decir de Borda (1994: 330) «[c]on ello se salvan nulidades injustas y muchas veces imposibles de evitar.»

Es preciso añadir en este punto que el testador debe elegir cuidadosamente a sus testigos, puesto que al tratarse de un requisito de forma, y si se llegara a comprobar que algunos de los testigos que intervino en el acto, se encontraba inmerso en alguna de las causales de impedimento reguladas en el mencionado artículo 705 del Código Civil, podría conllevar a que se declare la nulidad del testamento mismo; lo cual sería un grave problema puesto que el testador tendría que otorgar un nuevo testamento, en el caso que aun esté vivo; o en todo

caso los herederos tendrían que iniciar el procedimiento no contencioso de sucesión intestada, lo cual puede ser engorroso y costoso.

Habiendo revisado las formalidades testamentarias, cabe recordar lo expuesto por Lohmann (1996: 32) en el sentido que, el testamento es casi una pieza de museo debido a la extrema rigidez de sus formalidades, lo cual determina que su utilidad social resulte mínima. Y justamente es el referido autor quien nos muestra a manera de ejemplo que «nuestra legislación testamentaria, anclada en sistemas decimonónicos, desconoce la posibilidad de expresar y recoger la voluntad en soportes distintos al que resulta de la escritura directa, de modo que ni siquiera, por ejemplo, sería válida como voluntad testamentaria la comunicada por medio de fax a un notario, o la expresada y grabada en una cinta magnética de imagen y sonido» (Lohmann 1996: 32).

En un sentido similar se pronuncia Yzquierdo, quien nos comenta que estas nuevas posibilidades de testar desconocidas por el legislador, no hace más que dar a conocer «ese lugar algo degradante que ocupa el Derecho de sucesiones en el conjunto del ordenamiento civil. Mientras el terreno de la contratación se nutre a diario de normativa referente a la firma electrónica, la contratación por medios electrónicos, etc., las normas del Código [Civil] siguen diciendo que los testamentos sólo son válidos si se otorgan con las formas previstas» (2002: 479).

Por su parte, Scalise comenta que nuevas propuestas y el desarrollo de la tecnología, generaran un cambio en la manera en que las personas otorgamos testamentos (2011: 365). Esto ya es una realidad al menos en los Estados Unidos de América y la implementación del *Uniform Probate Code*, el mismo que regula la regla del *harmless error*, que -como vimos anteriormente- permite relajar el cumplimiento de las formalidades testamentarias.

1.4 Las clases de testamentos ordinarios.

El Código Civil peruano de 1984, ha optado por hacer una clasificación con respecto a los testamentos, teniéndose regulado a los testamentos ordinarios de una parte, y de otra parte a los testamentos especiales. Es así que, en su artículo 691 se señala lo siguiente: «[l]os testamentos ordinarios son: el otorgado en escritura pública, el cerrado y el ológrafo. Los testamentos especiales, permitidos sólo en las circunstancias previstas en este título, son el militar y el marítimo.»

Nos centraremos únicamente en los testamentos ordinarios, toda vez que son los que usualmente se suelen utilizar y a efectos de no desviar la atención con testamentos pertenecientes al espectro de la vida militar.

Pasemos ahora a revisar cada uno de los testamentos ordinarios, con la finalidad de rescatar de cada uno de ellos, lo esencial de sus formalidades.

1.4.1 Testamento por escritura pública.

Se podría decir que el testamento por escritura pública es uno de los instrumentos más seguros en materia testamentaria, debido a que su facción se encuentra a cargo de un profesional del derecho que conoce -o en todo caso debería de conocer- los pormenores de las normas relativas al Derecho Sucesorio, como parte de su actuación profesional; evidentemente nos referimos a los notarios públicos, lo cual es una ventaja al momento de elaborar el testamento.

El notario es el encargado de guiar al otorgante a través del proceso del otorgamiento de testamento por escritura pública, se hace evidente que antes de comenzar con la facción del testamento, el notario se ha entrevistado con el otorgante a efectos que este le proporcione la información necesaria para que el notario pueda dar sentido a lo expresado por el otorgante, así como aclarar las dudas del testador o adecuar lo expresado a las normas legales. En estos casos, recae sobre el notario la responsabilidad de ejecutar el testamento según lo prescrito por las normas, en especial lo establecido por el artículo 696 del Código Civil: i) deben estar reunidos de principio a fin -en un solo acto-, el testador, el notario y dos testigos hábiles; ii) el testador debe de manifestar por sí mismo su voluntad -salvo casos en los que el otorgante sea una persona con discapacidad y requiera de ajustes razonables o apoyos para lograr expresar su voluntad-; iii) el notario se encuentra obligado a redactar de su puño y letra el contenido de testamento; iv) cada una de las páginas del testamento debe de ser firmada por los intervinientes; v) el testamento debe de ser leído por el notario, el testador o alguno de los testigos; vi) verificar que cada cláusula contenga la real voluntad del otorgante; vii) el notario debe de dejar constancia de alguna indicación realizada por el otorgante y se corrija cualquier error incurrido; viii) los intervinientes deben de firmar el testamento en el mismo acto; y, ix) para los casos en que el apoyo de la persona con discapacidad sea beneficiario, es necesario contar con la autorización judicial correspondiente.

Otra de las ventajas del testamento por escritura pública, es que no requiere de comprobación judicial para que despliegue todos sus efectos; es decir que, una vez verificado el fallecimiento del testador, y a solicitud de la parte interesada, el notario realiza el traslado correspondiente para la inscripción del contenido del testamento ante el Registro Público, y una vez inscrito el contenido, surte plenamente sus efectos sin requerir de ningún acto posterior de confirmación o ratificación.

La gran desventaja del testamento por escritura pública -hasta no hace mucho-, era su alto costo. Tener ocupado al notario redactando de su puño y letra el testamento por más de una hora y según la complejidad del testamento, incrementan los costos de su otorgamiento; podría ser esta una de las razones por la cual, las personas fallecen intestadas; situación que seguramente podría revertirse con la modificación introducida al Código Civil con la dación de la Ley N° 31338, la cual -como vimos anteriormente- permite el uso de medios de tecnología informática para la redacción del testamento por parte de los notarios públicos. De todos modos, creemos que el testamento por escritura pública, pese a la onerosidad de su elaboración, es la opción más adecuada para las personas que deseen otorgar testamento, sobre todo si es que se quiere evitar pasar por un tedioso proceso judicial, como ocurre en el caso del testamento cerrado y el testamento ológrafo.

1.4.2 Testamento cerrado.

El testamento cerrado es una figura clásica de algunas telenovelas y películas. Es una modalidad de testamento en lenta extinción; como vimos que ocurrió en la hermana República de Argentina.

Para este testamento la formalidad esencial consiste en que el documento en el cual ha sido extendido, sea firmado en cada una de sus páginas por el propio testador. Esto nos da a entender que puede ser realizado empleando algún medio mecánico como, por ejemplo, una máquina de escribir o redactado en un ordenador, para luego ser impreso.

Una vez firmado por el testador, necesariamente tiene que colocarse dentro de un sobre cerrado o de una cubierta clausurada -tal como lo regula el artículo 699 del Código Civil-, de tal manera que no pueda ser extraído sin romper o alterar el sobre o la cubierta en el que se encuentre.

La modificación al numeral 1 del artículo 699 del Código Civil, introducida por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N° 29973 – Ley General de la Persona con Discapacidad, señala que para los casos en que el otorgante sea una persona con discapacidad por deficiencia visual, podrá ser otorgado en sistema braille o utilizando algún otro medio o formato alternativo de comunicación, que permita colocar la impresión de la huella dactilar y la firma del otorgante.

A su vez, el testamento cerrado debe ser depositado para su custodia ante un notario público y en la presencia de dos testigos. A diferencia del código anterior, se redujo el número de testigos a tan solo dos, explicando Lanatta que dicha reducción responde «a la menor importancia que en el derecho actual se atribuye a la presencia de los testigos en los actos

jurídicos celebrados ante un notario» (1985: 43); situación que pone en evidencia la inutilidad de los testigos testamentarios cuando estamos ante la presencia de los notarios públicos, quienes tienen que dar fe de lo ocurrido ante ellos.

El notario una vez recibido el testamento, debe de elaborar un acta -en la cubierta del testamento- para dejar constancia de la entrega por parte del testador del testamento cerrado y de su recepción por el notario; siendo que, los intervinientes en el acto deben de firmar la referida acta.

Lo tedioso de este testamento, es que se requiere de su comprobación judicial a efectos de reconocer la autoría del mismo, lo cual puede tardar algunos meses. Entonces, a parte de los gastos incurridos en la entrega del testamento cerrado ante el notario público, ahora deben de añadirse los costos propios de un proceso judicial de esta naturaleza.

Dentro de proceso judicial, si el juez determina que la cubierta que contiene al testamento, se encuentra deteriorada, de manera tal que haya sido posible la manipulación del documento que se encontraba dentro de él, dispondrá que se le haga valer como testamento ológrafo en caso de cumplir con las formalidades esenciales de esta clase de testamento; de lo contrario, se deberá de solicitar la declaratoria de herederos.

Pero qué ocurriría si por ejemplo una persona con toda la intención de otorgar un testamento cerrado, redacta su testamento haciendo uso de su ordenador personal y una vez culminado, lo imprime para proceder a firmarlo y de pronto fallece momentos antes de poder firmar el documento impreso. Este es el escenario planteado por Miró-Quesada (2003: 91-92) quien, a su parecer, no cabe la menor duda que la persona efectivamente otorgó un testamento. Continúa el referido autor señalando que, en un supuesto proceso judicial, en donde uno de los herederos sostiene que el testamento no es válido debido a que no se ha cumplido con la formalidad de la firma por parte del causante, mientras que otro de los herederos argumenta en favor de la validez del testamento; lo más probable es que el juzgador aplique la norma de manera literal y descarte el documento como testamento del fallecido. Sin embargo, propone el autor que la interpretación de la norma no debería de ser tan rígida, y que en su lugar se opte por la aplicación de una interpretación extensiva a la luz de los hechos (Miró-Quesada 2003: 92). Para el caso, si el testador hubiese vivido lo suficiente como para llegar a firmar el testamento, obviamente tendría valor, empero a la luz de los hechos -en este caso imaginario- es indubitable que el causante se proponía a otorgar su testamento.

En definitiva, como hemos mencionado este testamento no va subsistir en los próximos años, en particular debido a que es un testamento cuyas formalidades son desconocidas por

la mayoría de las personas, en algunos casos son ellos mismos los que custodian sus propios testamentos, y por los altos costos que demanda su comprobación.

1.4.3 Testamento ológrafo.

El testamento ológrafo es la otra opción que tienen las personas que no pueden o no deseen acudir ante un notario público. Este tipo de testamento tiene por formalidades esenciales, que sea totalmente escrito, fecha y firmado por el propio testador; para los casos de personas con discapacidad por deficiencia visual se admite que pueda ser otorgado mediante la utilización del sistema braille o utilizando algún otro medio o formato alternativo de comunicación.

La principal debilidad que tiene este tipo de testamento es que, al ser el propio testador el que redacta el documento -y muchas veces sin asesoría legal al respecto-, suele no cumplir con las formalidades legales y en algunos casos hasta se suele obviar a algún heredero forzoso, lo cual tiene como consecuencia que el negocio jurídico no prospere.

Otro aspecto a tomar en cuenta es que, al ser custodiado por el propio testador o por alguna tercera persona, este puede llegar a deteriorarse o extraviarse. Si bien es uno de los testamentos en el cual el testador tiene mayor libertad para su elaboración, es necesario ser muy cuidadoso en su custodia.

El lado negativo de esta clase de testamento es que necesariamente requiere de comprobación judicial para verificar su autenticidad, proceso que podría tardar mucho tiempo y que, por supuesto lo torna oneroso, tomando en cuenta que luego de su comprobación se tiene que remitir al despacho de algún notario público para que proceda con su protocolización.

Como hemos visto con las clases de testamentos ordinarios, la figura del notario público siempre se encuentra presente, ya sea porque el propio notario redacta el testamento o porque interviene para su custodia o protocolización. En definitiva, la intervención del notario público coadyuva a dotar de seguridad a los testamentos, no pudiendo prescindir de su participación.

1.5 El testamento y la firma digital.

El Código Civil peruano regula en su Libro II al Acto Jurídico -léase negocio jurídico-, encontrándose en dicha regulación: las disposiciones generales, formas, vicios, nulidades, entre otros aspectos del negocio jurídico; que evidentemente le son aplicables al testamento en tanto y en cuanto no sean contrarias a las normas especiales del Libro IV correspondiente al Derecho de Sucesiones.

Una de las novedades introducidas a dicho libro ha sido la regulación de la firma digital que, -como evidenciamos en estos tiempos- es de gran utilidad para el normal desarrollo de las actividades cotidianas, ya sea mediante su utilización en resoluciones judiciales o administrativas, o en la vida diaria a efectos de poder generar documentos electrónicos que nos permiten acercarnos más hacia el mundo de la virtualidad.

En este punto, creemos importante dar a conocer el proceso de la regulación de la firma digital dentro de nuestro ordenamiento como una novedosa manera de manifestación de voluntad, lo cual nos podrá ser de utilidad a efectos de comprender acerca de sus bondades.

1.5.1 El Artículo 141-A del Código Civil.

En los últimos años el Código Civil peruano ha sido modificado en diversas materias, y una de estas modificaciones importa la incorporación del Artículo 141-A, con motivo de la expedición de la Ley N° 27269 - Ley de Firmas y Certificados Digitales.

Siendo que el testamento es un negocio jurídico, creemos que efectivamente le son aplicables las reglas del acto jurídico dispuestas en nuestro ordenamiento. Antes de entrar en detalles es necesario saber acerca los antecedentes de dicha norma, tal como procederemos a revisar en las siguientes líneas.

1.5.2 Antecedentes del Artículo 141-A del Código Civil.

En agosto del año 1999, fue presentado el Proyecto de Ley N° 5070/99-CR, por el aquel entonces Congresista de la República Jorge Muñiz Ziches, proyecto mediante el cual el referido congresista propuso la regulación de la firma y el certificado digital; alegando que con dicha regulación se otorgaría seguridad jurídica a los actos y contratos realizados a través de medios electrónicos.

Según se puede extraer del Diario de Debates de la Segunda Legislatura Ordinaria del año 1999, llevada a cabo en fecha 04 de mayo de 2000, fue aprobado el texto sustitutorio de la Ley de firmas y certificados digitales, propuesto en el dictamen de la Comisión de Reforma de Códigos del Congreso de la República.

En dicha ocasión el congresista Muñiz expuso ante sus similares que, el proyecto de ley presentado por su persona modificaba sustancialmente el concepto tradicional de firma -la firma manuscrita-, asimismo señaló que en muchos casos las personas no firmaban de manera idéntica a la firma registrada en sus documentos de identidad, más aún si se trataba de personas que suelen firmar varios documentos, lo cual generaba inseguridad jurídica en la contratación. Estas y otras dificultades advertidas por el congresista, fueron los motivos

por los cuales se propuso incorporar a la firma digital, equiparándola a la firma manuscrita, tomando en consideración la experiencia de otros países como Canadá, y tomando como ejemplo la regulación colombiana sobre la materia. Igualmente, el congresista Muñiz resaltó que los objetivos de regular la firma digital son los de autenticación, integridad, no repudio y confidencialidad; los cuales se constituyen en el marco necesario para otorgar de seguridad jurídica a la firma digital.

Luego del procedimiento correspondiente, el referido proyecto de ley conllevó a la promulgación de la Ley N° 27269 - Ley de Firmas y Certificados Digitales, en fecha 26 de mayo del 2000.

Ahora bien, antes de examinar el artículo 141-A del Código Civil peruano, es necesario reparar en lo acontecido con el artículo 141 del referido cuerpo legal.

En su versión original el artículo 141 del Código Civil peruano contenía el siguiente texto:

«Artículo 141.- La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se formula oralmente, por escrito o por cualquier otro medio directo. Es tácita, cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.»

La redacción de este artículo sufrió una modificación, la cual fue introducida por la Ley N° 27291 – Ley que modifica el Código Civil permitiendo la utilización de los medios electrónicos para la comunicación de la manifestación de voluntad y la utilización de la firma electrónica, publicada en fecha 24 de junio de 2000. Es así que el nuevo texto para el artículo 141 del Código Civil peruano, regulado por la mencionada ley, fue el siguiente:

«Artículo 141°.- Manifestación de voluntad

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral o escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, electrónico u otro análogo. Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o de circunstancias de comportamiento que revelan su existencia.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.»

Si bien se podría pensar que en su versión original la frase «por cualquier otro medio directo» engloba otras formas de manifestación de voluntad como la utilización de medios mecánicos, electrónicos y afines; creemos que, a efectos de evitar discusiones doctrinales, el añadido por la modificación permite zanjar cualquier discusión al respecto.

Recientemente, este mismo artículo ha sido materia de una nueva modificación mediante Decreto Legislativo N° 1384 – Decreto Legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, publicado en fecha 4 de setiembre de 2018, siendo el texto vigente como sigue:

«Artículo 141.- Manifestación de voluntad

La manifestación de voluntad puede ser expresa o tácita. Es expresa cuando se realiza en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona.

Es tácita cuando la voluntad se infiere indubitablemente de una actitud o conductas reiteradas en la historia de vida que revelan su existencia.

No puede considerarse que existe manifestación tácita cuando la ley exige declaración expresa o cuando el agente formula reserva o declaración en contrario.»

Esto pues fue producto de un paquete normativo a efectos de facilitar la situación de desventaja de las personas con discapacidad y en mérito a la regulación de los ajustes razonables y apoyos, lo cual creemos es un avance en lo concerniente a la capacidad jurídica de personas con alguna discapacidad.

Volviendo a la mentada Ley N° 27291, fue esta la que con su artículo 2° adiciona al Código Civil peruano el famoso Artículo 141-A, bajo el siguiente texto:

«Artículo 141°-A.- Formalidad

En los casos en que la ley establezca que la manifestación de voluntad deba hacerse a través de alguna formalidad expresa o requiera de firma, ésta podrá ser generada o comunicada a través de medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo.

Tratándose de instrumentos públicos, la autoridad competente deberá dejar constancia del medio empleado y conservar una versión íntegra para su ulterior consulta.»

La importancia respecto de la adición de este artículo al Código Civil peruano se funda en la utilidad del uso de la firma digital y de los documentos electrónicos, los cuales permiten adaptar los nuevos cambios sociales introducidos por las tecnologías de la información al ámbito de lo jurídico, situación que podría generar un cambio radical en la forma en la que concebimos a los testamentos ordinarios.

En efecto, mediante Ley N° 27269 - Ley de Firmas y Certificados Digitales, publicada en fecha 28 de mayo del 2000, se regula en el Perú la utilización de la firma digital, otorgándole la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita u otra análoga que conlleve manifestación de voluntad.

Esta ley fue reglamentada, en un primer momento, mediante Decreto Supremo N° 019-2002-JUS, publicado en fecha 18 de mayo de 2002; siendo modificado por Decreto Supremo N° 024-2002-JUS, publicado en fecha 12 de julio de 2002, los mismos que fueron derogados mediante Decreto Supremo N°. 004-2007-PCM, publicado en fecha 14 de enero de 2007, el cual aprobó un nuevo reglamento para la Ley N° 27269. Posteriormente, mediante Decreto Supremo N° 052-2008-PCM, publicado en fecha 19 de julio de 2008, se aprueba un nuevo reglamento -el mismo que se encuentra vigente a la fecha- y se deroga el anterior; sentado las bases para la operatividad de las firmas y certificados digitales en nuestro medio.

1.5.3 Aplicación del Artículo 141-A del Código Civil al testamento.

Como acabamos de revisar, el Artículo 141-A del Código Civil peruano nos permite utilizar medios electrónicos, ópticos o cualquier otro análogo; en caso que la manifestación de voluntad se realice mediante alguna formalidad expresa o se requiera de firma.

En buena cuenta, lo que esta norma establece es que se puedan utilizar documentos electrónicos y que estos puedan ser firmados digitalmente, con la finalidad de facilitar la configuración del negocio jurídico.

Ya hemos visto que siendo el testamento un negocio jurídico, le son aplicables las normas correspondientes al denominado acto jurídico del Código Civil peruano. Y para muestra de ello basta con señalar que, el artículo 689 del Código Civil peruano permite que las normas generales sobre las modalidades de los actos jurídicos, sean aplicables a las disposiciones testamentarias.

Asimismo, Vidal sostenía que «[e]s incuestionable, pues, que el sistema incorporado a nuestra codificación civil considera al testamento un acto jurídico y, en consecuencia, hace que le sean aplicables las normas que rigen la plasmación legislativa de la teoría del acto jurídico en el Código Civil [...]» (1986: 510).

Evidentemente, sería necesario incluir alguna regulación especial en el Libro IV del Código Civil, a efectos de poder dar operatividad al artículo 141-A. Debido a que, al ser normas especiales -las normas sucesorias- estas deben de aplicarse por sobre las normas generales, siendo que las normas generales se aplican de manera supletoria y en caso de conflicto se prefiere a la norma especial que a la norma general; si en el caso de los testamentos por escritura pública -por poner un ejemplo- se requiere que este sea redactado de puño y letra del notario público, no existiría la posibilidad que el notario pueda usar algún medio electrónico que le facilite la redacción del testamento -como el uso del ordenador-, es por ello que se requiere de una necesaria revisión de las formalidades testamentarias y así poder

adaptarlas a la realidad de nuestros tiempos. Ahora bien, esto último puede llegar a ser una realidad con la reciente modificación del artículo 696 del Código Civil en mérito a la Ley N° 31338, que permite a los notarios emplear medios de tecnología informática para la facción de los testamentos, puesto que les habilita a utilizar ordenadores -como lo hacen en otros aspectos de la práctica notarial- para la redacción de los testamentos; sin embargo, pensamos que pudo haberse regulado el uso de la firma digital y hasta pudo haberse regulado la escritura pública en documento electrónico, situación más interesante aun, sobre todo en estos tiempos en que ya se empieza a hablar acerca del mundo virtual denominado metaverso.

Cabe precisar en este punto que, una regulación adecuada permitiría causar un fuerte impacto en las formalidades testamentarias, para adaptarlas a la realidad social en la cual vivimos actualmente, coadyuvando al desarrollo de nuevas fórmulas legislativas que permitan desarrollar formas de testamentos más adecuadas a estos tiempos.

Asimismo, se podría invocar al Artículo 27 inciso 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en cuanto establece que «toda persona tiene derecho a participar [...] en el progreso científico y en los beneficios que de él resulten», a efectos que los documentos electrónicos y la firma digital -siendo resultados del progreso científico- tengan cobijo en las normas sobre los testamentos. La norma internacional antes referida, tiene como función principal que los Estados que la acojan, propicien la regulación y el acceso a las bondades de la tecnología por igual a todos sus ciudadanos, en consecuencia, podríamos inferir que la normativa con respecto a las formalidades de los testamentos en nuestro ordenamiento nacional presenta un evidente desfase que no permite lograr la participación del ciudadano en el beneficio del progreso científico; como por ejemplo el hecho que aún no se permita el otorgamiento de testamentos mediante el uso del soporte electrónico y con el uso de la firma digital. Como se mencionó anteriormente, diversas normas de nuestro ordenamiento civil -en especial las normas relacionadas a los contratos- han recibido múltiples actualizaciones y adaptaciones a los cambios introducidos por las tecnologías de la información, como puede ser el caso de la regulación del conocimiento de la oferta a través de medios electrónicos (segundo párrafo del artículo 1374 del Código Civil). Son estas desatenciones al Derecho Sucesorio que amplían la brecha existente entre la modernización de las normas contractuales y las normas sucesorias, lo cual podría tomarse como una infracción a la norma internacional antes acotada.

1.6 Conclusiones.

A manera de conclusión para el presente capítulo, podemos establecer que la definición de testamento que corresponde al derecho romano justinianeo, ha sido tomada por la mayor parte de la doctrina nacional y extranjera sin mayores variaciones. Lo mismo ocurre con la regulación de las formalidades para el otorgamiento de testamentos, lo que ha ocurrido es que se ha trasladado a la mayoría de los códigos civiles del mundo, sin mayores variaciones, las mismas formalidades existentes en la codificación justiniana, basta con hacer una comparación entre el texto justinianeo y el texto de cualquiera de los códigos civiles antes mencionados para caer en cuenta que, palabras más o palabras menos, se repite de manera bastante similar cada una de estas formalidades.

Igualmente, al analizar cada una de las formalidades generales de los testamentos ordinarios, se puede inferir que si bien no podemos dejar de contar con la mayoría de ellas -fecha de otorgamiento, nombre y firma del testador-, si es posible prescindir de algunas otras como la redacción del testamento de la propia mano del testador o de la intervención de los testigos testamentarios.

En la actualidad, las personas estamos abandonando lentamente el uso de la escritura a mano, y usamos frecuentemente nuestros ordenadores o los teléfonos móviles para redactar textos, y pese a la adición del artículo 141-A al Código Civil peruano, el cual ha establecido que la firma digital equivale a la firma manuscrita, esta norma no es aplicable al Derecho Sucesorio debido a que no existe regulación necesaria que permita su efectiva operatividad en dicha área del Derecho, como si ocurre por ejemplo en temas de contratación electrónica.

CAPÍTULO II:

El análisis de las formalidades testamentarias en la jurisprudencia del *Common Law* y la regla australiana del *Dispensing Power*.

Anteriormente hemos revisado el tema de las formalidades testamentarias para tratar de dar una explicación y sustento a la situación actual de la regulación en el Código Civil peruano con respecto al testamento, llegando a la conclusión que las formalidades testamentarias están establecidas en función a la tradición romana que nos causa una inmediata reacción en el sentido que, la época actual en la que vivimos está marcada por la implementación y el uso masivo de la tecnología en nuestra sociedad.

Lo que viene sucediendo alrededor del mundo no es más que la lógica consecuencia de los avances tecnológicos que a la fecha existen y que abarcan casi la totalidad de nuestra vida diaria. Es por ello que, las personas reclaman una coherente regulación de la situación actual en materia testamentaria y que va ganando varios adeptos a nivel mundial con el pasar del tiempo.

A continuación, vamos a revisar algunos casos que evidencian la necesidad de las personas por dejar de lado el tradicional formalismo de los testamentos y buscan que la jurisprudencia se pronuncie respecto de nuevas formas más flexibles para el otorgamiento de testamentos, siendo que existe una tendencia en ese sentido, tal como veremos a continuación.

2.1 Jurisprudencia en el *Common Law*.

La jurisprudencia en el *Common Law* es la que mejor ha asumido la posición de dejar atrás los rigurosos formalismos a la hora de otorgar testamentos, para dar paso a una nueva interpretación de las normas y dar respuesta a ese llamado de justicia por parte de las personas.

Tenemos pues algunos casos emblemáticos que nos van a ayudar a entender cómo es que los jueces reflexionan sobre los casos presentados e interpretan las normas de tal forma que prefieren conservar el acto testamentario.

Los casos que a continuación se detallan han sido analizados revisando -en su mayoría- los pronunciamientos de las cortes respectivas, para lo cual agregamos al final del presente trabajo el Anexo III, en donde se podrán ubicar los enlaces a cada uno de ellos. Para los casos en los que no se tuvieron a la vista los pronunciamientos de las cortes, nos hemos remitido a diferentes autores que explican los pormenores de lo ocurrido, haciendo la mención correspondiente.

2.1.1 Caso: Cinta de audio como parte integrante de un testamento escrito. *Estate D M Edwards: Treacey v Edwards [2000] NSWSC 846 - Nueva Gales del Sur, Australia.*

Australia es uno de los países que viene acumulando diversos casos en materia de testamentos informales -es decir, que no cumplen a cabalidad con las formalidades legales establecidas-, tal como pasaremos a revisar en adelante.

Este caso corresponde al testamento otorgado por David Michael Edwards, quien falleció el 18 de junio de 1996 a consecuencia del virus del VIH que contrajo.

Según los hechos descritos por la Corte, en fecha 21 de diciembre de 1993, David Michael Edwards había otorgado un testamento nombrando a tres de sus amigos como beneficiarios y ejecutores de su última voluntad. En ese testamento, el otorgante dejaba en claro que no deseaba que su madre o su hermana tengan participación alguna, puesto que ambas no aceptaban el hecho que él era homosexual, y por lo tanto no quería que ellas tengan ni voz ni voto en relación a los arreglos de su fallecimiento.

En el año 1996, luego de haber conversado con un abogado respecto a su testamento, el señor Edwards vio por necesario especificar algunos temas, siendo que el abogado le había sugerido hacer un testamento en el cual se incluya una lista de los legados o en todo caso hacer una lista aparte, haciendo referencia de ello en su testamento. El causante optó por realizar un nuevo testamento y eligió una cinta de audio para enlistar los legados que dejaba. El nuevo testamento de fecha 2 de junio de 1996, revocaba cualquier otro testamento anterior y nombraba como beneficiarios y ejecutores del testamento a sus amigos Scott John Treacey, Philip John Ritchie y Sonia Champion De Crespigny, los demandantes.

En el cuerpo del testamento se podía leer lo siguiente: «*I direct my executors to dispose of all of property [sic] both real and personal in accordance with the audio tape recorded list which accompanies this Will.*» Igualmente, en este testamento el causante expresó su deseo que su madre Gwendoline Ada Edwards o cualquier otro miembro de su familia no participara de los arreglos de su funeral o cualquier otro asunto relacionado con su muerte, debido a la falta de aceptación de su homosexualidad por parte de ellos.

La cinta de audio encontrada en un envase tenía la siguiente inscripción: «*Notes on will of David Edwards*», además de contener la firma del fallecido.

La Corte llegó a la convicción que el testamento de 1996 había revocado al testamento de 1993 de manera válida e incondicional, debido a la cláusula expresa que contenía. Asimismo, que la cinta de audio había sido válidamente incorporada al testamento por la referencia realizada en el mismo, siendo en consecuencia parte del testamento. Esto último fue así, debido a que la Corte se basó en la norma denominada *Wills, Probate and Administration Act 1898 (NSW)*, la misma que en su Sección 7 señala que un testamento no es válido a menos que sea escrito y firmado por el testador; y en concordancia con la Sección 18A -introducida por una enmienda en 1989- que señala que si un testamento no ha sido elaborado con las formalidades legales, puede ser validado por la Corte si esta considera satisfecho los siguientes requisitos: i) que la persona fallecida haya pretendido que el documento constituya su testamento y ii) se verifique cualquier otra evidencia relacionada con la ejecución del testamento o disposiciones testamentarias de la persona fallecida.

Ahora bien, la situación antes descrita nos evoca la posibilidad de admitir en nuestro sistema al testamento *per relationem*, y en efecto, es una posibilidad real sobre todo porque se trata de coadyuvar con la determinación de la voluntad que no ha sido totalmente clara al momento que el testador elaboró sus disposiciones testamentarias, lo cual de ninguna manera implicaría que se creen nuevas disposiciones, por el contrario lo que se busca es encuadrarla dentro de los parámetros amplios dejados por el testador, mediante la referencia hacia un documento externo para esclarecer por ejemplo al sujeto o el objeto, que no encuentra claridad en la disposición testamentaria. En relación a la libertad en la aplicación de este elemento extrínseco, Saavedra señala que «no queremos dar a entender que la posibilidad de hacer referencias a datos extrínsecos pueda ser hecha de la manera más libre sino que debería bastar [...] con que el documento brinde las certezas suficientes sobre su autenticidad y una «relativa seguridad» sobre la imposibilidad de su adulteración por una voluntad externa a la del *de cuius*, pero, para ello, bastaría con que el documento posea fecha cierta, o bien que el contenido del dato al cual se remite sea de conocimiento de algún organismo estatal o funcionario público, etcétera» (2008: 249).

La Corte asimismo nos deja saber que la referida Sección 18A fue introducida en la normativa, con motivo de las recomendaciones realizadas por la *New South Wales Law Reform Commission* en su reporte denominado «*Wills - Execution and Revocation*», en dicho reporte se abarcó el tema de las formalidades para el otorgamiento de testamentos, y se propuso la inclusión de la Sección 18A, la cual es descrita como «*a general dispensing power*»; y que si bien

los autores del reporte excluyen a los testamentos grabados en audio o video debido a que no satisfacen el requisito de escritura, la Corte señaló que estos no toman en cuenta las circunstancias del testador afligido por la condición de su enfermedad, siendo difícil dar en detalle las disposiciones respecto a su propiedad por escrito, lo cual es más sencillo de hacer en una cinta de audio. Y en ese sentido, como el reporte recomienda la introducción del «*general dispensing power*», y los autores hacen referencia a que debe de existir un «documento» para evitar los problemas relacionados con la incertidumbre y dificultad de los testamentos orales, se tuvo que interpretar la palabra «documento» en función a la normativa existente. Para ello la Corte acude a la *Interpretation Act 1987 (NSW)*, la cual en su Sección 21 tiene un listado de las definiciones de las palabras y expresiones comúnmente utilizadas, y en cuanto a la palabra «documento», se tiene que esta constituye cualquier registro de información, incluyendo: a) cualquier cosa en lo que haya escritura, b) cualquier cosa en donde se encuentren marcas, figuras, símbolos o perforaciones que tengan un significado para personas calificadas para su interpretación, c) cualquier cosa cuyo sonido, imagen o escritura pueda ser reproducida con o sin la ayuda de alguna otra cosa, o d) un mapa, plano, dibujo o fotografía.

De esta manera, la Corte manifestó que, en el presente caso, la cinta de audio es un objeto del cual su sonido puede ser reproducido con la ayuda de un tocacintas; encajando con la definición de «documento» contenida en la norma antes mencionada. Asimismo, la Corte indicó que, en el reporte elaborado por la comisión, no se muestra una intención de evitar que un documento no escrito sea tratado como un testamento, bajo los alcances de la Sección 18A. Por el contrario, la Corte expresó que la intención legislativa reflejada en la Sección 18A, es crear una excepción a la Sección 7, para cualquier cosa que sea un «documento» y que satisfaga los requisitos de la Sección 18A. Finalmente, la Corte hizo una reflexión acerca de la posibilidad que este caso sea una «*back door*» para que se introduzcan los testamentos en audio o video en general; pese a ello, estableció que no es una posibilidad real debido a que la Sección 18A es utilizada únicamente en casos excepcionales y en donde la Corte, a través de un proceso, vea satisfecho que el «documento» realmente refleja la intención testamentaria final del causante, siendo que para la admisión de ese tipo de testamentos sería necesaria la enmienda de la Sección 7.

Como hemos podido apreciar de este primer caso del año 2000, en la normativa existe un dispositivo especial que fue incluido para acoger a los testamentos que no han sido realizados según las formalidades establecidas. Este «*general dispensing power*» es la solución a los problemas generados por este tipo de testamentos y permite a los juzgadores, una vez

cumplidos los requisitos previstos, emitir un pronunciamiento en favor de la supervivencia de la voluntad testamentaria del causante.

2.1.2 Caso: Testamento con firma generada por ordenador. *Taylor v. Holt*, 134 S.W.3d 830 Court of Appeals of Tennessee 2003 - Tennessee, Estados Unidos de América.

En este caso los hechos dan cuenta de una persona llamada Steve Godfrey quien, en enero del año 2000, redactó su testamento en una sola página utilizando su ordenador, habiendo colocado al final del texto su firma generada en su ordenador. El testador solicitó a dos de sus vecinos -Hershell Williams y Teresa Williams- para que actúen como testigos del testamento, quienes firmaron y fecharon el documento luego de la firma del otorgante. En el testamento, el testador disponía que todos sus bienes pasen a propiedad de una persona llamada Doris. El testador falleció aproximadamente una semana después de haberse firmado el testamento por los testigos.

Doris Holt, quien fue pareja del causante, presentó el testamento para su validación acompañando las declaraciones de los testigos Hershell Williams y Teresa Williams, quienes afirmaron que el testamento fue elaborado en presencia de ellos, añadiendo que el testador se encontraba en su sano juicio al momento de la elaboración del testamento que firmaron. La hermana del causante, Donna Godfrey Taylor, alegó que el testamento no había sido firmado por el causante y que este había fallecido intestado, correspondiéndole a ella ser declarada como su heredera, según las reglas de la sucesión intestada.

La Corte dio la razón a Doris Holt, indicando que el testamento cumplía con los requisitos legales para su otorgamiento según la normativa sucesoria del Estado de Tennessee.

La hermana del causante, apeló dicha decisión por dos razones: la primera, porque la Corte se equivocó al otorgar validez a la firma generada por ordenador, la cual no cumple con los requisitos legales para los testamentos, y la segunda por haberse permitido que se haya establecido un legado habiéndose mencionado únicamente el prenombre del beneficiario en el testamento.

La Corte de Apelaciones señaló que, dentro de los requisitos formales para otorgar un testamento, la norma ordena que debe de ser firmado por el testador y por lo menos dos testigos. En consecuencia, para el caso la Corte debía de determinar el alcance de lo que se entiende por firma, tomando en cuenta lo normado en el *Tennessee Code Annotated* que en su Sección 1-3-105 establece que la palabra «firma» o «firmado» incluye una marca, el nombre escrito cerca de la marca y presenciada por testigos, o cualquier otro símbolo o metodología efectuada o adoptada por una parte con la intención de autenticar una escritura o registro,

independientemente de ser atestiguada. En el presente caso, el causante efectivamente realizó una marca, siendo su intención que operara como su firma, asimismo la firma fue realizada por el propio testador utilizando su ordenador y en presencia de dos testigos. Según la Corte, la firma generada por el ordenador del testador calza dentro de la categoría de cualquier otro símbolo o metodología efectuada o adoptada por una parte con la intención de autenticar una escritura o registro, descrita por la norma; en consecuencia, en este extremo no se evidenció error alguno en la decisión apelada.

Con respecto al nombre de la beneficiaria, la Corte manifestó que la apelante plantea un problema acerca de si el nombre de Doris -señalado en el testamento- corresponde al de Doris Holt, y siendo que durante el trámite seguido en la instancia inferior no se pronunció acerca de este tema, debido a que no era pertinente para emitir pronunciamiento sobre la validez del testamento, la Corte no consideró acoger ese extremo de la apelación. Finalmente, la conclusión a la cual llega la Corte, es de confirmar la decisión apelada.

Para la apreciación de los hechos y la resolución del caso, la Corte se basó en las normas existentes; es decir, fue un pronunciamiento donde se aplicó estrictamente el Derecho. Siendo importante mencionar que, gracias a la aplicación de normas conexas se pudo establecer el verdadero alcance de la palabra *signature*, que fue el meollo del asunto.

2.1.3 Caso: Testamento en ordenador. *In Re: The Estate of Gene E. Steed, Tex. App. Texarkana, 2004* - Texas, Estados Unidos de América.

El presente caso, resuelto por la *Court of Appeals of Texas* en fecha 17 de diciembre de 2004, es bastante curioso por cuanto el testador era un prestigioso abogado de la ciudad de Texarkana, quien tenía más de cuarenta y cinco años de experiencia y justamente se especializaba en la redacción de testamentos (Márquez 2013: 97).

A manera de resumen, se trató de un caso en el cual Gene E. Steed -abogado de profesión- redactó varios testamentos antes de morir. Tres de esos testamentos fueron llevados a la corte para su validación. Los hijos del fallecido abogado pretendían hacer valer un testamento fechado en 1980; sin embargo, encontraron en el ordenador del fallecido un testamento de fecha 20 de noviembre de 2001. Por su parte, la viuda del fallecido pretendió hacer valer un testamento ológrafo fechado en 1998, que el fallecido le había enviado.

El jurado del caso, determinó que el testamento presentado por la viuda fue realizado sin intención de ser su testamento y fue resultado de *undue influence* -para Scalise, se trata de un concepto complejo de establecer; sin embargo, existen algunos indicios para establecer la presencia del *undue influence*, a saber: i) debe existir una relación de confianza entre testador y

beneficiario, ii) se debe de tomar en cuenta la edad y salud mental del testador, y iii) debe existir una anormal o inusual disposición del patrimonio del testador en favor de la persona de confianza (2008: 54-60)-, y que el testamento del 2001 nunca fue realizado de acuerdo a las normas. Siendo ello así, la Corte resolvió que ambas partes habían desistido de probar la validez del testamento de 1980 y, en consecuencia -no existiendo testamento válido- la sucesión deviene en intestada aplicándose las normas respectivas. Tanto la viuda como los hijos del causante, apelaron dicha decisión.

Una vez llegado el caso a la *Court of Appeals of Texas*, se establecieron los diferentes asuntos a tratar con motivo de la referida apelación de las partes.

Uno de estos temas fue el dilucidar si es que existía suficiente evidencia legal y fáctica que acredite la validez del testamento del 2001, encontrado en el ordenador del fallecido. Es así que, revisado el expediente se encontró el testimonio de Linda James quien era una examinadora de documentos, la misma que revisó el testamento ológrafo de 1998, encontrando que efectivamente había sido escrito de la mano del propio fallecido. La misma especialista se pronunció con respecto a testamento del 2001 indicando que pese a no ser una experta en la materia, en su opinión el testamento encontrado en el ordenador del fallecido no era confiable puesto que al haber sido creado en un ordenador la fecha de creación podría haber sido manipulada fácilmente, encontrando la Corte que la referida especialista no tuvo la oportunidad de examinar el ordenador para determinar si es que efectivamente existió alguna variación en la fecha del documento.

Por otro lado, se revisó el testimonio de Candice Hague, quien fuera secretaria del fallecido tiempo antes de haberse realizado el testamento del 2001, manifestando que el propio testador le llamó para que acudiera a su oficina, en donde ella misma certificó -actuando en su calidad de *notary public*- un testamento en el que los señores Larry Money y Hatton firmaron como testigos. Asimismo, testificó que el señor Gene realizó el procedimiento usual para el otorgamiento de testamentos, confirmando que era su testamento, indicando que era mayor de dieciocho años de edad, estar dentro de sus capacidades mentales y revocando cualquier otro testamento que hubiere otorgado. Igualmente, dentro de su testimonio, indicó que ella no había revisado el contenido del documento que certificó, no pudiendo confirmar si es que el testamento encontrado en el ordenador del fallecido era el que ella efectivamente había certificado.

El testigo Larry Money, quien trabajaba al lado de la oficina del causante, indicó que el señor Gene solía pedirle su participación como testigo testamentario. Agregó que, el día en que participó del testamento del causante, escuchó decir al señor Gene que el testamento

realizado era su testamento final, revocando cualquier otro testamento otorgado; sin embargo, al no haber leído el documento no podía identificar si el documento en cuestión era el mismo que firmó como testigo. Por su parte el testigo Hatton, quien fue por mucho tiempo asistente legal en la oficina del causante, manifestó que el propio Gene le pidió leer el testamento, lo cual hizo. Asimismo, indicó que el documento presentado a la Corte era una copia exacta del testamento que el señor Gene realizó en fecha 20 de noviembre de 2001. La Corte revisó también la declaración de Nickie Drehel, especialista en ordenadores del Departamento de Policía de Houston, quien cuestionó lo declarado por Linda James. En efecto, luego de haber examinado el ordenador del causante, el mencionado especialista no encontró evidencia alguna de manipulación de la fecha en el ordenador.

Habiendo revisado la evidencia del caso, la Corte señaló que lo expresado por el jurado carece de sustento fáctico, siendo además equivocado e injusto.

Finalmente, la Corte concluyó su pronunciamiento dejando sin efecto el fallo del tribunal del distrito en donde se originó la causa, remitiendo el caso para un nuevo pronunciamiento, tomando en consideración lo expuesto por la propia Corte.

Las partes pretendieron llevar el caso a la Corte Suprema por un tema de jurisdicción, siendo archivado el caso el 2 de enero de 2006.

De lo anteriormente expuesto, podemos ver cómo es que la Corte nos da a entender que el testamento si había cumplido con las formalidades legales, sin importar que esto haya sido realizado en un ordenador -soporte electrónico-, puesto que el testamento nunca fue impreso por el causante.

2.1.4 Caso: Testamento en archivo digital «will.doc». Alan Yazbek v Ghosn Yazbek & Anor [2012] NSWSC 594 - Nueva Gales del Sur, Australia.

En el presente caso, Daniel Yazbek -el causante- era una persona de treinta y nueve años de edad, de estado civil soltero y sin hijos conocidos, que falleció el 18 o 19 de setiembre de 2010 y según las investigaciones policiales se habría tratado de un suicidio.

Alan Yazbek -hermano del fallecido- inició las acciones legales correspondientes para validar el testamento de su hermano -encontrado en la *laptop* del fallecido-, el cual fue creado utilizando el programa de *Microsoft Word*, y que tenía por nombre «will.doc». El archivo que habría sido creado y editado por el causante entre los días 11 y 14 de julio de 2009, fue generado con la intención que sea considerado como su testamento, a manera de prevención y con motivo de su partida en vacaciones al país de Grecia el día 14 de julio de 2009. Por tanto, Alan pretendía que la Corte dispense de las formalidades establecidas por la normativa

para el otorgamiento de testamentos, y que el archivo denominado «*will.doc*» sea reconocido válidamente como el testamento de Daniel Yazbek.

Los padres del fallecido, Ghosn y Mouna Yazbek, contradecían lo sostenido por Alan, afirmando que su hijo Daniel nunca tuvo la intención que dicho archivo sea su testamento. Ellos agregaron por otro lado que, Daniel llegó a imprimir el referido archivo en papel y procedió a firmarlo, hecho que fue sustentado durante el proceso mediante la declaración de testigos; sin embargo, posteriormente el mismo otorgante destruyó dicho documento, con lo cual los padres sostenían que se podía inferir dos cosas: i) que el pretendido testamento habría sido revocado por el propio otorgante, o ii) que el causante no tenía la intención que dicho archivo opere como su testamento. En consecuencia, habiendo fallecido intestado, se debería de recurrir a las normas de la sucesión intestada con respecto a su fallecido hijo.

Durante el desarrollo del proceso se pudo dar a conocer que, cuando los investigadores revisaron la *laptop* de Daniel, encontraron en el disco duro el archivo llamado «*will.doc*», el cual fue ubicado en la siguiente ruta: «*C:/users/danielyazbek/documents/will.doc*». El experto forense, señaló que el referido archivo había sido encontrado en una ubicación donde normalmente las personas suelen guardar archivos personales o de negocios. El archivo rescatado del dispositivo contenía el siguiente texto:

«Dear Family,

I want to say that it was an absolute pleasure to be a part of this family in this life. I want to say to mum and pop that I could not ask for more in a parent.

Mum, your unconditional love is the reason I made it to 38 and that I will never forget you. You were the soul of my very existence.

Pop, thank you for being there for me. I know in my heart that you loved me more than words could have ever been said.

To all of my brothers and sister. Thank you for everything and every memory that I have of you all.

I want to tell you all that I love you all and will miss your company in every way.

Following is the list of things that I have accumulated over the years and would like to hand out to the following persons.

MUM- I want you to have the car of your dreams. With the equity I have I want you purchase whatever you want.

POP- I know that you don't want anything but my love, so this is yours.

ANWAR- I want to give you my Ibanez guitar, my CD collection any electrical goods I have. Plus \$100,000 from my equity in my Ashton st property.

DAVID- I want to give you \$50,000 in cash from the equity in my Ashton st property.

MAL- I want to give you \$50,000 in cash from my superannuation fund.

AL- I want to give you all of my architecture books and 50% of my equity in our business.

MAT- I want to give you my motorbikes, and 50% of my equity in our business and my equity in Stewart property.

AMANDA- I want to give you Lorna ave, and my share of money overseas.

CHRIS, MIKEY & ROCCO- Thanks for our friendship. I could not ask for better friends.

Ps I want you to tell of my friends that I love then and will miss them all.

Pss I want to give my Gibson Les Paul to rocco and \$20,000 which I have in my savings accounts with Westpac and commonwealth bank so you can finish your album.

Love and light

Daniel Yazbek.»

La Corte hace referencia a que el testamento no fue elaborado de conformidad a lo establecido en la *Sucesion Act 2006, Section 6(1)*, que regula las formalidades para el otorgamiento de testamentos, y lo que busca el recurrente es que la Corte dispense de las formalidades establecidas en la norma antes mencionada, en aplicación de la *Section 8*.

La Corte puso de manifiesto que en la *Sucesion Act 2006, Section 8*, para que la Corte pueda proceder a ejercer este «*dispensing power*» es necesario que se verifique lo siguiente: a) debe de existir un documento o parte de un documento, b) que contenga las disposiciones testamentarias de la persona fallecida, las cuales no cumplen con las formalidades legales de los testamentos; y, c) que la persona fallecida haya querido que opere como su testamento. Asimismo, la Corte debía de tener en cuenta lo siguiente: i) cualquier evidencia relacionada a la manera de cómo el documento fue realizado, y ii) cualquier evidencia de la voluntad testamentaria de la persona fallecida, incluyendo la evidencia de declaraciones hechas por la persona fallecida.

Si bien las partes reconocían que el archivo «*will.doc*» era un documento, la Corte debía de establecer a la luz de la normativa -*Sucesion Act, Section 3*- que efectivamente el referido archivo cumplía con la definición de documento. Y en efecto, la definición de «documento» contemplada por la norma se cumplía, en el sentido que se entiende por documento a cualquier registro de información, incluyendo: a) cualquier cosa en donde haya escritura, b) cualquier cosa en donde haya marcas, figuras, símbolos, o perforaciones que tengan un significado para personas calificadas para su interpretación, c) cualquier cosa cuyo sonido, imagen o escritura pueda ser reproducida con o sin la ayuda de alguna otra cosa, o d) un mapa, plano, dibujo o fotografía. Para lo cual la Corte remarcó que el archivo «*will.doc*» era pasible de ser visualizado abriéndolo mediante el propio ordenador o bien imprimiéndolo.

De otra parte, la Corte señaló que la referencia a «disposiciones testamentarias» debía de entenderse en el sentido de cómo es que la persona desea que ocurra con su propiedad para después de su muerte. Y en el presente caso, es evidente que el causante ha dispuesto de sus bienes conforme se puede observar del contenido del propio archivo «*will.doc*». Asimismo, la Corte hace referencia a que el nombre de «*will*» -testamento- otorgado al archivo, es la palabra que comúnmente refiere a un documento que contiene disposiciones testamentarias, de lo contrario pudo haberle consignado cualquier otro nombre al archivo. Igualmente, la forma en que el causante redactó el documento es prueba innegable que él creía que no estaría vivo al momento que dicho documento sea leído, y que lo ahí escrito fue realizado con la finalidad de operar a su muerte. Por último, el archivo «*will.doc*» está redactado en forma de carta y dirigida a su familia, detallando la disposición de cada uno de sus bienes para cada uno de los miembros de su familia, reforzando la idea de testamento.

Igualmente, la Corte concluyó que efectivamente el causante deseaba que el archivo «*will.doc*» operara como su testamento, no solo por el nombre que le otorgó al archivo, sino porque él mencionó a otras personas que tenía un testamento en su *laptop*. Además del hecho que el testamento fue creado antes de su viaje a Grecia, con la intención que operara válidamente en caso de fallecimiento. Aún más, el causante consignó su nombre al final del texto, a manera de firma, otorgándole operatividad al documento que fue encontrado en su posesión -en su propia *laptop*- y que no fue eliminado luego de su retorno de Grecia. Y según el experto que analizó la *laptop*, Daniel abrió el archivo antes de la fecha de su fallecimiento, no lo editó ni eliminó, dando a entender que efectivamente ese era el documento que finalmente contenía su última voluntad, el cual operaría a su muerte.

Con ello, la Corte concluyó que Daniel pretendió que el archivo «*will.doc*» sea su testamento; debido a que el archivo i) era un documento, ii) expresando las disposiciones testamentarias de Daniel, y iii) que Daniel pretendió que operara como su testamento; con lo cual dicho archivo fue exceptuado de las formalidades legales para la ejecución de testamentos, siendo reconocido como un testamento válido.

Cabe precisar que en Nueva Gales del Sur (Australia), para la fecha en que se decidió este caso ya había entrado en vigencia la *Succesion Act 2006*, a diferencia del primer caso que vimos en donde se aplicó la *Wills, Probate and Administration Act 1898 (NSW)*. En ambos casos el «*dispensing power*» otorgado a la Corte, fue la solución para validar estos testamentos realizados sin cumplir con las formalidades legales.

2.1.5 Caso: Testamento ológrafo elaborado en una *Tablet*. *In re Estate of Javier Castro, 2013-ES-00140, Court of Common Pleas, Probate Division, Lorain County - Ohio, Estados Unidos de América.*

Este es uno de aquellos casos con el que podríamos toparnos en la actualidad, revisemos los hechos para tener la imagen completa del caso.

En diciembre de 2012, Javier Castro acudió a un centro médico para ser atendido. El personal de dicho lugar le indicó que requería de una transfusión de sangre para que se le pueda salvar la vida. Por cuestiones religiosas, Javier Castro se negó a prestar su consentimiento para que le realizaran dicho procedimiento, asumiendo que su negativa conllevaría indefectiblemente a su muerte.

El 30 de diciembre de 2012, Javier Castro se puso de acuerdo con sus hermanos Miguel Castro y Albie Castro, con respecto a preparar su testamento. Debido a que ninguno tenía un papel o lápiz para escribir, Albie sugirió utilizar su *Tablet* para redactar el documento.

En efecto, utilizando una aplicación que permite la escritura a mano y con la ayuda de un *stylus pen* -el cual simula a un bolígrafo para permitir la escritura en la pantalla del aparato-, Miguel procedió a recoger la voluntad de Javier, escribiendo a mano lo que este le dictaba, leyendo cada párrafo a Javier para confirmar lo escrito. Antes que Javier pudiera firmar el documento, fue trasladado a otra clínica; sin embargo, una vez que llegó a dicho lugar Javier procedió a firmar el documento en presencia de sus hermanos Miguel y Albie, quienes actuaron como testigos del acto y asimismo se contó con la presencia del sobrino de Javier, llamado Oscar DeLeón, quien llegó a la clínica y también suscribió el documento como testigo.

Como consecuencia de su negativa al procedimiento médico, Javier Castro falleció el 30 de enero de 2013.

En fecha 11 de febrero de 2013, Miguel Castro presentó el testamento impreso ante la Corte para su validación. El testamento consistía en tres páginas, en las primeras dos páginas se apreciaba que era el *last will and testament* -testamento- de Javier Castro y constaba de once párrafos enumerados. En el documento se nombraba a Miguel como el *executor*, la persona encargada de hacer cumplir las disposiciones testamentarias, a manera de albacea. En la tercera página se encontraba la firma de Javier, así como las firmas de Miguel, Albie y Oscar. A efectos de resolver este caso, la Corte procedió a analizar la Sección 2107.03 del *Ohio Revised Code*, en cuanto regula las formalidades para la elaboración de los testamentos, con la finalidad de determinar: i) si es que el testamento de Javier Castro encaja en el supuesto de hecho de

la norma -en cuanto a que el testamento debe ser escrito y firmado- y, ii) si la evidencia es suficiente para determinar que efectivamente se trata del testamento del fallecido.

Con respecto al primer punto, la Corte pone de manifiesto que la norma alude a que se requiere que el testamento sea escrito y que dentro del Capítulo 21, no existe definición alguna de lo que se debe de entender por la palabra «escrito». Sin embargo, en la Sección 2913.01(F) se puede encontrar una amplia definición de la palabra «escrito», entendiéndose como tal a cualquier programa de computadora, documento, carta, memorando, nota, papel, placa, datos, filmación, u otra cosa que contenga escritura, mecanografía, impresión; entre otra larga lista de adjetivos.

La Corte señala que, en caso se aplicara esta definición de «escrito», no habría duda alguna que el documento de la *Tablet* se encontraría dentro de lo dispuesto por la norma, aun mas si es que el documento fue preparando con un bolígrafo digital que permite la escritura a mano en el aparato; siendo que no calificar como «escrito» al testamento, sería restringir el alcance de la norma. Bajo la misma lógica, siendo que el causante firmó de su propia mano el testamento, no cabe duda que el testamento fue firmado por el propio testador y por sus testigos.

Con respecto al segundo punto, la Corte recibió no solamente la declaración de los testigos del acto, sino de algunos otros familiares del causante a quienes este comentó que había elaborado su testamento. La Corte agregó que, de las declaraciones recibidas se podía establecer que el causante nunca tuvo la intención de anular o revocar el testamento en cuestión.

De otro lado la Corte hizo mención a que en la Sección 2107.03 se hace referencia a que el testamento debe ser atestiguado y suscrito por dos o más testigos competentes; y siendo que en el testamento no existe ninguna cláusula de participación de testigos, sino que solamente es firmado por tres personas, es de aplicación la Sección 2107.24, en cuanto a que si el testamento no cumple con los requisitos de la Sección 2107.03, la Corte debe de tener evidencia clara y convincente acerca de: i) el causante preparó el documento o hizo preparar el documento, ii) el causante firmó el documento y tuvo la intención que el documento constituya su testamento, iii) el causante firmó el documento en presencia de dos o más testigos competentes. Siendo que estas tres condiciones fueron probadas, la Corte encontró que el testamento se encuadra en lo señalado por la norma y por tanto el documento firmado el 30 de diciembre de 2012, contenido en la *Tablet*, corresponde al testamento de Javier Castro, el cual goza de plena validez y eficacia.

Este caso también es resuelto gracias a la aplicación de una norma -Sección 2107.24- que le otorga la facultad a la Corte para establecer que un documento que no ha cumplido con las formalidades legales para ser considerado como testamento, sea considerado como tal siempre y cuando cumpla con los requisitos necesarios.

Asimismo, este caso nos permite conocer acerca del comportamiento de los jóvenes en nuestro tiempo, es difícil poder imaginar que en un hospital no encontremos lápiz y papel en algún lado para proceder con la redacción del testamento, y que los involucrados casi por instinto pensaron en utilizar un aparato tecnológico que tenían a la mano como algo normal para un evento tan importante, y es que la tecnología hace mucho que es parte de nuestra vida.

2.1.6 Caso: Testamento en DVD. *Mellino v Wnuk & Ors [2013] QSC 336 - Queensland, Australia.*

En este caso australiano no se detalla mucho acerca de los hechos, a pesar de ello la idea central del caso nos da referencias suficientes para analizarlo.

El caso trata acerca de una persona llamada Sean Peter Wnuk quien, antes de cometer suicidio, decidió dejar su última voluntad grabada en un *DVD* que él mismo preparó antes de su deceso.

La Corte es breve en su apreciación de los hechos y en la fundamentación de su decisión. Se menciona que, habiendo revisado otro caso en el cual se examinó los alcances de la Sección 18 de la *Succession Act 1981*, el *DVD* tiene la calidad de documento, según los parámetros de dicha norma. Cabe precisar que la referida Sección 18 se encuentra dentro de la División 4 denominada *Powers of court* y contiene regulado el poder para que la corte pueda dispensar de los requisitos legales en el otorgamiento de un testamento, en los casos en que un documento contenga la intención testamentaria del causante.

Asimismo, la Corte señala que se llegó a la convicción que el documento -*DVD*- contiene la intención testamentaria del causante, esto debido al hecho que el causante escribió las palabras «*my will*» en el *DVD*, además del contenido del video grabado en él, en donde el causante mencionó su deseo de cometer suicidio, indicando que no era bueno con los papeleos y que esperaba que el testamento que había grabado sea legalmente suficiente para ser operativo y se pueda disponer de su propiedad después de su muerte, nombrando a Michelle Christine Mellino como la persona encargada de hacer cumplir su última voluntad. De esta manera la Corte le otorgó valor al documento *DVD* como testamento del causante.

Como es de verse, la norma australiana regula expresamente esta atribución para que los tribunales puedan exonerar del estricto cumplimiento de las formalidades testamentarias, para el caso de otorgamiento de testamentos «informales», y en efecto este testamento registrado en video es más que suficiente para evidenciar la real voluntad del causante, más aún si se trata de un registro realizado a propósito de la fatal decisión optada por el testador.

2.1.7 Caso: Testamento en iPhone. Yu [2013] QSC 322 - Queensland, Australia.

Este otro caso ocurrido en Australia, conocido también como *The iPhone Will Case*, es un ejemplo más acorde a los tiempos actuales, en el cual la tecnología se ve involucrada a través del uso masivo de los teléfonos móviles. Es muy seguro que las personas que están leyendo estas líneas en estos momentos, cuenten al menos con un teléfono móvil si es que no tienen dos -personal y de trabajo- o más.

El caso llegó a la Corte Suprema de Queensland, en la cual la discusión se centró en lo que se debe de entender por «documento» a tenor de lo dispuesto por la Sección 18 de la *Succession Act 1981*.

En este caso, una persona llamada Karter Yu cometió suicidio en fecha 2 de setiembre de 2011. Momentos antes de suicidarse, él mismo creó una serie de documentos en su *iPhone* utilizando la aplicación de notas de su dispositivo móvil. Uno de esos documentos sería su testamento, por lo que su hijo Jason Yu, inició las acciones legales correspondientes para que la Corte validara el documento como el testamento de su padre.

La Corte, señaló que en la Sección 10 de la *Succession Act 1981*, se identifican los requisitos para la ejecución -elaboración- de un testamento válido; sin embargo, la Sección 18 de la misma norma establece que si la Corte está convencida que una persona tenía la intención que un documento sea su testamento, en consecuencia, el documento será su testamento si en él se encuentran las disposiciones testamentarias de la persona fallecida. Y para esto, la Corte señaló que era necesario cumplir con tres condiciones: a) la existencia de un documento, y según la normativa un documento debe de ser entendido como cualquier material en el cual la escritura sea pasible de ser producida o reproducida, con o sin la ayuda de otro artículo o dispositivo, encontrando la Corte que el archivo ubicado en el *iPhone* del causante es efectivamente un documento para los propósitos de la referida Sección 18; b) que el documento contenga las disposiciones testamentarias del fallecido, lo cual supone que existan instrucciones con respecto a lo que se debe de hacer con los bienes de propiedad del fallecido, condición que se cumplía a cabalidad puesto que el documento encontrado en el *iPhone* contenía dichas disposiciones y asimismo se encargaba al señor Jason Yu para que

haga cumplir el contenido del testamento a manera de albacea; y finalmente, c) que el fallecido haya tenido la intención que el documento elaborado sea su testamento, para esto no basta que el documento contenga disposiciones testamentarias, sino que además debe de ser legalmente operativo para que se pueda efectivizar. Igualmente la Corte señaló que el documento cumplía plenamente esta condición ya que el documento comenzaba con las palabras «*This is the last Will and Testament*», continuando con la identificación formal del fallecido -generales de ley-, la indicación del ejecutor del testamento -lo que en nuestro medio conocemos como albacea- lo cual hace operativo al testamento, además de contener el nombre del fallecido tipeado al final del documento en el lugar en el que usualmente se encontraría la firma en un documento escrito en soporte de papel, con la indicación de su domicilio.

La Sección 18 de la *Succession Act 1981*, es la norma en la cual se apoya la Corte para emitir su pronunciamiento, evidentemente esta norma cuenta con algunas condiciones para poder ser aplicable, pero justamente es esa la norma invocada en todos los casos ocurridos en el estado de Queensland permitiendo que, una amplia variedad de casos, puedan ser salvados.

2.1.8 Caso: Testamento en mensaje de texto. *Re Nichol; Nichol v Nichol & Anor [2017] QSC 220 - Queensland, Australia.*

Una vez más Australia nos sorprende con otro caso de testamento «informal». Esta vez se trata de un testamento dejado en un mensaje de texto, el cual nunca fue enviado, que se encontró en el teléfono móvil del fallecido Mark Nichol.

Los hechos ocurrieron en octubre de 2016, cuando Julie Ellen Nichol encontró el cuerpo sin vida de su cónyuge; y, en una mesa de trabajo, cerca de donde se encontraba el cuerpo del fallecido, halló el teléfono móvil de aquel.

Al día siguiente a solicitud de la viuda, una amiga de esta accedió al contenido del teléfono móvil para ubicar a los contactos a quienes deseaba avisar acerca del fatal hecho, encontrando un mensaje de texto sin enviar. La viuda informó del hecho a Bradley Nichol y Jack Nichol -familiares del fallecido- quienes tomaron una captura de la pantalla en donde se veía el mensaje, cuya copia fue exhibida ante la corte, y cuyo texto decía lo siguiente:

«Dave Nic you and Jack keep all that I have house and superannuation, put my ashes in the back garden with Trish Julie will take her stuff only she's ok gone back to her ex AGAIN I'm beaten. A bit of cash behind TV and a bit in the bank Cash card pin 3636

MRN190162Q

10/10/2016

My will»

La abreviatura “*MRN190162Q*” hace referencia a las iniciales del nombre del fallecido y a la fecha de nacimiento del mismo: 19 de enero de 1962.

El caso fue llevado a la Corte, siendo que David Allan Nichol y Jack David Nichol, hermano y sobrino del causante, respectivamente; pretendían que el referido mensaje de texto sea reconocido como el testamento del causante. Por su parte la viuda, Julie Ellen Nichol, pretendía desconocer dicho mensaje de texto, y que la sucesión intestada sea declarada.

Nuevamente para resolver este caso, la Corte hizo referencia a los requisitos establecidos en la Sección 18 de la *Succession Act 1981*, para dispensar de los requisitos legales en materia de testamentos, los cuales son: a) la existencia de un documento; b) que el documento contenga las disposiciones testamentarias del fallecido, lo cual supone que existan instrucciones con respecto a lo que se debe de hacer con los bienes de propiedad del fallecido; y finalmente, c) que el fallecido haya tenido la intención que el documento elaborado sea su testamento.

Los argumentos de la viuda hacían referencia a que el mensaje de texto carecía de valor, dando énfasis al hecho que; al no haber sido enviado el mensaje de texto, no se podría sostener que había una real intención por parte del fallecido de otorgar un testamento. La contraparte, argumentó que el hecho de haber indicado en el cuerpo del mensaje las palabras “*my will*” hacía evidente la voluntad del causante de otorgar testamento. Asimismo, se sostuvo que dicho documento contenía disposiciones testamentarias, las cuales debían de ejecutarse luego de la muerte del causante, y a efectos de sostener lo expresado, recurrieron a un experto que realizó un examen forense del teléfono móvil, llegando a la conclusión que efectivamente el mensaje de texto no había sido enviado. De la misma manera, y pese a que en el cuerpo del mensaje se señala la fecha 10 de octubre de 2016, el experto manifestó que en realidad no se puede determinar el momento exacto de creación del texto, pero pudo ser creado en algún momento antes de las 4:25 pm del 11 de octubre de 2016; igualmente, que el mensaje pudo ser guardado por la persona presionando un botón y que cuando el mensaje de abre para editarlo, aparece el símbolo de un *clip*, que cuando es presionado permite adjuntar imágenes u otros al mensaje original.

La Corte consideró que el primero de los requisitos antes mencionados había sido cumplido, siendo que ninguna de las partes cuestionó que el mensaje de texto no fuera un documento. Y, haciendo referencia al caso *Re Yu* -anteriormente expuesto- la Corte determinó que, el mensaje de texto es un documento electrónico que además satisface la definición de documento dispuesta por la norma. Con respecto al segundo de los requisitos la Corte indicó que, en el mensaje de texto dejado por el causante se evidenciaba diversas disposiciones

testamentarias como: a) el mensaje de texto decía al final «*my will*»; b) el mensaje identificaba los bienes del causante sobre los cuales dejó dicho «*keep all that I have*»; c) el causante también hizo referencia a que no deseaba dejar nada su cónyuge con las siguientes palabras «*Julie will take her stuff only she's ok gone back to her ex AGAIN I'm beaten*»; d) el causante dejó indicado que tenía dinero en una cuenta en el banco, indicando la clave de su tarjeta bancaria; y, e) el causante dejó expresamente indicado el lugar en donde era su voluntad que sus cenizas fueran a parar. Todo ello, dio pie para que la corte llegara a concluir que efectivamente existen disposiciones testamentarias en el referido mensaje de texto, y en palabras de la propia Corte: «*[t]he informal nature of the text does not exclude it from being sufficient to represent the deceased's testamentary intentions*». Asimismo, la Corte agregó que «*the terms of the text message were intended by the deceased to represent how he wished his property to be distributed upon his death and that the second requirement is satisfied on the basis that the text does state the deceased's testamentary intentions*». Finalmente, con respecto al tercer requisito, la viuda sostuvo que no existió real voluntad del causante para que el mensaje de texto opere como testamento, alegando que el mensaje no fue enviado y en caso que el causante hubiese querido que tenga efectos, debió de haberlo enviado. Añadió también que había tenido una relación difícil con el causante y que en varias oportunidades dejó el hogar que compartían. Igualmente manifestó que el causante había pasado por un momento de depresión y que aparentemente habría querido cometer suicidio algunos meses atrás; y, que a pesar de este episodio el nunca otorgó un testamento formalmente.

De otro lado, la contraparte sostuvo que el tercer requisito si había sido satisfecho, debido a que no existía evidencia de tipo médica que indicara que el causante estaba incapacitado para otorgar su testamento, además de haber dejado expresamente indicado en el mensaje que era su testamento con las palabras «*my will*», y entre otras cosas que el causante era tremendamente consciente de sus actos sobre todo por el hecho que, el día 9 de octubre de 2016 le pidió a su cónyuge que se acercara a su casa al día siguiente y que atendiera a los perros que tenía, debido a que él había determinado que para el día 10 ya se habría suicidado. Tomando en consideración lo expuesto por ambas partes la Corte señaló que las razones por las que consideraba que el mensaje de texto había sido creado por el causante con la finalidad que opere como un testamento, fueron las siguientes: a) el hecho que el causante creó el mensaje de texto durante el tiempo en que ya había determinado cometer suicidio, incluso hasta dejó expresamente indicado donde es que quería que sus cenizas fueran dejadas; b) el teléfono móvil del causante se encontraba en el lugar en donde este se suicidó; c) el causante dejó indicado cuál era su voluntad con respecto a la disposición de sus bienes y expresamente

indicó que no deseaba dejarle nada a su cónyuge; d) el nivel de detalle en el mensaje incluyendo el lugar en donde había dejado dinero en su hogar, la mención acerca del dinero en el banco y la clave de su tarjeta bancaria, así como sus iniciales con la indicación de su fecha de nacimiento y las palabras al final del documento donde se lee «*my will*»; y, e) el causante no expresó ningún deseo o intención contraria en relación con su patrimonio y las disposiciones contenidas en el mensaje de texto. La Corte agregó que, a pesar de no haber hecho referencia alguna acerca de la persona encargada de hacer cumplir su voluntad, eso no restaba mérito a la conclusión a la que se había llegado en el sentido que, el causante pretendía que el mensaje de texto operara como su testamento a su muerte. En palabras de la propia corte «*[t]he terms of the text message reflect that the deceased wished the document to be his final will and was not merely an emotional expression of wishes.*».

Es increíble como la Corte, en aplicación de la norma, salva este testamento. Creemos que, si se hubiese cuestionado el hecho que el texto hallado en el teléfono móvil no es un documento, la Corte aplicando la definición recogida en la *Acts Interpretation Act 1954, schedule 1*, sin ningún problema emitiría pronunciamiento en el sentido que si encaja dentro de la amplia definición de la norma.

2.1.9 Caso: Testamento en archivo digital. *Hubschi Estate (Re)*, 2019 BCSC 2040 – Columbia Británica, Canadá.

Este es un caso muy reciente ocurrido en Columbia Británica, el cual nos refleja cómo es que las cortes van adoptando esta tendencia mundial de otorgar validez a testamentos que no necesariamente cumplen con los requisitos formales establecidos en la norma.

Pasemos a revisar los hechos. Beat George Hubschi, nació el 7 de marzo de 1961, siendo que su madre lo dejó a cargo de una institución benéfica, a la edad de 3 años. La institución le consiguió un hogar con la familia Stack, con quienes creció. Desde su llegada al hogar de la familia Stack, fue tratado como uno de los hijos de la familia; sin embargo, nunca fue legalmente adoptado por dicha familia. Cuando la señora Stack falleció en el año 2011, dividió su patrimonio entre sus hijos, incluyendo al señor Hubschi como su hijo.

En el año 2017, el señor Hubschi descubrió que tenía problemas médicos con sus piernas, lo cual conllevó a una intervención quirúrgica. El 25 de mayo de 2017, fue dado de alta del hospital, falleciendo el 16 de junio de 2017. Cabe precisar que el causante falleció siendo de estado civil soltero y no procreó hijos.

Luego de su muerte, su «hermano» Gregory Stack realizó una búsqueda en la casa del causante, a efectos de comprobar si es que había dejado algún testamento. En el ordenador

del causante, se encontró un archivo llamado «*Budget for 2017*» -Presupuesto para el 2017- y dentro de ese archivo se encontró el siguiente texto: «*Get a will made out at some point. A 5 – way assets split for remaining brother and sisters. Greg, and at or Trevor as executor.*». Según lo señala la Corte, dicho archivo aparentaba haber sido modificado por última vez, en el mismo día en que el señor Hubschi falleció.

Para el caso, si la Corte encontraba que dicho archivo contenía el testamento del causante, los beneficiarios del mismo serían los cinco hermanos Stack, con quienes creció; de no ser así, se tendría que el causante habría fallecido intestado y por ende correspondería su patrimonio a sus familiares más próximos, con quienes el causante nunca tuvo relación alguna, ni mucho menos la intención de ubicarlos.

Es así que Gregory Stack dio inicio al procedimiento legal para la validación del testamento, llegando a ubicar a una hermana y una sobrina del causante quienes vivían en Suiza, y habiendo sido notificadas del proceso, no se incorporaron al mismo, ni presentaron oposición alguna.

La Corte indicó que en la Sección 37(1) de la *Wills, Estates and Succession Act, S.B.C. 2009 - WESA* por sus iniciales en inglés-, se establecen los requisitos para la validez de un testamento: i) que sea por escrito, ii) que sea firmado al final por el testador, y iii) que sea firmado por dos o más testigos en presencia del testador; siendo que la Sección 37(2)(a), regula que un testamento es inválido a menos que la corte ordene que sea efectivo como testamento bajo los alcances de la Sección 58. La mencionada Sección 58(1) proporciona a la Corte el «*power to cure deficiencies*», siendo que en dicha sección la palabra «*record*» -registro- incluye *data* que: i) se registra o almacena electrónicamente, ii) puede ser leída por una persona, y iii) es capaz de reproducirse de forma visible. La Sección 58(2) regula que, en su aplicación, la Corte puede emitir un pronunciamiento bajo los alcances de la Sección 58(3), en caso la Corte determine que un registro, documento o escrito o marcado en un testamento o documento representa: i) la voluntad testamentaria de la persona fallecida, ii) la intención de una persona fallecida de revocar, alterar o revivir un testamento o disposición testamentaria de la persona fallecida, o iii) la intención de una persona fallecida de revocar, alterar o revivir una disposición testamentaria contenida en un documento que no sea un testamento. La Sección 58(3) regula que, a pesar de no cumplirse con los requisitos de la norma la Corte puede, si las circunstancias lo requieren, ordenar que un registro o documento o escrito o marcado en un testamento o documento sea completamente efectivo como si hubiera sido hecho: i) como el testamento o parte del testamento de la persona fallecida, ii)

como una revocación, alteración o reavivamiento del testamento de la persona fallecida, o iii) como la intención testamentaria de la persona fallecida.

En ese sentido la Corte se pregunta si es que el registro en el ordenador del causante puede ser salvado bajo los alcances de la Sección 58 y sea declarado como su testamento, teniendo en cuenta que el archivo encontrado en el ordenador del causante es un *record* que ha sido grabado o guardado electrónicamente en el referido ordenador. Para esto la Corte se basa en el *Case Law* existente con respecto a los alcances de la Sección 58, haciendo referencia a que anteriormente la norma debía ser cumplida estrictamente *-strict compliance-* de manera que el testador era obligado a cumplir con las formalidades legales para la validez de su testamento; sin embargo, como resultado de un estudio realizado por la *British Columbia Law Institute*, se recomendó la introducción del *dispensing power* para aliviar las consecuencias del incumplimiento de las formalidades testamentarias como parte de una reforma general en materia sucesoria, siendo que dicha recomendación fue acogida por el legislador, introduciéndose así la Sección 58 en la normativa. Y para la Corte, bajo los alcances de la Sección 58, no existe un nivel mínimo de ejecución u otra formalidad para que un documento testamentario sea completamente efectivo, en consecuencia, un documento puede ser admitido independientemente de su forma, siempre que el solicitante demuestre que: i) el documento es auténtico, y ii) el documento contiene la intención completa, final y fija del testador. Asimismo, la Corte debe explorar todas las circunstancias alrededor de los hechos para formarse una opinión sobre el estado mental del testador.

Al sopesar todas las evidencias, la Corte encontró que el documento era la expresión deliberada de los deseos del causante en cuanto a la disposición de sus bienes para después de su muerte.

De otro lado, la Corte hace referencia a casos ocurridos en Australia *-Re Nichol; Nichol v Nichol & Anor [2017] QSC 220* y *Alan Yazbek v Ghosn Yazbek & Anor [2012] NSWSC 594-* que involucran registros digitales de la voluntad testamentaria de los fallecidos, haciendo hincapié en que son mencionados a manera de ejemplo y no son vinculantes para la decisión del caso; empero, nos muestra que se va abriendo paso a una corriente jurisprudencial que tiene impacto en las decisiones de los tribunales alrededor del globo.

Finalmente, la Corte concluye que el documento hallado en el ordenador del causante, es efectivamente su testamento, basándose en los siguientes hechos: i) los detalles concernientes a la historia del causante y su relación cercana con la familia Stack, ii) el cuidado continuo de los hermanos Stack para con el causante, iii) el evidente deterioro de su salud en el momento en que abrió el documento en su ordenador el día de su muerte, y iv) el reparto de la herencia

realizada por la señora Stack incluyendo como uno de sus hijos al señor Hubschi. Ordenando que el patrimonio del causante sea dividido entre sus hermanos y hermanas -tal como lo había dispuesto el causante-, recibiendo cada uno de los hermanos Stack, un quinto del patrimonio del causante.

2.2 Jurisprudencia en el Sistema Jurídico Mixto o Híbrido.

En un primer momento solo íbamos a tomar en consideración caso habidos en los sistemas jurídicos del *Common Law*; sin embargo, nos topamos con algunos casos ocurridos en Canadá y Sudáfrica, que se encuentran dentro de la calificación del Sistema Jurídico Mixto o Híbrido, los cuales son de gran relevancia para el presente trabajo de investigación, y que pasaremos a exponer en las líneas siguientes.

2.2.1 Caso: Testamento grabado en disquete. *Rioux v. Coulombe (1996), 19 E.T.R. (2d) 201 Québec Superior Court - Quebec, Canadá.*

Lamentablemente no hemos encontrado publicada la resolución de la propia Corte, así que nos hemos basado en lo descrito por algunos autores que estudiaron este caso.

En cuanto a los hechos, se tiene que Jacqueline Rioux, falleció en fecha 4 de mayo de 1996, habiendo cometido suicidio. Los agentes policiales encontraron una nota cerca del cuerpo de la fallecida, la cual los llevó a descubrir un sobre dentro del cual encontraron un disquete que contenía la siguiente inscripción: «*Cecu est mon testament/Jacqueline Rioux/1er février 1996*». En el disquete había un solo archivo guardado, el cual contenía indicaciones de naturaleza testamentarias. El referido archivo había sido guardado por última vez en fecha 16 de abril de 1996 a las 10:25 de la mañana. El mismo día, la testadora escribió en su diario personal que había hecho un testamento en su ordenador, con fecha 1 de febrero de 1996. El archivo fue impreso en papel para solicitar su validación como testamento ológrafo ante el órgano jurisdiccional correspondiente. La Corte Superior de Quebec, mencionó que a primera vista el texto no se ajustaba a los requisitos dispuestos por el artículo 726 del Código Civil de Quebec, con respecto al testamento ológrafo. Sin embargo, se tuvo por válido el testamento bajo el «*dispensing power*» contenido en el artículo 714 del Código Civil de Quebec (Mason 2016: 245-246).

Esta era una oportunidad para que la Corte se pronuncie con respecto a la elasticidad de las reglas ordinarias con respecto a la forma de los testamentos; sin embargo, se limitó a mencionar que el documento presentado para su verificación no satisfacía las condiciones de forma, sin explicar si se hacía referencia a que el testamento estaba contenido en un disquete

o por el hecho de haber sido elaborado mediante un medio mecánico o por ambos motivos (Kasirer 1997: 44).

De otra parte, la Corte hizo referencia a que este caso era similar a otros en donde el testador coloca su testamento sin firmar dentro de un sobre, firmando en el sobre posteriormente (Kasirer 1997: 45). Finalmente, la Corte resolvió el caso señalando que el disquete conjuntamente con la impresión en papel del archivo contenido en él, sin ninguna duda, constituían el testamento de la causante; en palabras de la Corte: «...[JJ]'ai l'ultime conviction, pour ne pas dire la certitude, que la diskette informatique et le document imprimé constituent de façon certaine et non équivoque, les dernières volontés de la défunte, Jacqueline Rioux» (Kasirer 1997: 52).

El artículo 714 del Código Civil de Quebec señala lo siguiente: «*Le testament olographe ou devant témoins qui ne satisfait pas pleinement aux conditions requises par sa forme vaut néanmoins s'il y satisfait pour l'essentiel et s'il contient de façon certaine et non équivoque les dernières volontés du défunt.*» Como es de verse, para la aplicación de esta norma es necesario que el testamento cumpla con lo esencial para su forma y que contenga de manera cierta e inequívoca las últimas voluntades del causante. Puede que la interpretación de la norma haya sido algo forzada; sin embargo, este pronunciamiento ha dado la vuelta al mundo por tratarse de uno de los primeros casos relacionados a testamentos no convencionales.

2.2.2 Caso: Testamento encontrado en ordenador portátil utilizado por empleado. *MacDonald v. The Master, 2002 (5) SA 64 (N) - Bloemfontein, Sudáfrica.*

La decisión de la Corte para este caso no se encuentra publicada en su portal institucional, así que nos basaremos en otros autores que han tenido acceso al mismo para poder conocer sus alcances.

En cuanto a los hechos, se trata de una persona que falleció -habiendo cometido suicidio- presumiblemente alrededor del 14 de diciembre del 2000, dejando en una mesa al costado de la cama en donde se encontró su cuerpo, cuatro notas escritas de su propia mano de fecha 13 de diciembre del 2000. Una de estas notas contenía el siguiente texto: «*I, Malcom Scott MacDonald, ID 5609065240106, do hereby declare that my last will and testament can be found on my PC at IBM under directory C:/windows/mystuff/mywill/personal*» (Snail y Hall 2010: 68). Se trataba pues, de las instrucciones precisas e inequívocas para encontrar y acceder al archivo creado por el propio causante, y que contenía su testamento.

Al día siguiente, las notas conteniendo las contraseñas para los archivos del ordenador portátil asignado al causante, fueron entregadas a los empleados de IBM, lugar en donde laboraba el causante. Una vez que se tuvo acceso a los archivos; se encontró, en la ubicación

señalada por el causante, el archivo que sería el testamento dejado por este, siendo que se imprimió el referido archivo en papel y fue entregado a la viuda. Los archivos del ordenador portátil luego fueron eliminados (Snail y Hall 2010: 68).

Habiéndose presentado la documentación para su validación, en primera instancia se rechazó la petición debido a que no se cumplía con las formalidades establecidas en la *Wills Act 7 of 1953*, específicamente las de la Sección 2(1)(a); es decir, que el testamento sea escrito, firmado, con la intervención de dos testigos y que sea firmado en todas sus páginas (Mason 2016: 247). Posteriormente, hubo dos testigos -empleados de IBM- que declararon ante la Corte que el causante tenía el puesto de Especialista en Tecnologías de la Información en IBM, y que únicamente él tenía acceso al ordenador portátil que se le había asignado, en donde se encontró el archivo que contenía su testamento. Siendo ello así, la Corte señaló los requisitos para establecer los elementos a probar para que el testamento sea aceptado, según lo normado en la Sección 2(3) que justamente recoge este *dispensing power* visto en otros casos, a saber: a) que el documento haya sido redactado por el causante, b) que el fallecido haya muerto desde la redacción del documento, y c) que el documento haya sido elaborado por el causante con la intención que sea su testamento. La Corte tenía claro que el segundo de los requisitos había sido probado durante el proceso, por lo cual correspondía pronunciarse respecto a los demás requisitos. Con respecto al primer requisito, y tomando una aproximación de carácter liberal con respecto a la interpretación de la norma, la Corte sostuvo que no se justificaba una interpretación estricta de la norma, debido a que es inconsistente con el verdadero propósito de la misma al no haberse cumplido con formalidades técnicas, sino que además no hay conciencia acerca de la realidad del mundo tecnológico en el cual vivimos (Snail y Hall 2010: 68-69).

En cuanto al tercer requisito, el razonamiento de la Corte fue basado en que toda la evidencia presentada indicaba que el documento había sido creado con la clara intención de ser el testamento del causante. De otro lado, la Corte sostuvo a manera de aviso que el poder de la corte, según lo estipulado en la Sección 2(3) de la norma -referida al *dispensing power*-, es un poder discrecional que debe usarse con moderación y no debe verse como un precedente legal para validar testamentos electrónicos; cuando la Corte ejerce este poder para condonar el incumplimiento de las formalidades legales, debe siempre de revisar los hechos de cada caso (Snail y Hall 2010: 69).

La Corte estableció los factores que fueron de importancia para llegar a su decisión, siendo estos los siguientes: a) los documentos son una clara indicación de la intención del difunto, que deberían ser considerados como su testamento; b) los documentos no son borradores

preliminares o notas para discutir con un abogado o cualquier persona para elaborar el testamento, sino que son sus deseos finales; c) no hay ningún elemento de sospecha de fraude asociado a los documentos y su reproducción; d) no hay sospecha que podría haber habido alguna manipulación del ordenador o de los documentos; e) no solo existían los documentos en el ordenador, sino que el testador había hecho clara referencia a estos específicos documentos en sus notas; f) hubo una clara indicación del causante con respecto a donde este documento se puede encontrar en su ordenador; g) solo el causante tenía acceso, mediante contraseña secreta, para colocar los documentos en el ordenador; h) solo el causante podría haber escrito dichos documentos; y por último, i) los documentos solo podían extraerse siguiendo las instrucciones hechas de la propia mano del causante y solo con la contraseña secreta del causante (Mason 2016: 248-249).

Cabe precisar que la *Wills Act 7 of 1953*, en un principio no contenía en su regulación esta figura del *dispensing power*, sino que con motivo de una reforma se emitió la *Law of Succession Amendment Act 43 of 1992*, la cual agregó el numeral (3) a la Sección 2.

2.2.3 Caso: Proyecto de testamento enviado por correo electrónico. *Van der Merwe v. Master of the High Court and another (605/09) [2010] ZASCA 99 - Bloemfontein, Sudáfrica.*

Este caso es muy particular debido a los hechos ocurridos y que a continuación pasaremos a revisar.

Hendrik van der Merwe y John Henry Munnik van Schalkwyk se conocieron en el año 1969, entablando una amistad duradera y continua en el tiempo, realizaban viajes juntos durante las vacaciones, se visitaban mutuamente, mantenían comunicación telefónica frecuentemente y a decir de Hendrik, entre ellos no había ningún secreto. Por algunos años estuvieron viviendo en la ciudad de Johannesburgo, posteriormente Hendrik se mudó a Ciudad del Cabo, su último lugar de residencia.

En el año 2007, ambos comenzaron a conversar acerca de sus futuros planes. John Henry planeaba jubilarse en el año 2008. Durante una de estas conversaciones, ambos llegaron al acuerdo de realizar cada quien su testamento, nombrando como único beneficiario al otro, debido a que ninguno de ellos tenía herederos forzosos. Siendo ello así, en fecha 26 de julio de 2007 John Henry envió un correo electrónico a Hendrik, el cual tenía el siguiente texto:

«TESTAMENTO

Yo, el abajo firmante,

JOHN HENRY MUNNIK VAN SCHALKWYK (ID No. 4803285060086)

Actualmente residiendo en EENHEID N0 29 BERGBRON VILLAS, WHITERIDGE UITBREIDING 9, ROODEPOORT por la presente se revocan todos los testamentos, codicilos y otros testamentos anteriores hechos por mí y declaró lo siguiente como mi testamento.

A.- Yo lego mi patrimonio, que incluye bienes muebles e inmuebles para: HENDRIK VAN DER MERWE – ID NO. 480218-5052-086. NO 1 LAETITIA STRAAT CHRISMA BELVILLE 7530

B.- Yo designo a ABSA TRUST LIMITED como albacea de mi patrimonio y los libero de la obligación de otorgar fianza ante el Magistrado de la Corte Suprema.

C.- ABSA TRUST LIMITED está además autorizado a usar la filial de servicios o compañía relacionada y, por lo tanto, tendrá derecho a cualquier compensación por tales servicios prestados.

D.- Mi material restante debe ser transportado de regreso a Sudáfrica (si es necesario). Mis mascotas (si cualquiera existiera en este momento) deben ser puestos a dormir por un veterinario calificado, y luego ser incinerados con mis restos mortales. Las cenizas deben ser enterradas en la misma tumba donde están enterrados mis padres en: Cementerio de BENONI, Sección DR5 – Tumba No's 681/2.

Firmado _____

En _____ este _____ día de _____ 2004 en presencia de los abajo firmantes desinteresados testigos, todos presentes al mismo tiempo.

COMO TESTIGOS:

1. _____
2. _____ TESTADOR» (*)

* Traducción libre del autor.

El proyecto de testamento fue realizado en base al modelo que le fuera proporcionado a John Henry, quien tomó los servicios prestados por la empresa Absa Trust Limited.

Luego de haber enviado el correo electrónico, John Henry se comunicó vía telefónica con Hendrik para preguntarle si es que estaba de acuerdo con el contenido del testamento. Por su parte, durante el mes de agosto de 2007, Hendrik acudió ante un abogado para que le redactara un testamento similar al que había otorgado su amigo. En fecha 17 de agosto de 2007, Hendrik procedió a firmar su propio testamento, situación de la cual tenía conocimiento John Henry.

John Henry se jubiló el 20 de marzo de 2008, falleciendo en fecha 12 de abril de ese mismo año. El proyecto de testamento nunca fue firmado por su persona. Durante el proceso, se

dio cuenta de un testamento anterior otorgado por el causante de fecha 23 de setiembre de 2004, en el cual señalaba como único beneficiario de todos sus bienes a una institución denominada *The Society for the Prevention of Cruelty to Animals* -La Sociedad para la Prevención de Crueldad hacia los Animales-; siendo que este testamento había sido redactado en similares términos al testamento enviado por correo electrónico.

Hendrik procedió a requerir la validación y reconocimiento legal del testamento que recibió por correo electrónico, ante la Corte Superior de Johannesburgo. La Corte determinó que la ausencia de la firma del otorgante era de suma importancia para resolver el caso, argumentando que las formalidades de la Sección 2 de la *Wills Act 7 of 1953*, se centran en la firma del otorgante. En ese sentido, no existiendo firma, no se puede establecer un nexo entre el testamento y el causante. De lo contrario cualquier documento que contenga los detalles del testador tendría que ser reconocido como testamento; y en opinión de la Corte, admitir el documento como un testamento válido sería abrir las compuertas a cualquier persona para que presente cualquier documento como testamento de alguna otra persona, siendo que la Corte resolvió rechazar al documento como el testamento del causante.

Habiéndose apelado dicha decisión por parte de Hendrik, la Corte Suprema señaló que si bien las formalidades para el otorgamiento de un testamento se encuentran reguladas en Sección 2(1) de la *Wills Act 7 of 1953*; de otro lado la Sección 2(3) de dicha norma otorga a la Corte un poder para aquellos casos en que, en relación al testamento o su modificación, no se haya cumplido con las formalidades prescritas. Y en ese sentido, si bien es claro que las formalidades prescritas en la Sección 2(1) y Sección 2(2), están para garantizar la autenticidad y para proteger contra testamentos falsos; al haberse incluido la Sección 2(3), la intención del legislador era de asegurar que el incumplimiento de las formalidades prescritas por la ley, no deba frustrar o anular la intención genuina del testador.

La Corte procedió entonces a revisar si es que se cumplía con el requisito establecido en la Sección 2(3) siendo que, se debía de determinar si es que el documento en cuestión había sido elaborado por el causante. Para ello la Corte hace referencia de algunos otros casos en que el testador no había firmado su testamento o proyecto de testamento, pero si existía la intención que el documento sea considerado como última voluntad, encontrando la Corte que la ausencia de la firma del otorgante no era una barrera para la validación del documento. Y para el caso, la intención del causante se respalda con el proyecto de testamento enviado por él mismo, vía correo electrónico, al propio beneficiario. Asimismo, la Corte estableció que el documento expresivamente titulado «TESTAMENTO» -escrito en un tamaño de letra

más grande y en negrita- era un indicador de la intención del causante que dicho documento sea considerado como su testamento.

Igualmente, en el testamento se nombra al apelante como único beneficiario de su patrimonio, siendo esto un hecho importante y objetivo que es consecuente con la voluntad del causante, al haber fallecido sin herederos forzosos. Todo lo cual conllevó a que la Corte concluyera que el documento había sido elaborado por el causante con la intención que operara como su testamento. Consecuentemente, la Corte encontró que la primera instancia cometió un error al no admitir el documento, resolviendo acoger la apelación y aceptando que el documento realizado por el causante, John Henry Munnik van Schalkwyk, en efecto corresponde a su testamento.

2.3 La regla del *Dispensing Power*.

De los casos anteriormente revisados hemos podido caer en cuenta que, en Australia -que es el país en donde la casuística relacionada a la conservación del testamento es abundante-, el legislador ha optado por otorgarle a las cortes la facultad de poder dispensar las formalidades testamentarias bajo la figura del *dispensing power*.

Evidentemente, esto no es algo que se gestó de la noche a la mañana; sino que fue un trabajo de muchos años llevado a cabo por los diferentes estados australianos y sus respectivos grupos de trabajo, quienes fueron publicando sus reportes en torno a las modificaciones de sus respectivas normas en materia sucesoria, y que van sirviendo para ir estructurando los grandes cambios a la legislación. A manera de ejemplo vamos a mencionar algunos de los reportes publicados: *Law Reform Committee, Report on Section 17 of the Wills Act, 1936-1966 (1969)* SALRC 6 – Australia del Sur; *Law Reform Committee, Report relating to the reform of the law on intestacy and wills (1974)*, SALRC 22 – Australia del Sur; *Law Reform Committee, Report relating to the effect of divorce on wills (1977)*, SALRC 44 – Australia del Sur; *Law Reform Commission, Report on The Law Relating to Succession (1978)*, QLRC 22 – Queensland; *Law Review Committee, Report Relating to the Attestation of Wills by interested Witnesses and Due Execution of Wills, (1979)* – Territorio del Norte; *Chief Justice's Law Reform Committee, Report on the effect of marriage on wills (1970)* – Victoria; *Statute Law Revision Committee, Report upon the proposals contained in the Wills interested Witnesses Bill 1971 (1972)* – Victoria; *Chief Justice's Law Reform Committee, Execution of Wills (1984)* – Victoria; *Law Reform Commission, A Working Paper on Reform in the law of wills: the making and revocation of wills, by G.M. Bates (1981)* – Tasmania; *Law Reform Commission, Report on Reform in the Law of Wills, (1983) Report No.35* – Tasmania; y *NSW Law Reform Commission,*

Report 47 (1986) – Community Law Reform Program: Wills – Execution and Revocation – Nueva Gales del Sur.

Basados en los reportes mencionados anteriormente, vamos a tomar como referencia para analizar la regla del *dispensing power*, los reportes de Queensland y Nueva Gales del Sur.

2.3.1 Reporte de Queensland de 1978.

En el reporte de Queensland, se ve una clara intención de modificar la norma sucesoria a efectos de modernizarla, toda vez que se consideraba que la norma requería de reformas sensibles en varios aspectos; sin embargo, vamos a ocuparnos del tema de las formalidades testamentarias. Y es pues que, los autores del reporte hacen mención de las diversas críticas recibidas con respecto a la actitud rígida de las cortes relacionadas al cumplimiento de las formalidades testamentarias, lo cual generaba que gran parte de los instrumentos presentados ante las cortes como testamentos sean invalidados, provocando en muchos de los casos situaciones injustas.

Es por ello que los autores vieron por necesario recomendar que los estándares de las cortes deberían ser menos rígidos, a efectos de acoger a los instrumentos que se presenten ante las cortes para su validación como testamento de la persona fallecida. Para lograr ese fin, determinaron recepcionar una regla desarrollada en los Estados Unidos de América por el profesor John H. Langbein -de lo cual nos ocuparemos más adelante- en relación al llamado *substantial compliance*; poniendo de manifiesto los autores que, esta sería la opción más idónea y que recaería en las cortes dar el alcance necesario a esta figura, en función a los casos que se vayan desarrollando, tomando en cuenta las particularidades de cada caso (QUEENSLAND LAW REFORM COMMISSION 1978:7).

El texto propuesto para la nueva *Succession Act* que acogía al *substantial compliance*, se encuentra en el reporte realizado por la comisión y cuyo texto es como sigue:

«*PART II – WILLS*

Division 1 – The Making of Wills

[...]

Section 9.(a) the Court may admit to probate a testamentary instrument executed in substantial compliance with the formalities prescribed by this section if the Court is satisfied that the instrument expresses the testamentary intention of the testator; and

(b) the Court may admit extrinsic evidence including evidence of statements made at any time by the testamentary instrument. » (QUEENSLAND LAW REFORM COMMISSION 1978).

El texto propuesto por la comisión, posteriormente formaría parte de la *Succession Act 1981* y que, en su versión original publicada en octubre de 1981, adoptaba literalmente el texto antes referido, el cual estuvo vigente hasta el año 2006.

Con algunos cambios en su redacción, y debido a enmiendas ocurridas en el tiempo, a la fecha el texto que se encuentra vigente es como sigue:

Succession Act 1981 – Queensland

Part 2 Wills

Division 4 Powers of court

Subdivision 1 Execution requirements

18 Court may dispense with execution requirements for will, alteration or revocation

(1) *This section applies to a document, or a part of a document, that—*

(a) purports to state the testamentary intentions of a deceased person; and

(b) has not been executed under this part.

(2) *The document or the part forms a will, an alteration of a will, or a full or partial revocation of a will, of the deceased person if the court is satisfied that the person intended the document or part to form the person's will, an alteration to the person's will or a full or partial revocation of the person's will.*

(3) *In making a decision under subsection (2), the court may, in addition to the document or part, have regard to—*

(a) any evidence relating to the way in which the document or part was executed; and

(b) any evidence of the person's testamentary intentions, including evidence of statements made by the person.

(4) *Subsection (3) does not limit the matters a court may have regard to in making a decision under subsection (2).*

(5) *This section applies to a document, or a part of a document, whether the document came into existence within or outside the State.*

Como es de verse ya no se hace referencia a la regla del *substantial compliance*; sin embargo, su esencia se mantiene bajo la figura del *dispensing power* la cual otorga a las cortes la facultad de exonerar de los requisitos legales para el otorgamiento de testamento siempre y cuando se cumplan las condiciones que la norma señala.

2.3.2 Reporte de Nueva Gales del Sur de 1986.

En Nueva Gales del Sur se nutrieron de los diversos reportes habidos anteriormente para tomar una decisión con respecto a la adopción de la regla del *dispensing power*.

Los autores de este reporte tenían en claro que si bien las formalidades testamentarias son vistas tradicionalmente como el método más seguro de conservar la voluntad del testador; empero, en muchas ocasiones pueden generar inconvenientes llegando al extremo de invalidar testamentos, tal como ocurre en diversos casos en los que la voluntad testamentaria del causante es evidente, pero falla al no haberse cumplido con alguna de estas formalidades, poniendo en evidencia que la normativa sucesoria tiende a frustrar los deseos del testador en la gran mayoría de los casos. Es así que en el reporte se establecen los objetivos de la reforma en relación a las formalidades testamentarias, los cuales son: i) conservar la libertad del testador para disponer de su propiedad; y ii) garantizar, en la medida de lo posible, que los testamentos reconocidos como legalmente válidos, representen los deseos finales de un testador libre y capaz (NEW SOUTH WALES LAW REFORM COMMISSION 1986: 25). A efectos de generar un balance entre ambos objetivos de la reforma, los autores del reporte debatieron acerca de tres principales propuestas: i) propuestas para adicionar ciertas formalidades como: a) otorgar testamento ante persona autorizada (un notario público, por ejemplo), b) la custodia de testamentos, y c) el registro de testamentos; ii) propuestas para permitir ciertos tipos de testamentos informales como: a) testamentos verbales, b) testamentos en video, y c) testamentos ológrafos; iii) propuestas para la relajación de ciertas formalidades como: a) la posición de la firma del testador y la presencia conjunta de dos testigos al momento en que el testador suscribe su testamento, b) el requisito que el testigo firme luego que el testador haya firmado el testamento, y c) la presencia conjunta de los testigos al momento en que estos firman el testamento (NEW SOUTH WALES LAW REFORM COMMISSION 1986: 27). Las dos primeras propuestas no tuvieron asidero; en cuanto a la tercera propuesta, si se vio por necesario que sea parte de las recomendaciones para la reforma sucesoria planteada.

De otro lado, el reporte planteaba la implementación de un *general dispensing power*, debido a que existía gran cantidad de casos en los que el testamento era invalidado por errores bastante recurrentes como: i) el testador sin querer olvidaba firmar su testamento; ii) alguno de los testigos sin querer olvidaba firmar el testamento; iii) casos en los que cónyuges que otorgaban testamentos en un mismo momento, por error firmaban el testamento del otro; iv) casos en los que el testador estaba tan enfermo que no podía voltear a mirar el momento exacto en que su testigo firma el testamento; y, v) testamentos en los que ambos testigos no estaban presentes al mismo tiempo en que el testador firmaba su testamento.

A consecuencia de ello, los autores del reporte tuvieron que manejar dos modelos de reforma:

i) *Judicial dispensing power*, tomado de la recomendación efectuada por la *South Australian Law Reform Committee*, en la cual se mencionaba lo siguiente: “*It would seem to us that in all cases where there is a technical failure to comply with the Wills Act, there should be a power given to the Court or a Judge to declare that the will in question is a good and valid testamentary document if he is satisfied that the document does in fact represent the last will and testament of the testator and that he then had the requisite testamentary capacity. Such a validating provision would stop a number of technical arguments as to the formal validity of wills.*” (SOUTH AUSTRALIAN LAW REFORM COMMITTEE 1974: 10-11). Este modelo también es tomado en otras partes del mundo como es el caso de Israel y Manitoba (Canadá), quienes tienen disposiciones sujetas a condiciones en un caso más estrictas y en el otro más flexibles; sin embargo, los autores del reporte optan por el modelo de Australia del Sur, sujeto a algunas modificaciones (NEW SOUTH WALES LAW REFORM COMMISSION 1986: 45).

ii) *Power to admit to probate where substantial compliance*, este otro método basado en la regla del *substantial compliance* del profesor Langbein -acogido por Queensland-, fue revisado por los autores del reporte llegando a la conclusión que no debería de ser acogida básicamente por el hecho que se trataba de un modelo limitado -al menos en la forma que había sido legislado en Queensland- que requería de un intento de cumplimiento de las formalidades por parte del testador, lo cual no ocurre en los casos en que el testador sea una persona ignorante, además que la palabra *substantial* es un concepto ambiguo que no brinda referencias sobre los tipos de incumplimiento que son sustanciales (NEW SOUTH WALES LAW REFORM COMMISSION 1986: 47).

De otro lado, en el reporte se tuvo que lidiar con los argumentos en contra de la adopción del *general dispensing power*, a saber: i) falta de certeza, en el sentido que se estarían abriendo las puertas para que cualquier tipo de testamento informal sea capaz de ser validado por las cortes, empero los autores repelen este argumento indicando que la experiencia -en Queensland y Australia del Sur- demuestra lo contrario y que las cortes están aptas para determinar en qué casos se está frente a un documento que contiene la última voluntad del testador y en qué casos no; ii) fomento de la coacción y la influencia indebida, toda vez que con la relajación de las formalidades se podría poner al testador en alguna de estas situaciones, situación que es desmentida en el reporte debido a que las cortes deben de tener por satisfecho la autenticidad del acto, antes de ejercer cualquier poder discrecional de exoneración de formalidades; iii) reducción de estándares, puesto que se genera una falta de cumplimiento de las formalidades testamentarias, lo cual se rechaza de plano en el reporte en razón a que el debido cumplimiento es la regla -exista o no el *dispensing power*- toda vez que

el cumplimiento de las formalidades reduce los litigios y la mayoría de testamentos van a continuar siendo realizados por profesionales quienes van a cuidar que se realicen debidamente (NEW SOUTH WALES LAW REFORM COMMISSION 1986: 47).

Igualmente, se hace referencia a que debe de existir un correcto balance para evitar el formalismo excesivo que frustre la voluntad testamentaria de la persona fallecida y la excesiva informalidad que pueda generar situaciones de coacción o influencia indebida. Es por ello que la recomendación de la comisión es de adoptar el *general dispensing power*, el cual está diseñado para que las cortes realicen un examen minucioso en cada caso y únicamente en los documentos que representen la real voluntad del testador. Evidencia de ello es que las decisiones de las cortes en Australia del Sur aplican el *dispensing power* de una manera cautelosa y responsable, y asimismo es indispensable la existencia de un documento -que contenga la voluntad testamentaria del causante- toda vez que con ello se evita la incertidumbre y demás dificultades como ocurre en el caso de los testamentos verbales (NEW SOUTH WALES LAW REFORM COMMISSION 1986: 48).

Y a todo esto, ¿cuál sería el criterio para invocar el *dispensing power* y cuál sería el estándar de prueba a ser usado por las cortes? Pues, en el reporte se indica que para invocar el *dispensing power* la corte debe estar completamente convencida que la persona fallecida tuvo la intención que el documento realizado opere como su testamento a su fallecimiento -siendo que este criterio opera de manera correcta en Australia del Sur-, y justamente a efectos de poder invocar esta figura, el legislador de Australia del Sur optó por acoger el estándar de prueba del derecho penal, en el sentido que no debe de existir duda razonable que el fallecido tuvo la intención que el documento opere como su testamento para después de su muerte; sin embargo, los autores del reporte recomiendan que en lugar de adoptar un estándar de prueba propio del derecho penal, se prefiera un estándar de prueba propio del derecho civil -*clear and convincing standar*-.

Este reporte sirvió para que el legislador tenga las bases necesarias para normar el *dispensing power*, y producto de ello, el texto de la norma es como sigue:

Succession Act 2006 No 80 – New South Wales

Chapter 2 Wills

Part 2.1 The making, alteration, revocation and revival of wills

Division 3 Dispensing with requirements for execution, alteration or revocation of a will

8 When may the Court dispense with the requirements for execution, alteration or revocation of wills?

- (1) *This section applies to a document, or part of a document, that:*
 - (a) *purports to state the testamentary intentions of a deceased person, and*
 - (b) *has not been executed in accordance with this Part.*
- (2) *The document, or part of the document, forms:*
 - (a) *the deceased person's will—if the Court is satisfied that the person intended it to form his or her will, or*
 - (b) *-an alteration to the deceased person's will—if the Court is satisfied that the person intended it to form an alteration to his or her will, or*
 - (c) *a full or partial revocation of the deceased person's will—if the Court is satisfied that the person intended it to be a full or partial revocation of his or her will.*
- (3) *In making a decision under subsection (2), the Court may, in addition to the document or part, have regard to:*
 - (a) *any evidence relating to the manner in which the document or part was executed, and*
 - (b) *any evidence of the testamentary intentions of the deceased person, including evidence of statements made by the deceased person.*
- (4) *Subsection (3) does not limit the matters that the Court may have regard to in making a decision under subsection (2).*
- (5) *This section applies to a document whether it came into existence within or outside the State.*

2.3.3 La regla del *Substantial Compliance*.

El profesor John H. Langbein, realizó una de sus primeras publicaciones en el año 1975, dirigida sobre todo a las cortes de los Estados Unidos de América. En dicha publicación, el reconocido autor menciona que el *Law of Wills* resulta ser de carácter implacable, tratándose de las formalidades testamentarias, debido a que el más mínimo defecto en su cumplimiento va a tener como consecuencia la nulidad del testamento, situación que las cortes de dicho país aplicaban de manera casi automática (Langbein 1975: 489).

Ahora bien, existen también algunos instrumentos financieros como: *life insurance, pension accounts, joint accounts, y revocable trusts*; conocidos como *Will substitutes* que cumplen una función similar a la del testamento, en el sentido de transferir patrimonio al fallecimiento de la persona que contrató bajo alguna de estas modalidades. Es una discusión aparte, si es que estos instrumentos deben de ser considerados o no como testamentos, para el autor «*[i]n truth, will substitutes are simply “nonprobate wills” – “wills” that need not comply with the Wills Act*» (Langbein 1984: 1109).

La rigurosidad de las formalidades testamentarias -en el caso estadounidense- tiene su origen en el *Statute of Frauds of 1677* y en la *Wills Act 1837*, producto de la tradición inglesa (Langbein 2017: 2). Es así que, para los testamentos denominados *witnessed wills*, se indicaba que su esencia consistía en que debían de ser por escrito, firmados y atestiguados; es decir, que las disposiciones testamentarias debían de constar por escrito -ya sea de manera impresa, mecanografiada o manuscrita-, siendo que el testador debía de firmar su testamento en presencia de dos testigos, quienes también debían de suscribir el testamento (Langbein 1975: 490). Y si bien es cierto que en Estados Unidos de América se rigen por el principio de libertad para testar -el testador puede disponer de sus bienes, por medio del testamento, de la manera que lo desee-, al momento de presentar el testamento para su validación ante la corte, el testador ya fallecido queda en consecuencia impedido de autenticar o aclarar su real voluntad. Es por ello que las formalidades testamentarias están diseñadas para lograr que la voluntad del testador sea ejecutada de acuerdo a sus intenciones (Langbein 1975: 491). Siendo esto así, las formalidades testamentarias cumplen con ciertas funciones: i) *Evidentiary Function*, la cual proporciona evidencia confiable acerca de la voluntad testamentaria y de los términos del testamento; *Channeling Function*, la cual refiere a que los testamentos deben de ser uniformes en organización, lenguaje y contenido para ser reconocidos como tales y no como un mero proyecto de testamento; *Cautionary Function*, el cual refiere a que las formalidades testamentarias advierten al testador de la seriedad del acto, otorgando a las cortes evidencia acerca que el acto fue realizado libremente por el testador; y, *Protective Function*, en el sentido que el testador es protegido por las formalidades para evitar casos de coacción o influencia indebida (Langbein 1975: 492-496).

La regla del *literal compliance* en consecuencia, permitía que las cortes no se cuestionen acerca de la voluntad testamentaria del testador. Es por ello que, si la corte encontraba que se había cumplido con las formalidades testamentarias, se presumía que existió voluntad testamentaria del fallecido, y en caso de defectos en su cumplimiento, la presunción no tenía lugar. Nos explica Langbein que, la referida regla del *literal compliance* es el resultado de jueces que no necesariamente tenían entrenamiento legal y que formaban parte de cortes de inferior categoría -algo parecido como ocurre con los jueces de paz en nuestro medio-, los cuales aplicaban de manera mecánica la regla para evitarse complicaciones (1975: 503), incluso el autor -a modo de anécdota- nos menciona que en el Estado de Nuevo México fue elegido como juez, un estudiante de 18 años de edad (Langbein: 2017: 7).

Todo ello provocó la aparición del *Uniform Probate Code* -más conocido como *UPC* por sus siglas en inglés- en el año de 1969. Esta norma fue gestada a efectos de reformar el *law of*

wills, sobre todo en cuanto a la simplificación de los procedimientos para validación de testamentos, proponiendo a su vez un modelo uniforme de *Wills Act* para los diferentes Estados. Lo que buscaba esta norma, era reducir el número de formalidades requeridas para el otorgamiento de testamentos ológrafos -en la mayoría de los Estados este tipo de testamento no está regulado- y testamentos atestiguados.

Años más tarde, la *Uniform Law Commission (ULC)* -que como su nombre lo indica- buscó uniformizar soluciones a problemas comunes ocurridos en los diversos Estados, es así que por el año 1990, introdujeron su propia versión del *dispensing power* australiano, mediante inclusión de la Sección § 2-503 en el UPC, el cual incluía tres importantes cambios: i) se admitió la aplicación de la figura para los defectos en el cumplimiento de las formalidades testamentarias, tanto para casos de ejecución como para la revocación de testamentos; ii) regularon un estándar de prueba distinto al australiano, para que no sea tan alto como el estándar penal, es así que optaron por uno con el que ya estaban familiarizados el *clear and convincing evidence*; y, iii) cambiaron el nombre de *dispensing power* por uno más atractivo: *the harmless error rule* (Langbein 2017: 5-6).

Por su parte, el *American Law Institute (ALI)* hizo una importante contribución a la reforma con la publicación del *Restatement (Third) of Property: Wills and Other Donative Transfers* -entre los años 1999 y 2003-, en donde se hace referencia a la idea de empoderar a las cortes para que dispensen casos de errores indiferentes en la ejecución de los testamentos y para aquellos casos en que las cortes tengan la facultad de reformar los términos errados en el cuerpo del testamento (Langbein y Waggoner: 2010: 3), en esencia esta reforma era similar a la recogida por la ULC en su § 2-503 del UPC; sin embargo, la diferencia se encuentra en que el principio recogido por el ALI, trata al *dispensing power* como un poder intrínseco de las cortes, en el sentido que en las funciones de las cortes, se incluía el poder de aplicar la norma de tal manera que coadyuve a la implementación de la voluntad de la persona fallecida (Langbein 2017: 6). La propuesta de Langbein era distinta, en palabras del propio autor «[...] *the substantial compliance rule is a litigation doctrine* [...]» (Langbein 1979: 1194).

La regla del *substantial compliance* no se trata de una regla de máxima o mínima formalidad, tampoco de inexistencia de formalidades. Lo que busca esta regla es permitir al interesado de hacer valer un testamento que, si bien en la realización del testamento hubo algún defecto -*harmless error*- en el cumplimiento de las formalidades, este pueda demostrar dentro del proceso que dicho incumplimiento de la formalidad no invalida al testamento (Langbein 1975: 514).

La idea del autor, no era pues que se requiera de la intervención del legislador para modificar las normas acerca de los testamentos, sino que las cortes desarrollen una corriente de interpretación de la normativa testamentaria, en favor de la conservación del acto testamentario (Langbein 1987: 6), a través de la actuación de medios probatorios idóneos que los interesados puedan actuar a efectos de develar la real voluntad testamentaria del causante, lo cual no implica abrir las puertas a una avalancha de procesos judiciales para validar testamentos fallidos; por el contrario, la experiencia australiana nos da cuenta que ello no ha ocurrido, ya sea por el costo-beneficio de llevar a cabo un proceso judicial de este tipo -normalmente estos casos son resueltos por las altas instancias judiciales- o por la carga probatoria de quien desee aplicar esta regla, evidentemente hay que tener las pruebas suficientes para generar la convicción necesaria en el juzgador (Langbein 1987: 40-41). Finalmente, el autor nos explica que durante los últimos años los *casebooks* utilizados en las escuelas de Derecho, han estado dirigiendo su atención al *dispensing power* y la jurisprudencia que va generando, lo cual hace que los estudiantes se vayan familiarizando con esta figura relativamente nueva (Langbein 2017: 8).

2.3.4 La regla del *Dispensing Power*.

En las últimas décadas, Australia nos viene dando una gran lección en torno a la adaptación del *Law of Wills* a los cambios introducidos en nuestra realidad por el uso masivo de las tecnologías de la información, haciendo justicia en diversos casos que en apariencia no cumplían con las formalidades testamentarias requeridas por la norma.

Evidentemente, ello no ocurrió de la noche a la mañana, el cambio -o mejor dicho la adaptación del derecho a esta nueva realidad- tuvo su origen en diferentes reportes llevados a cabo por las comisiones de los diversos Estados que componen a Australia y de los cuales hicimos referencia anteriormente; siendo el primero de ellos el reporte elaborado por la *South Australian Law Reform Committee* en el año de 1974, en el cual se argumentaba a favor de otorgar un poder a las cortes para dispensar los errores cometidos por el testador al momento de la facción testamentaria.

Otro de los factores de influencia en la regulación del *dispensing power* australiano, fueron las publicaciones realizadas por el profesor Langbein, quien a pesar de tener una posición distinta con su regla del *substantial compliance*, fue de importancia para decidir acerca del camino para la regulación del *dispensing power* australiano, como una facultad que el legislador otorga a las cortes a través de una norma específica, y no como una *litigation doctrine*, como era la propuesta de Langbein.

Entonces, para poder aplicar a un proceso de validación de testamento, según la regla del *dispensing power*, se tiene que cumplir con tres requerimientos:

i) debe de existir un documento; y como hemos visto no se trata de la clásica pieza de papel lo que puede ser catalogado como testamento, sino que también son admisibles cintas de audio, archivos en soporte electrónico, videos, entre otros. Y es que, el concepto de *document* que maneja la norma, contempla un espectro bastante amplio, permitiendo a las cortes admitir una variedad de situaciones.

ii) el documento debe de contener las disposiciones testamentarias del fallecido; es decir, que no debe de tratarse de un mero proyecto o borrador de testamento, sino que efectivamente contenga las disposiciones testamentarias para que sean cumplidas por la persona llamada a hacerlo. El causante debe de establecer el destino de sus bienes, sin dejar lugar a duda alguna para que la corte admita como válido el documento que contiene dichas disposiciones.

iii) el fallecido debió de tener la intención que el documento opere como su testamento; esto último quiere decir que el documento en cuestión sea capaz de poderse efectivizar, debiendo haberse señalado al *executor* de las disposiciones testamentarias, y en todo caso que el documento no haya sido revocado mediante otro testamento.

Otro de los aspectos que suelen tomar en cuenta las cortes es la cantidad de tiempo transcurrido entre la fecha de otorgamiento de testamento y el momento de fallecimiento del otorgante, y esto se hace evidente sobre todo en los casos en que las personas deciden poner fin a sus vidas, realizando previamente su testamento, con lo cual esta inmediatez entre el testamento y el momento del fallecimiento, nos dan la idea del carácter definitivo del testamento.

La regla del *dispensing power*, entonces supone que, a pesar de no haberse cumplido con las formalidades testamentarias prescritas por la norma, se puede tener la opción que la corte dispense el cumplimiento de dichas formalidades, siempre y cuando se cumpla con los requisitos necesarios para invocar la regla, estos requisitos también sirven como filtro para evitar que cualquier caso sea materia de revisión y que no sea una puerta de entrada para todo tipo de anomalías en cuanto a las formalidades testamentarias.

2.4 Conclusiones.

Este capítulo nos ha permitido conocer la experiencia jurisprudencial existente en los países pertenecientes al *Common Law*, y que desde algunos años vienen afrontando diversos casos que involucran variedad de testamentos informales -en audio, video, soporte electrónico, entre otros-. Gran parte de los casos son generados como consecuencia de la cercanía del

hecho de la muerte del testador -suicidios o enfermedades graves-, y justamente para estos casos el testador confecciona su testamento utilizando el soporte con el que más está familiarizado o que de repente está a su alcance -como un teléfono móvil-, situaciones que no han sido obstáculo para que las cortes emitan pronunciamientos al respecto, ya sea en aplicación de la regla del *dispensing power* australiano o las reglas del *substantial compliance* o *harmless error* estadounidenses, reglas que se han venido gestando desde la década de los setenta hasta nuestro días, y que sin duda alguna son un gran aporte al *Law of Wills*, demostrando la capacidad de adaptación al cambio en materia testamentaria.



CAPÍTULO III:

¿Es posible flexibilizar las formalidades de los testamentos en el Perú?

3.1 Explorando las voces foráneas.

Si hacemos una rápida comparativa entre lo dispuesto en la codificación justiniana y nuestro vigente Código Civil de 1984, en esencia resaltan dos grandes cambios: i) la reducción del número de testigos, y ii) la eliminación del testamento oral. ¿Es que acaso no hay nada más que cambiar en la regulación de las formalidades testamentarias?

Veamos en la experiencia foránea, cómo es que diversos especialistas nos muestran sus puntos de vista, a efectos de nutrir una respuesta a la pregunta formulada.

3.1.1 México.

Este país, con el cual guardamos mucha cercanía sobre todo en temas culturales, ha sido el que viene realizando grandes aportaciones en el campo de las tecnologías y el Derecho Sucesorio.

Dentro de los diferentes especialistas encargados de realizar investigaciones sobre el tema, destaca un autor que pertenece al área del Derecho Notarial; se trata pues de Francisco Arredondo, Notario de la Ciudad de México, quien tiene en su haber diversas publicaciones en donde expone su posición al respecto.

El referido el autor sostiene que la informática ha llegado para coadyuvar en la vida diaria de las personas, debido a que se le puede aplicar a diversos aspectos, en especial en la función notarial en la que la informática permite al notario simplificar su trabajo y que este sea más seguro (Arredondo 2001: 416), como ocurre con la utilización de documentos electrónicos con firma digital, lo cual evidencia una inevitable desmaterialización del protocolo notarial. Es por ello que, en el ejercicio de la función notarial debe de existir «una actitud realista y positiva, una actitud abierta para aceptar cambios y para hacer propuestas» (Arredondo 2001: 417). La incursión de la tecnología en algunas actividades puede generar cierta resistencia sobre todo en personas de distintas generaciones, y esto lo podemos verificar, por ejemplo,

con el solo hecho de ver cómo para los jóvenes es más fácil manejar un teléfono móvil que para algunos adultos.

El mundo en el cual vivimos actualmente requiere que las personas estemos totalmente instruidas en el uso de las tecnologías a efectos de no quedar obsoletos, aquí cabe traer a colación las palabras de Arredondo: «[e]s propio de necios no querer ver y aceptar la realidad» (2001: 417), siendo que esta frase nos lleva a reflexionar con respecto a la adaptación a los nuevos cambios sociales introducidos por las tecnologías de la información, los cuales deben de reflejarse al momento de elaborar, interpretar y aplicar las normas, el propio autor agrega que «[a]rgumentos de fondo y bien fundados y la capacidad de respuesta rápida y convincente, serán los único [sic] medios por los que el Notariado podrá hacer reflexionar a las autoridades, legisladores y jueces responsables, de proponer y aprobar nuevas leyes o interpretarlas adecuadamente [...]» (Arredondo 2001: 418).

Sin duda alguna, son los operadores jurídicos los que tienen la tarea de advertir acerca de vacíos legales o situaciones que necesiten ser acogidas por el legislador en pro del bienestar común, resultando en normas adecuadas a la realidad social.

Ya que nos estamos refiriendo a un autor que, en su calidad de notario, tiene como una de sus funciones realizar testamentos, debemos pues tratar el tema de la incursión de la tecnología en el protocolo notarial.

En definitiva, las épocas de aislamiento en la que vivimos actualmente nos obligan a adoptar nuevas medidas para realizar las actividades de la vida diaria, y toca pues voltear la mirada hacia el mundo de la informática, el cual aporta a la continuidad de la prestación de servicios -como por ejemplo la contratación electrónica-; y justamente hace unos pocos años atrás salió a la luz una interesante publicación acerca de la implementación de los llamados testamentos electrónicos, a cargo de la autora Becerril, quien opina que el testamento puede estar contenido en un documento electrónico en el cual «el testador puede plasmar esta última voluntad, mismo que quedará debidamente asegurado mediante la encriptación que el empleo de la firma electrónica avanzada le otorga, de la misma forma en que la firma liga al signante con el documento, creando así su testamento electrónico» (2015: 5).

Vemos pues que la referida especialista, propone la implementación de un documento electrónico -piénsese en los archivos en formato PDF- que puede ser firmado electrónicamente -de esto nos ocuparemos más adelante-, y es pues que la ley le reconoce a la firma electrónica, la misma validez legal que la firma manuscrita.

De otro lado, la referida autora, nos explica que el Código Civil Federal de México no señala expresamente que el testamento sea un acto jurídico; empero, se entiende que en efecto lo

es al tratarse de la manifestación de la voluntad del testador con la finalidad de producir efectos jurídicos (Becerril 2015: 7), definitivamente nadie puede poner en duda que los testamentos son negocios jurídicos, como anteriormente habíamos señalado. Esto conlleva a que «la forma en que expresemos nuestra voluntad no debe ser una limitante, ni puede ser discriminada, sin importar el medio en el cual se realice, por lo que la manifestación de la voluntad por medios electrónicos o tecnológicos debe encontrarse garantizada por el Estado» (Becerril 2015: 21), evidentemente debe existir una estructura legislativa que permita dar valor a esta forma de manifestación de la voluntad; y en ese sentido, cabe traer a colación la adición realizada al Código Civil Federal de México, mediante su artículo 1834 bis, el cual regula en su segundo párrafo que:

«En los casos en que la ley establezca como requisito que un acto jurídico deba otorgarse en instrumento ante fedatario público, éste y las partes obligadas podrán generar, enviar, recibir, archivar o comunicar la información que contenga los términos exactos en que las partes han decidido obligarse, mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, en cuyo caso el fedatario público, deberá hacer constar en el propio instrumento los elementos a través de los cuales se atribuye dicha información a las partes y conservar bajo su resguardo una versión íntegra de la misma para su ulterior consulta, otorgando dicho instrumento de conformidad con la legislación aplicable que lo rige.»

Becerril entiende que esta norma ha dado pie al nacimiento de lo que podría conocerse como «el documento notarial electrónico» (2015: 23), el mismo de vendría a reemplazar a los documentos en soporte de papel. En efecto, desde hace mucho tiempo se viene realizando un proceso de conversión del soporte físico al soporte electrónico. De todas maneras, en algún momento vamos a terminar por tener todo lo que necesitamos mediante una aplicación en el teléfono móvil, como ya viene ocurriendo últimamente.

3.1.2 España.

Con fecha 15 de febrero de 2017, se publicó en el sitio oficial del *Departament de Justícia* de la *Generalitat de Catalunya* el texto del anteproyecto de la ley sobre voluntades digitales y modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña, el cual conllevó a la expedición de la *Llei 010/2017* en fecha 27 de junio de 2017.

Lo que se pretendía regular con la referida norma, era la situación con respecto a la huella digital dejada por el causante en las redes sociales. Para esto se le concede al heredero instituido, o legatario, o albacea, o administrador, o tutor, o persona designada para la

ejecución de las disposiciones testamentarias, la posibilidad de actuar frente a los prestadores de servicios digitales con la finalidad de proceder de acuerdo a las instrucciones dejadas por el causante y manejar sus archivos digitales. Lo que a su vez suponía la modificación de algunos de los artículos del Código Civil de Cataluña.

Esta norma tuvo -como cualquier otra norma- sus adeptos, así como sus opositores. Uno de estos opositores, José Carmelo Llopis - notario de Valencia, publicó en su *blog* personal diversos artículos cuestionando la operatividad de la norma, así como la poca funcionalidad de sus disposiciones. Siendo que, el mencionado autor señalaba que no era necesario el regular este aspecto de la vida de las personas, toda vez que bastaba la institución del heredero para que este asuma las obligaciones correspondientes -lo cual implicaba el hacerse cargo de estos asuntos de orden digital-, el autor refiere también que se pretendía falsamente eliminar la burocracia del otorgamiento del testamento, creando un registro administrativo de voluntades digitales, lo cual era un contrasentido (Llopis 2017).

Otra parte de la doctrina especializada española nos muestra que el impacto de los avances tecnológicos no debe ser ajeno al Derecho, y pese a que «es una disciplina a la que le cuesta adaptarse a estos cambios» (Cobas y De Joz 2017: 62) -pareciera que en todas partes el Derecho Sucesorio es el más olvidado por los legisladores-, es necesario repensar la normatividad alrededor de las formalidades testamentarias.

Los referidos autores nos recuerdan que las clases de testamentos reguladas en el Código Civil Español son *numerus clausus*, «por lo que no sirve la autonomía de la voluntad del causante para crear nuevas formas de testamento. Sin embargo, tal vez se debería abrir esta lista y dar cabida a nuevas formas [sic] de testar como la del testamento electrónico» (Cobas y De Joz 2017: 62).

Igualmente, los autores hacen referencia a que la promulgación del Código Civil Español -al igual que como ocurre con la mayoría de los códigos civiles del mundo- ocurrió en un momento en el que la tecnología no era parte de nuestra vida diaria, situación que no debería de ser impedimento alguno para que ocurra una modificación sustancial en la normativa; y que definitivamente se tiene «por seguro que si el texto hubiera sido redactado hoy, incluiría sin ninguna duda el testamento electrónico como otra forma más de testar» (Cobas y De Joz 2017: 62-63).

España es uno de los países de habla hispana, en el que más se debate acerca de la influencia de las tecnologías de la información en las diversas ramas del Derecho, y justamente, como resultado de un intercambio de opiniones, y bajo el *hashtag* de #RetoJCF creado por los integrantes del portal *web* denominado «Juristas Con Futuro», se logró publicar un *eBook* en

el año 2016 bajo el título de «Testamento ¿Digital?»; el cual contiene diversos artículos que tratan el tema sucesorio y su correlación con la era de la tecnología.

Uno de los colaboradores y principal coordinador de la obra antes mencionada, pone en evidencia que, desde el punto de vista de los especialistas en informática, los juristas -y demás operadores jurídicos- sufren de una «inmadurez tecnológica» (Oliva 2016: 10). Y, según los expertos, existen innovaciones disruptivas que tienen la finalidad de resolver problemas y satisfacer las necesidades humanas, para lo cual se tienen que cumplir con estos requisitos:

- «1. Lo hacen de un modo **más barato** (desde la perspectiva del consumidor o usuario).
2. De una manera **más accesible** (desde la perspectiva de la usabilidad y de los canales de distribución de los productos y servicios).
3. **Aplican un modelo de negocio que tiene una ventajosa estructura de costes, gracias al uso de las nuevas tecnologías**, lo que permite financiar cómodamente el desarrollo de la solución ideada» (Oliva 2016: 11).

Siendo ello así, en el ámbito de lo jurídico es posible innovar debido a que el Derecho está pensado para poder adaptarse a los cambios sociales, modificando o derogando normas de acuerdo a la necesidad de la sociedad.

Existe también un interesante artículo redactado por un notario público, esta vez de la ciudad de Salamanca, España; en el cual el autor se pregunta si es que es posible otorgar un testamento con una *tablet* la cual usa una herramienta llamada *pencil*, que no es más que un periférico que permite la escritura -a modo de un lápiz o lapicero digital- en la pantalla del referido aparato electrónico -algo similar a lo ocurrido en el caso *In re Estate of Javier Castro* que vimos anteriormente-.

El autor hace referencia a que no es lo mismo hacer un testamento ológrafo con un ordenador o dispositivo electrónico, o con firma electrónica, o manuscibiendo y firmando en un dispositivo electrónico. En el primero de los casos, si bien se menciona que el Código Civil español no hace expresa referencia a que el testamento ológrafo deba de ser manuscrito, la palabra «ológrafo» tiene dicha significación (Rosales: 2018). Del mismo modo, el autor hace referencia a que cada vez, son menos las personas que escriben documentos a mano, pues la tecnología hace más fácil la redacción de un documento e incluso nos ayuda con la corrección ortográfica de lo escrito, siendo que en algunos casos las personas están dejando de lado la redacción a mano. Y esto podría ser algún tipo de inconveniente al momento de querer realizar la comprobación de lo redactado por el testador, puesto que el perito carecería de documentos manuscritos para poder realizar su labor de comparación (Rosales: 2018).

Ahora bien, con respecto al testamento elaborado con la ayuda de un ordenador que además cuente con firma electrónica, el autor nos muestra que el problema es similar al anterior; es decir, que la redacción no cumple con la formalidad de la redacción manuscrita. Sin embargo, el uso de la firma electrónica cualificada o avanzada -términos que analizaremos más adelante-, si nos permitiría comprobar la autoría, así como la fecha de elaboración del documento (Rosales: 2018).

Finalmente, la última posibilidad consiste en que haciendo el uso del lápiz o lapicero electrónico se proceda con la redacción a mano del testamento, con lo cual el requisito legal de la manuscrición se vería cumplido. Empero, el autor hace notar que la protocolización de dicho testamento incrementaría los costos de transacción, debido a que se necesitaría de una especial infraestructura para la debida conservación del archivo digital creado (Rosales: 2018), tal vez esto último nos parece algo exagerado, por el contrario, la experiencia nos muestra que la tecnología tiende a abaratar los costos debido a que suele ser más accesible para todos, creemos que los notarios pueden contar con una infraestructura básica para la conservación de dichos archivos, tal como ocurre en nuestro caso con las microformas.

Dejemos por un momento la óptica notarial y pasemos ahora a revisar lo que ocurre en el ámbito de lo judicial y es que, en los últimos años, en España, ha surgido una tendencia jurisprudencial que ha optado por relajar las formalidades del testamento.

Y para conocer algo más acerca de dicha tendencia, nos apoyamos en Vaquer, quien ha publicado un artículo al respecto, en el cual pone en conocimiento de los lectores cómo es que la jurisprudencia española ha optado por la «dulcificación» de las formalidades testamentarias para algunos casos, tanto en testamentos otorgados ante notarios, como en testamentos ológrafos (2016: 14).

El referido autor parte de la premisa que el Derecho Sucesorio tiende a proteger la libertad de testar de las personas, no siendo exacto que las formalidades testamentarias sean una limitación a dicha libertad. Del mismo modo, en referencia a dichas formalidades, el autor establece que estas cumplen con ciertas funciones que se relacionan con la libertad de testar; a saber: «a) Ser garantía de la libre expresión y de la conservación de la voluntad testamentaria; b) Resaltar la trascendencia del acto testamentario y recabar del testador la seriedad de su propósito; c) Ahorrar costes, pues aquellos documentos que no cumplen un mínimo formalismo son rechazados ya *prima facie* como negocios de última voluntad, lo que, a su vez, proporciona una buena dosis de seguridad al testador de que el ejercicio de su libertad de testar no será, en principio, nulo.» (Vaquer: 2016: 10-11).

Y en ese sentido, de la revisión de diversa jurisprudencia española, el autor llega a «la conclusión que la exigencia del cumplimiento de las solemnidades testamentarias se modula en aras, precisamente, del respeto a la libertad de testar» (Vaquer 2016: 13).

Precisamente, el análisis jurisprudencial recae en testamentos otorgados ante notarios y los testamentos ológrafos. Con respecto a los primeros, uno podría llegar a pensar que, al ser otorgado el testamento por un profesional del Derecho, no habría mayor problema en cuanto al cumplimiento de las formalidades testamentarias; sin embargo, existen casos llevados a los tribunales en donde se cuestiona la validez del testamento por no cumplir rigurosamente con los requisitos de forma, los cuales nos expone el autor, como por ejemplo en los siguientes escenarios: i) respecto a la identidad del testador, se ha validado la identificación del mismo mediante documentos que a la fecha del otorgamiento ya se encontraban caducados - documento nacional de identidad o pasaporte- siendo que mediante los datos y fotografía que contienen, el notario puede válidamente identificar a la persona del otorgante; ii) respecto a la firma del testador, la cuestión a dilucidar se encuentra en lo que se entiende por firma y en todo caso a las características de la misma, siendo que el autor refiere a que la doctrina acepta en su mayoría cualquier firma que le pueda ser atribuible al testador, aceptándose también la huella dactilar estampada en el lugar de la firma, en casos que este no pueda o no sepa firmar; iii) respecto a la hora del otorgamiento, si bien en el Código Civil español se requiere de dicho dato, el autor nos explica que «[e]l derecho civil catalán y el aragonés se muestran más laxos, pues los arts. 422.1 CCCat y 423.1.b) Código Foral de Aragón [CFA] advierten que la falta de indicación de la hora del otorgamiento del testamento no anula el testamento si el testador no ha otorgado otro en la misma fecha» (Vaquer 2016: 16); iv) respecto a la concurrencia de los testigos y su firma, en caso que alguno de los testigos no hubiese firmado el testamento no supone causal de nulidad, según lo estableció una sentencia catalana.

Ahora bien, tratándose de testamentos ológrafos existen diversos pronunciamientos con respecto a la relajación de las formalidades testamentarias, en estos supuestos: i) respecto a la autografía, se han validado testamentos ológrafos que han sido elaborados a partir de formularios, en los cuales el testador solo tiene que completar los datos requeridos en los espacios en blanco, y siendo que los datos sensibles del testamento -identificación del testador, lugar, fecha, entre otros- han sido manuscritos, se entiende que las solemnidades esenciales han sido cumplidas; ii) respecto a la habitualidad de la firma del testador, se ha tenido por válido el testamento en el cual la firma no es necesariamente la que utiliza habitualmente el testador, empero proviene de su propio puño; iii) respecto a la fecha, la

jurisprudencia es bastante abierta a la posibilidad de las fechas parciales o incompletas siempre y cuando «no existan dudas sobre la concurrencia del *animus testandi in actu* del causante y de su capacidad natural, en la medida en que esta no puede ser objeto de controversia en función de la inconcreción de la fecha, ni evidentemente se plantee conflicto con otro testamento otorgado con fecha cierta durante el período dudoso» (Vaquer 2016: 25).

Con todo ello, podemos ver reflejada la tendencia hacia la conservación del testamento a pesar de existir algunas cuestiones de forma que no necesariamente se ajustan a lo normado, y es pues que, la jurisprudencia española ha caído en cuenta que no es posible declarar la nulidad de un testamento por temas ajenos a su contenido, y que en nada tienen que ver con la voluntad del testador, sino que se prefiere la validez del mismo siempre y cuando no se afecte la libertad de testar.

3.1.3 Italia.

Existe un artículo publicado en la *web*, en el cual el autor se pregunta si es posible que, en la realidad jurídica italiana, pueda darse la figura del testamento ológrafo informático.

Y como ya hemos visto anteriormente, el *Codice Civile* en su artículo 602, ordena que el testamento ológrafo sea escrito de la mano del mismo testador, lo cual evidentemente hace inviable la utilización de cualquier tipo de máquina de escribir, ordenador o afines; la norma en este punto es muy clara y contundente. La razón de ello es que se pueda individualizar a la persona que ha redactado el documento, mediante la comparación de su escritura.

El autor nos refiere que es importante tomar en cuenta la existencia de la firma digital, que no es más que una herramienta que la tecnología ha puesto a nuestra disposición a efectos de firmar documentos digitalmente, el mismo que cuenta con diversos mecanismos de seguridad que nos permiten identificar a la persona firmante (Ayari: 2015).

Empero, a su vez el autor repara en el hecho de la desmaterialización del documento digital y para esto nos pone el ejemplo de un testamento redactado en soporte electrónico con la ayuda de un lapicero digital, señalando que en principio «*non si vede il motivo per il quale una tipologia di testamento così redatta non possa godere degli effetti di cui al codice civile, in materia di testamento olografo*» (Ayari: 2015); sin embargo, el hecho de la desmaterialización de un documento implica la destrucción sustancial del soporte físico para convertirlo en digital en un sistema numérico binario que es intangible, llegando a la conclusión que siempre el soporte material será el medio más idóneo para verificar la existencia de la última voluntad del testador.

Ahora bien, hace pocos años atrás, se llevaron a cabo en Italia tres convenciones avocadas al estudio del Derecho Sucesorio, a cargo de la *Fondazione Italiana del Notariato*. En alguna de estas convenciones, encontramos la ponencia a cargo de Mauro Grondona, que forma parte de un *e-book* publicado el 2016, en el cual nos da un acercamiento con respecto al tratamiento de los testamentos en video *-video wills-* en los Estados Unidos de América, que goza de una amplia aceptación en dicho país, debido a la innovación que ha significado en materia sucesoria.

Sin embargo, en la experiencia italiana, el testamento en video no podría ser una realidad debido a la regulación existente, y que representa una *«barriera di schietto carattere formalistico»* (Grondona 2016: 230), al contrario de un sistema como el estadounidense en donde prevalece el respeto a la libertad individual reconocida a través de la *freedom of testation*.

El autor asimismo refiere que, sería necesaria una reforma integral del Derecho Sucesorio para atribuirle efectos jurídicos al testamento en video y por qué no, al testamento electrónico; teniendo en cuenta que *«l'ordinamento è un prodotto in costante trasformazione»* (Grondona 2016: 233), nuevamente la referencia a que el Derecho no es estático, sino más bien dinámico.

De otro lado, el autor reconoce que en realidad no existe uniformidad a nivel legislativo, doctrinario y jurisprudencial, con respecto a una tendencia en favor del testamento en video, y que en realidad es tomado como fuente de prueba en los procesos judiciales, reparando en el hecho que la tradición es el mayor obstáculo de la transformación en el ámbito del Derecho Sucesorio (Grondona 2016: 236), además del constante riesgo de abuso o fraude en el uso de las tecnologías, y de la rapidez con que la tecnología se hace obsoleta puede que este tipo de testamento pueda llegar a ser inutilizable con el tiempo; opinión que no compartimos puesto que también existen avances en seguridad electrónica, y que si bien la tecnología va mejorando con el tiempo, es posible actualizar los formatos en los cuales la información es registrada.

3.1.4 Estados Unidos de América.

En febrero de 2019, el comité designado por la *National Conference of Commissioners on Uniform State Laws*, publicó su proyecto *-draft-* denominado *Electronic Wills Act*, en el cual se señala que era necesario regular la situación de los testamentos electrónicos, debido a que las personas habían incrementado el uso de la tecnología para diversos aspectos de sus vidas, incluyendo por supuesto para temas legales, haciendo referencia específica al tema de los

testamentos; siendo que las personas prefieren el uso de la tecnología, entre otras razones, por su eficiencia y bajo costo (Scalise 2017: 1431)

El comité hace referencia a dos casos en particular -los cuales hemos revisado anteriormente- en los cuales se evidencia la tendencia de las personas en utilizar la tecnología al momento de testar.

El primero de ellos, es el caso ocurrido en el Estado de Ohio, denominado *In re Estate of Javier Castro, Case No. 2013ES00140 (June 19, 2013)*, de la *Court of Common Pleas Probate Division*, en el condado de *Lorain*. En este caso, el testador dictó su testamento a su hermano quien a su vez lo redactó utilizando una *Tablet*. Finalizada la redacción del mismo, el testador procedió a firmarlo en el mismo dispositivo electrónico usando un *stylus* -lápiz digital-, haciendo lo propio los testigos que estuvieron presentes en el acto. La Corte concluyó en la decisión del caso, que se había cumplido con el requisito legal de la escritura, además de encontrarse presente testigos del acto, con lo cual se otorgó validez al testamento.

El segundo caso revisado por el comité, es el caso australiano *In re Yu, [2013] QSC 322*, siendo que el comité repara en que este caso fue resuelto haciendo uso de *the harmless error doctrine*, el cual permitió otorgar validez a un testamento contenido en un *Iphone*.

Con la referencia de ambos casos el comité pone de manifiesto que, si bien las normas existentes podrían validar testamentos como los antes mencionados, deberían de existir políticas claras para resolver futuros casos como aquellos. De la misma manera, si bien la regla de *the harmless error* es recogida por algunos Estados, para su aplicación es necesaria la intervención de las Cortes lo cual supone hacer más oneroso la comprobación o validación de los testamentos.

De otro lado, el comité pone en conocimiento acerca de la presión ejercida hacia los legisladores de diversos Estados, por parte de compañías que ofrecen servicios de redacción y almacenamiento de testamentos en línea, para que aprueben normas relacionadas a los testamentos electrónicos; siendo que, en muchos de ellos ya se ha comenzado a regular al respecto como es el caso de *Arizona, California, Florida, Indiana, New Hampshire, Virginia y Nevada*.

Tomando en cuenta estos aspectos, el comité se propuso alcanzar las siguientes metas con su proyecto:

- Permitir al testador realizar un testamento electrónico.
- Crear requisitos de realización del testamento que permitan otorgarle validez sin requerir de un pronunciamiento judicial posterior.

- Desarrollar un procedimiento que no beneficie a alguna compañía o modelo de negocio en particular.

Dichas metas han sido pensadas tomando como guía, las cuatro funciones en materia de formalidades testamentarias, a saber:

- Función probatoria, en el sentido que el testamento debe de proporcionar evidencia permanente y confiable acerca de la voluntad del testador de otorgar testamento.

- Función canalizadora, en el sentido que la voluntad del testador debe de estar expresada de una manera clara para quien interprete el contenido del testamento, sin necesidad de crear un litigio al respecto.

- Función ritual, en el sentido que el testador tiene la firme voluntad de disponer de sus bienes en la forma indicada en el testamento como documento final, y que no se trata de un mero proyecto.

- Función protectora, en el sentido que el testador tiene plena capacidad legal para otorgar testamento y que no existen vicios de la voluntad.

Finalmente, el comité señala que, si bien existe la *Uniform Electronic Transactions Act*, que regula la firma electrónica, en uno de sus artículos excluye su utilización para los casos de testamento, siendo por tanto necesaria la elaboración de una norma al respecto.

3.2 La situación sucesoria en nuestra realidad.

Acabamos de revisar cómo es que en diversas partes del mundo los operadores jurídicos vienen levantando sus voces, a efectos de llamar la atención sobre la situación de inactividad o falta de respuesta contundente a los fenómenos sociales producidos como consecuencia de la inmersión del ámbito de lo jurídico, dentro del mundo de la tecnología en el cual nos encontramos.

Comencemos por observar las estadísticas oficiales con respecto a la cantidad de testamentos otorgados en comparación con la cantidad de trámites de sucesión intestada -declaratoria de herederos-, registrados por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos – SUNARP (2020), para el periodo comprendido entre enero de 2015 y agosto de 2020.

Periodo	Testamentos	Sucesiones Intestadas
Enero – diciembre 2015	3,711	47,174
Enero – diciembre 2016	5,283	66,431
Enero – diciembre 2017	7,228	98,318
Enero – diciembre 2018	7,715	102,323

Enero – diciembre 2019	7,985	104,963
Enero – agosto 2020	2,990	38,552

El cuadro habla por sí solo, es abrumadora la cantidad de sucesiones intestadas inscritas contra la cantidad de testamentos inscritos. Se podría establecer que, en promedio por cada persona que fallece testada, otras trece personas fallecen intestadas.

Si bien para ambos casos existe una tendencia creciente, la proporcionalidad entre uno y otro en los mismos periodos es impactante. Podemos ver claramente que por algún motivo las personas fallecen intestadas, que habiendo otorgado testamento.

Muchos pueden ser los factores que podrían explicar esto, desde factores de tipo económico (el alto costo que puede significar realizar un testamento por escritura pública, por ejemplo) hasta de tipo socioculturales (algunas personas prefieren evitar tratar el tema de la muerte y mucho menos pensar en hacer un testamento).

En conclusión, en el Perú se testa muy poco, no tenemos esa costumbre de dejar ordenados nuestros asuntos para el momento de nuestro fallecimiento, teniendo las herramientas necesarias para hacerlo, o ¿es que acaso ocurre algo con esas herramientas que nos impiden utilizarlas?

Recordemos cuales son nuestras posibilidades para otorgar testamento: i) testamento por escritura pública, ii) testamento cerrado, y iii) testamento ológrafo.

Para el caso del testamento por escritura pública, se tiene a su favor que el notario público es una persona entendida e instruida en materia de elaboración de testamentos por lo que dicho instrumento debería de contar con las características necesarias para evitar su invalidación. Evidentemente el notario público va a saber recoger la voluntad del testador y darle la forma que el ordenamiento requiere para su validez y eficacia; lo que tiene en su contra es el alto costo que puede suponer elaborar este tipo de testamento, pensamos que el alto costo podría estar justificado tratándose de patrimonios importantes, pero para personas con patrimonios no tan abundantes, si podría representar un gasto innecesario y a veces podría justificar el asumir los costos de un trámite de declaratoria de herederos.

En cuanto al testamento cerrado, podemos ver que para su ejecución no es necesaria la intervención de nadie más que el propio testador; el cual, o bien se instruyó más o menos acerca de cómo realizar un testamento o en el peor de los casos lo redacta como la intuición se lo permita. Recordemos que este testamento se entrega al notario público en sobre cerrado; es decir, que solamente el testador conoce el contenido del mismo, el notario puede estar recibiendo un sobre que contiene un documento el cual incluso podría llegar a ser un

testamento totalmente inválido, eso únicamente se podrá saber luego de su apertura, siguiendo el proceso judicial establecido en la normativa. Y tratando el tema judicial, es justamente en esta etapa donde surgen costos adicionales, como contar con un abogado para seguir el proceso judicial, los gastos derivados del proceso -por ejemplo, en caso se requiera practicar algún peritaje al testamento- y principalmente el tiempo que se pierde durante la tramitación del mismo.

Para el caso del testamento ológrafo, ocurre algo similar al testamento cerrado. Este testamento se otorga como señala la norma, de manera escrita por el propio testador, aunque existe un tratamiento especial para personas con discapacidad por deficiencia visual. La facción del testamento está a cargo del testador únicamente y requiere de comprobación judicial, para luego ser protocolizado ante notario público. En suma, es un testamento fácil de otorgar, pero tedioso para su comprobación judicial.

Todo ello, nos dirige hacia elegir básicamente dos caminos, o encargamos la elaboración del testamento a un profesional del derecho -como lo es un notario público- o en todo caso optamos por la vía del «hágalo usted mismo» y estar a la merced de un largo y desgastante proceso judicial para la validación del testamento.

Pues, según la jurisprudencia examinada anteriormente, las personas prefieren hacer uso de su autonomía privada y redactar sus propios testamentos de la manera que mejor les parezca, es así como surgen los llamados «testamentos informales», esos testamentos que no calzan dentro de lo regulado por la norma, pero que están remeciendo los cimientos del Derecho Sucesorio alrededor del mundo, reclamando su reconocimiento legal.

Y es que, ya lo advertía la doctrina especializada, en el sentido que la legislación en materia sucesoria arrastra con tres principales defectos que vienen desde la normativa anterior, a saber: i) no existe un orden sistemático de las instituciones reguladas, ii) existen defectos de carácter conceptual al haber tomado prestado normas de otros cuerpos legales -España, Francia y Alemania principalmente- sin armonizar sus incompatibilidades; y, iii) ausencia de contenido, siendo que existe falta de claridad en la normativa, existiendo normas escuetas o contradictorias en algunos casos. (Lohmann 2014: 122-124)

3.3 Nuevas formas de testar.

En definitiva, nuestro mundo ha cambiado radicalmente y más aún en estos tiempos de aislamiento social, que nos ha obligado a migrar de golpe hacia el campo de las tecnologías de la información. Ya en algunos aspectos, se venía trabajando de la mano con las nuevas tecnologías para situaciones ordinarias como conferencias virtuales, el teletrabajo, comercio

electrónico, entre otros. Pero ¿qué ocurrió en el campo del Derecho Sucesorio peruano? La respuesta es: nada.

A manera de tener claro el panorama, imaginemos la situación de otorgamiento de testamento por escritura pública. Para la ejecución de este testamento se requiere la presencia conjunta de un notario público, un testador y dos testigos; es decir, cuatro personas deben estar reunidas en un solo lugar, y ¿qué hay con el distanciamiento entre las personas que debemos respetar?, ¿qué ocurre si el testador o el propio notario es una persona vulnerable? -un adulto mayor, por ejemplo- ¿es necesario tener que exponerla a estar algunas horas con otras personas que pueden ser portadoras asintomáticas del covid-19? ¿Por qué no podría ser que este testamento se otorgue mediante una videoconferencia?

La doctrina especializada ya venía cuestionando este tipo de situaciones: «En cuanto a los testamentos ordinarios, el de escritura pública, cerrado y ológrafo, pensamos que se peca de formalismos extremos e incluso atando a fórmulas desfasadas y que el Notario debe cumplir bajo pena de nulidad, como la de que ellos de puño y letra deben redactar el testamento en su registro respectivo (tratándose del de escritura pública), o el cerrado en el que en la cubierta tiene que levantarse acta.» (Aguilar 2010:74).

Esto nos lleva a repensar al testamento no solamente como un documento escrito, debido a que en la actualidad contamos con la tecnología suficiente como para poder realizar testamentos en audio o video, o tal vez haciendo uso del ordenador -que es una herramienta con la que casi todos contamos-; ni qué decir de los teléfonos móviles que, poco a poco van reemplazando a los ordenadores.

Veamos a continuación, cuales son estas nuevas clases o maneras de otorgar testamentos que van apareciendo debido a la utilización de las tecnologías, denominados también como «testamentos informales», debido a que no cumplen necesariamente con las formalidades prescritas por ley.

3.3.1 Testamento en audio.

Comencemos por recordar que en nuestro medio el testamento otorgado de forma verbal fue suprimido por la regulación del Código Civil peruano de 1936, principalmente porque la oralidad no era una forma idónea de conservar la última voluntad del causante, debido a que esta podía ser tergiversada o incluso manipulada por las personas que recibían la declaración de parte del otorgante.

Sin embargo, con el paso del tiempo y la capacidad de poder registrar la voz de una persona -ya sea en los clásicos fonógrafos, pasando por los discos de vinilo, cintas de audio, discos

compactos hasta la era del audio digital como el conocido mp3, entre otros-, surge la posibilidad de otorgar un testamento en audio que nos permita conservar la voluntad del testador inalterable. La practicidad con la que se puede registrar la voz en un archivo de audio también es otro punto a favor, cabe recordar que en la actualidad la mayoría de teléfonos móviles tienen como una de sus múltiples funciones básicas, la de grabar la voz.

El archivo generado puede ser guardado por largo tiempo, incluso puede ser materia de pericias para verificar su autenticidad o inalterabilidad del mismo. A manera de ejemplo pudimos examinar el caso australiano *Treacey v Edwards*, en el cual se incorporó una cinta de audio como parte integrante de un testamento, otorgándole funcionalidad al hacer la referencia -remisión- precisa en el cuerpo del testamento, y que sirvió para coadyuvar a que el otorgante disponga de su amplio patrimonio de una manera más amigable.

Se puede cuestionar este tipo de testamento, haciendo referencia a que no podemos estar seguros si es que el audio fue producto de la libre voluntad del testador o tal vez se haya otorgado empleando la coacción, pensamos que tendría que corresponder a los afectados por las disposiciones testamentarias contenidas en el testamento, las acciones legales que puedan corresponder. Pero como alternativa a los tradicionales testamentos ordinarios, podría llegar a función bastante bien.

3.3.2 Testamento en video.

Otra forma más idónea sería la utilización del video, el cual nos permite ver el momento preciso en que el testamento es otorgado.

Si en la actualidad existe la posibilidad de tener hojas de vida en formato de video -lo cual últimamente se ha convertido en tendencia al momento de iniciar procesos de reclutamiento laboral en línea-, por qué no se podría entonces disponer de nuestro propio patrimonio de dicha forma.

Pensamos que esta es una muy buena alternativa, tal como lo hace notar Aguilar, al decir que «[...] no se ha previsto otra forma de testar cual puede ser la de los videos grabados, en la que se ve y escucha al testador, expresando oralmente sus disposiciones de última voluntad. Se señala que en este caso faltarían condiciones de seguridad. No lo creemos, y en todo caso como cualquier testamento, podría impugnarse por la persona que se considere afectada por problemas de fondo o de forma en su otorgamiento» (2010:74).

Si bien se puede acotar que «la declaración de última voluntad no resulta ser el propio video, sino el documento leído por el testador» (Saavedra 2013: 282), puesto que en algunos casos el testador puede tener algunos detalles por escritos en papel a manera de ayuda, dicho

documento en realidad tendría la calidad de borrador o mero proyecto, el cual no tendría los requisitos necesarios como para ser considerado como el documento final, que en este caso sería el video, además si tenemos un documento escrito por el propio testador que podría tener las formalidades necesarias para ser reconocido como un testamento y enseguida el testador realiza un testamento en video, podría darse el supuesto de revocación del testamento escrito a consecuencia de un ulterior testamento -en video- situación que perfectamente encuentra asidero en las normas correspondientes.

3.3.3 Testamento en ordenador.

Los ordenadores se han convertido en una herramienta infaltable en nuestras épocas, nos sirven para gran cantidad de tareas, principalmente para temas laborales y de ocio.

Los ordenadores contienen programas que nos permiten procesar textos -este trabajo de investigación por ejemplo se ha realizado empleando uno de estos programas-, y si bien se podría señalar que no es lo mismo redactar un texto de la propia mano utilizando la caligrafía de la persona -el cual permite atribuir lo escrito a su propio autor- que, digitando el texto en un programa de ordenador, lo que sí es factible es que el creador del texto se atribuya su autoría haciendo el empleo de lo que se conoce como firma digital, la cual analizaremos posteriormente, situación similar a la ocurrida en el caso *Taylor v. Holt* visto anteriormente. Para tener un panorama más claro de esto último, nos remitimos -a manera de ejemplo- a los actos administrativos como es el caso de las resoluciones judiciales que son firmadas por los magistrados haciendo uso de la firma digital, teniendo el mismo valor legal que la firma manuscrita -no vemos a nadie haciendo problemas o quejándose por este tipo de actuaciones-. De otro lado, existe también la posibilidad que el documento, una vez terminada su redacción, sea impreso por su autor y proceda a colocar su firma en él, como ocurre con los contratos que vemos cotidianamente, y que ahora ocurre con el caso de los notarios que pueden emplear el ordenador para redactar el testamento en escritura pública.

3.3.4 Otras formas de testamento.

Existen otras posibilidades para poder otorgar testamentos sobre todo en estas épocas de aislamiento en la que vivimos, que funcionarían bastante bien si es que llegasen a tener reconocimiento legal.

Comencemos por el testamento por escritura pública, aquel que debe de ser otorgado ante notario público y que este tiene la obligación de redactarlo de su propio puño. Ya se había hecho mención anteriormente que para este tipo de testamento es necesario que se reúnan

en un solo acto el notario, el testador y los dos testigos; sin embargo, la tecnología nos permite realizar dicha reunión de manera virtual haciendo uso de las videollamadas, por ejemplo, las cuales permiten interacción entre los participantes y que perfectamente podrían ser una alternativa a la reunión que cara a cara debería de ocurrir entre los intervinientes de este tipo de testamento.

De otro lado, podría también ser posible que el testamento otorgado en escritura pública elaborada por el notario pueda llevarse a cabo en un documento electrónico, como la escritura pública electrónica, permitiendo a los intervinientes del acto suscribir dicho documento mediante el uso de la firma digital.

Cabe hacer mención en este punto que el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil Peruano de 1984, al momento de encargarse del Libro IV, en lo que respecta a las formalidades esenciales del testamento por escritura pública, propuso no considerar la intervención de los testigos debido a que la función que estos cumplen es poco clara, además que el notario público -como profesional del Derecho que es- está en plena capacidad de orientar al testador en la elaboración del testamento. Es más, en cuanto a la Exposición de Motivos del Anteproyecto de propuestas de mejora al Código Civil peruano, se hace referencia a que la finalidad de ello, es la de liberar de formalidades a este tipo de testamento, haciéndolo más práctico, siguiendo la tendencia de las nuevas formas de celebración de los negocios jurídicos. Igualmente, se propuso la derogación de la norma que indica que el testamento debe ser realizado de puño y letra del notario público que lo redacta, abriendo la posibilidad al uso del ordenador entre otras herramientas tecnológicas, lo cual recién fue una realidad con la dación de la Ley N° 31338, que permite al notario escribir el testamento de su puño y letra o a través de medios de tecnología informática u otros de naturaleza similar, en su registro de escrituras públicas. Lamentablemente no se hace ninguna propuesta para el caso del testamento ológrafo ni el testamento cerrado.

3.4 Testamento en soporte electrónico.

Habiendo examinado la amplia experiencia de la jurisprudencia del *Common Law*, y la variedad de testamentos informales existentes, nos viene a la mente la pregunta acerca de si sería válido otorgar un testamento en soporte electrónico.

Para intentar dar respuesta a aquella cuestión, es importante conocer acerca de algunos términos que van asociados al mundo de la informática, como: soporte electrónico, firma digital, encriptación de documentos, sello electrónico de tiempo -*timestamp*-, y *blockchain*; los

cuales nos van a permitir configurar una definición para lo que se debe de entender como testamento electrónico.

3.4.1 Soporte electrónico.

De entrada, analicemos la definición de la palabra «soporte», para lo cual nos remitimos al diccionario de la lengua española -en su versión en línea-, encontrando como una de las acepciones a esta palabra la de material en cuya superficie se registra información, como el papel, la cinta de video o el disco compacto.

Al añadirle el adjetivo de «electrónico», estamos haciendo referencia al mundo de la informática, por lo tanto, el soporte electrónico vendría a ser aquel material que nos permite registrar información en formato electrónico; como: discos duros, unidades USB, tarjetas de memoria, entre otros.

Esto nos conlleva a revisar la definición de «documento electrónico», siendo que para revisar la definición de la palabra «documento», nos apoyamos en lo regulado por el Código Procesal Civil peruano, el cual contiene la definición en su artículo 233, debiendo entenderse por documento a «todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho». Seguidamente, el referido código adjetivo nos muestra las clases de documentos existentes: públicos o privados; estableciendo en su artículo 234 que «[s]on documentos los escritos públicos o privados, los impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, microformas tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos, y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho, o una actividad humana o su resultado».

3.4.2 Firma digital.

Anteriormente, hemos visto que la firma no es más que la forma en que una persona se vincula con un documento, haciendo válido lo escrito en él y asumiendo los derechos u obligaciones que puedan generarse; siendo que también sirve para identificar al firmante, debido al uso habitual que hace de la firma. Sin embargo, con los avances tecnológicos que hemos venido atravesando, ha surgido una nueva forma de firmar documentos. Nos referimos a la ya conocida firma digital.

A efectos de evitar confusiones vamos a proceder a establecer la diferencia entre firma electrónica y firma digital.

A tenor de lo dispuesto por la Ley N° 27269 – Ley de Certificados y Firmas Digital, y su reglamento, el Decreto Supremo N° 052-2008-JUS, la «firma electrónica» es entendida como cualquier símbolo basado en medios electrónicos utilizado o adoptado por una parte con la intención precisa de vincularse o autenticar un documento cumpliendo todas o algunas de las funciones características de una firma manuscrita. Por su parte, la «firma digital» es aquella firma electrónica que utiliza una técnica de criptografía asimétrica, basada en el uso de un par de claves único -una clave privada y una clave pública relacionadas matemáticamente entre sí-, permitiendo la identificación del signatario y que ha sido creada por medios que éste mantiene bajo su control, de manera que está vinculada únicamente al signatario y a los datos a los que refiere, lo que permite garantizar la integridad del contenido y detectar cualquier modificación ulterior.

Igualmente, se señala en el reglamento que, la firma digital tiene la misma validez y eficacia jurídica que el uso de una firma manuscrita, siempre y cuando haya sido generada por un prestador de servicios de certificación digital debidamente acreditado que se encuentre dentro de la infraestructura oficial de firma electrónica -el sistema creado por la norma para el uso de la firma electrónica-, y que no medie ninguno de los vicios de la voluntad previstos en el Título VIII del Libro IV del Código Civil peruano.

Este tipo de firma es también conocida en doctrina comparada como «firma electrónica avanzada» (Menéndez y Gayo 2014: 166).

Para ser más claros con la diferencia, podemos establecer que la firma electrónica es el género y la firma digital es la especie.

Ahora bien, el reglamento de la Ley N° 27269 -artículo 7- establece que, dentro de la estructura oficial de firma electrónica, la firma digital cuenta por lo menos con las siguientes características:

- i) Se genera al cifrar el código de verificación de un documento electrónico, usando la clave privada del titular del certificado.
- ii) Es exclusiva del suscriptor y de cada documento electrónico firmado por éste.
- iii) Es susceptible de ser verificada usando la clave pública del suscriptor.
- iv) Su generación está bajo el control exclusivo del suscriptor.
- v) Está añadida o incorporada al documento electrónico mismo de tal manera que es posible detectar si la firma digital o el documento electrónico fue alterado.

Asimismo, a efectos de dar seguridad jurídica al documento electrónico que ha sido firmado digitalmente, se han establecido las siguientes presunciones: i) que el suscriptor del certificado digital tiene el control exclusivo de la clave privada asociada; ii) que el documento electrónico

fue firmado empleando la clave privada del suscriptor del certificado digital; y, iii) que el documento electrónico no ha sido alterado con posterioridad al momento de la firma.

Estas presunciones otorgan la cualidad de «no repudio» por parte del suscriptor; es decir, que aquel no puede desconocer el documento electrónico que ha sido firmado digitalmente usando su clave privada, siempre que no medie ninguno de los vicios de la voluntad previstos en el Título VIII del Libro II del Código Civil.

Para nuestro caso, la norma ha regulado el uso del Documento Nacional de Identidad electrónico (DNIe), el cual es emitido por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil – RENIEC, y que posee un *chip* criptográfico en el cual se encuentra registrada la información necesaria -certificados digitales y datos biométricos- para identificar a su titular y permitir el uso de la firma digital. Asimismo, está pensado también para permitir el ejercicio del voto electrónico.

¿Y cómo es que una persona firma digitalmente un documento? Pues la cuestión es bastante simple. RENIEC ha creado un programa llamado «ReFirma PDF» el cual puede ser descargado desde su sitio oficial. Una vez instalado dicho programa se requiere de un lector de tarjeta inteligente -*smart card reader*-, que en el mercado se puede encontrar de diversos precios, y para su uso no es necesaria ninguna instalación o configuración adicional pues tiene la característica de ser un dispositivo *plug&play*; es decir, funciona al ser conectado con el ordenador. La función de este lector es que, al momento de introducir nuestro DNIe, va a poder leer los certificados digitales registrados en él.

Entonces, habiéndose creado un archivo con formato PDF (ahora es posible convertir cualquier archivo de texto a dicho formato), lo que se tiene que hacer es abrir el archivo a firmar haciendo uso del programa ReFirma PDF, y proceder con los pasos detallados en el manual del usuario -disponible al momento de realizar la descarga del programa- para que el archivo seleccionado sea firmado digitalmente.

Lo que buenamente ocurre, es que al texto que se está trabajando se le va a añadir un sello en el cual se encuentran los datos del firmante, pudiendo asimismo agregarse un sello de tiempo -*timestamp*- del cual nos ocuparemos más adelante. En cuestión de minutos se puede firmar uno o más archivos, lo cual permite un ahorro de tiempo importante.

Este tipo de archivos firmados digitalmente, son los que se encuentran regulados en la Ley N° 27269 y su reglamento; en consecuencia, la firma ahí consignada, goza del reconocimiento legal que el ordenamiento le ha otorgado.

3.4.3 Encriptación de documentos.

La criptografía, es el arte de escribir palabras en clave a efectos que la información transmitida solo pueda ser descifrada y, por ende, conocida por aquellas personas receptoras de la información y que conocen acerca del método criptográfico utilizado.

Este arte tiene sus raíces con la aparición de la escritura, a manera de ilustrar al lector podemos hacer referencia a que desde las épocas de los espartanos ya se utilizaban estos métodos -estos empleaban un sistema conocido como *skytale*-, igualmente durante las épocas del Imperio Romano se le atribuye a Julio Cesar la utilización de la criptografía para comunicaciones de tipo militar -método de Cesar- y hasta el conocido disco de Alberti aparecido en la edad media. Métodos que como lo sugiere Kroll (2016: 182-191), fueron consecuencia de tres importantes avances de la civilización como lo fueron: a) la aparición del papel como sustituto del pergamino; b) el servicio postal que permitía a los Estados -quienes tenían el monopolio de este servicio- conocer acerca del contenido de las misivas que eran enviadas dentro de este servicio; y, c) la aparición de la diplomacia, que requería de comunicar mensajes que no debían de ser conocidos por terceros.

Como lo describe Alvarez (2019: 243-249), el cifrado ha sido materia de desarrollo en el campo de lo militar y de las actividades de inteligencia, por lo cual en Estados Unidos de América y la Unión Europea se han establecido regulaciones normativas para su uso, sobre todo por temas que tienen que ver con la seguridad nacional.

Actualmente, la tecnología que casi todo lo permite y lo puede, pone a nuestra disposición diversos programas que nos permiten encriptar o cifrar documentos, como: Gpg4win, AES Crypt, 7-ZIP, Veracrypt, AxCrypt, entre otros muchos más. Cada uno de estos programas tiene distintos niveles de cifrado, por lo general son de uso gratuito y algunas ofrecen características personalizadas para dotar de mayor seguridad al cifrado, a cambio de una suscripción pagada.

Como habíamos visto anteriormente con el tema de la firma digital, esta opera haciendo uso del cifrado asimétrico; es decir, existen dos claves una pública y otra privada vinculadas matemáticamente por un algoritmo, que permite garantizar la seguridad y garantizar la autenticidad de la persona que suscribe, lo que lo hace infalsificable; siendo este método el que se emplea en otras partes de mundo como ocurre con el caso de España, en donde también utilizan el DNIe.

3.4.4 Sello electrónico de tiempo.

El sellado de tiempo -conocido en el mundo anglosajón como *timestamp*- es una tecnología que permite añadir una marca de tiempo a un documento firmado electrónicamente, a efectos

de acreditar la existencia del propio documento y que este no ha sido alterado, en un momento específico de tiempo. Es capaz de mostrarnos la fecha y hora exacta en que ocurrió la suscripción del documento. A estos efectos se emplea la norma técnica internacional ISO 8601, en la cual se regula la representación estandarizada del formato de la fecha y hora, siendo que el sellado de tiempo nos permite saber con exactitud el año, mes, día, hora, minuto, segundo y fracción de segundo; según se requiera.

El procedimiento para obtener el sellado de tiempo de un documento consiste en que el documento se envía a un *Time Stamping Authority (TSA)*, que es el *Trusted Third Party (TTP)*, encargado de otorgar la fecha cierta y exacta del documento, almacenando el registro creado por cada sellado de tiempo a efectos de posteriores verificaciones de ser el caso, a manera de prueba de existencia del mismo. Este procedimiento está regulado en el documento denominado *RFC 3161: Time-Stamp Protocol (TSP)* de agosto de 2001 (The Internet Society: 2001).

Esta tecnología puede ser utilizada en distintos ámbitos, como por ejemplo en las comunicaciones vía correos electrónicos, a efectos de conocer el momento exacto en que se envía una comunicación o el momento en que es recibida por el destinatario.

3.4.5 Blockchain.

La tecnología del *blockchain*, está siendo utilizada sobre todo en el ámbito de lo financiero; sin embargo, tiene diversas aplicaciones y la que nos interesa por el momento es acerca del almacenamiento de documentos.

Como su propio nombre refiere, se trata de una cadena de bloques que se encuentran asegurados criptográficamente.

Se trata pues de un registro único que es distribuido en varios nodos de una red, a efectos de mejor entender esta tecnología nos apoyamos en la experta en *security research* de ESET, Cecilia Pastorino, quien nos indica que cada uno de los bloques que componen la cadena contiene una cantidad de registros, información referente a ese bloque y su vinculación con el bloque anterior y el bloque siguiente a través de un *hash* -un código único que identifica al bloque-, siendo que cada bloque tiene un lugar específico e inalterable dentro de toda la cadena, guardándose una copia fiel de la cadena en todos los participantes de la red; entonces, cada que se generan nuevos registros, estos se verifican y validan por los nodos de la red y luego son agregados a un nuevo bloque que se enlaza a la cadena (Pastorino: 2018).

La ventaja de utilizar la tecnología del *blockchain*, consiste en poder registrar documentos digitales y que estos no puedan ser alterados, debido a que es prácticamente imposible alterar

su contenido, debido a que cada bloque esta matemáticamente vinculado al bloque siguiente, convirtiendo a la información registrada en inmutable y perpetua. Incluso ya existen algunos sitios *web* que brindan estos servicios como por ejemplo el sitio llamado *Proof of Existence*, que tiene por lema: *The original Blockchain notary service*. Este sitio, tiene como principal función la de brindar el servicio de almacenamiento de documentos, que luego de haber sido encriptado puede ser alojado de por vida en una cadena de bloques.

Esta tecnología ha probado ser tan segura que incluso existe hace algunos años en Suecia, un ambicioso proyecto para registrar la propiedad inmueble de dicho país, haciendo uso de esta tecnología, así como realizar las transferencias de propiedades más rápidas y seguras (ChromaWay: 2017).

Asimismo, existe un proyecto llevado a cabo por una empresa española de tecnologías de la información, con la participación del gobierno español, que tiene como fin aprovechar esta tecnología del *blockchain*. Este proyecto denominado *TrustForWills*, recurre a la utilización de *smart contracts* y del *blockchain* a efectos de -una vez verificado el hecho del fallecimiento del testador- transferir el patrimonio digital -cuentas de redes sociales, archivos subidos a la nube, criptomonedas, entre otros bienes- de la persona fallecida a sus beneficiarios. La idea aquí es que el testamento se maneje como un *smart contract* que supone un contrato de ejecución instantánea; es decir, que una vez verificado un hecho real inmediatamente se aplica la consecuencia, para el caso el hecho sería el fallecimiento de la persona, y la consecuencia sería la transferencia del patrimonio digital. Oliva (2018) nos señala que las partes no tienen control sobre el programa que administra el contrato y que es basado en la lógica del «*if-then*» (si – entonces), este «contrato» -testamento- estaría protegido a través del uso del *blockchain* y no permitiría que nadie conozca su contenido sino, hasta el evento programado, el fallecimiento del testador.

3.5 Definición de testamento electrónico.

Habiendo revisado las bondades que la tecnología pone a nuestro alcance en estos días, es posible concebir la idea de implementar al testamento electrónico como una alternativa a las tradicionales clases de testamentos.

Sin duda alguna, en el ámbito del *Common Law* nos llevan una ventaja abismal y esto debido a que la jurisprudencia enriquece y le da contenido a los alcances de las normas que regulan a los testamentos y sus formalidades; es por ello que, como hemos podido comprobar en los casos analizados anteriormente, un gran variedad de formas de otorgar testamentos son validadas y producen sus efectos normalmente, no existiendo mayores preocupaciones por

la seguridad jurídica que ello conlleva, y es pues que las cortes cuentan con las herramientas necesarias para aplicar las normas e interpretarlas de acuerdo a cada caso en concreto; siendo que, los pronunciamientos de las cortes han podido salvar muchos casos en los que comúnmente se tendría que desestimar el pedido del accionante.

El escenario podría no ser distinto en nuestro medio, debido a que cada vez es mayor el número de personas que llevan una vida «digital», y por esta razón creemos que es necesario implementar de una buena vez una herramienta que les permita actuar en un medio en el cual las personas se encuentran inmersas -el medio electrónico-, razón por la cual el testamento en soporte electrónico podría calzar adecuadamente en las necesidades actuales de las personas.

Podemos definir al testamento electrónico, como aquel negocio jurídico mediante el cual una persona ordena su sucesión para después de su fallecimiento, conteniendo disposiciones patrimoniales y/o no patrimoniales, siendo que la manifestación de su voluntad es recogida en soporte electrónico, el cual puede ir acompañado de su firma digital o firma manuscrita digital, pudiendo realizarse con o sin intervención de notario público.

Sería interesante que el legislador preste atención a lo que viene ocurriendo alrededor del tema para una futura modificación -actualización- de nuestras normas en materia sucesoria. De nuestra parte, pretendemos dar ese aporte para que quizá en algún momento exista el verdadero interés de estar a la par de los avances introducidos por la tecnología y sus beneficios.

3.6 Bases para la regulación del testamento en soporte electrónico.

Estando a lo establecido precedentemente, y a efectos de colmar ese vacío legal generado por una falta de visión de legislador, nuestro deseo es el de poner la primera piedra para la construcción de una regulación que permita adoptar al testamento en soporte electrónico. Lo ideal en una norma es que esta pueda ser de interpretación extensiva y que no sea necesaria su constante modificación para adaptarse a nuevas realidades; que sea genérica y que en todo caso sea la jurisprudencia la encargada de dotar de contenido a la misma, delimitando sus alcances. Tal como sostiene la doctrina autorizada, a las normas «a veces les falta elasticidad, capacidad de adecuarse a las circunstancias y nuevas realidades. Cuando son buenas, en cambio, tienen capacidad de adaptación.» (Lohmann 2014:121).

Como se vio anteriormente, la comisión revisora del Código Civil tuvo la oportunidad de realizar importantes cambios en materia sucesoria. Si bien se propone la eliminación de la intervención de los testigos del acto -para el caso del testamento por escritura pública-,

situación con la cual estamos de acuerdo, también es acertada la propuesta de eliminar el numeral 3 del artículo 697, con lo cual no va a ser necesario que el notario se encuentre obligado a redactar el testamento de su puño y letra, abriéndose la posibilidad de la utilización de medios alternativos, como el soporte electrónico, situación que fue recientemente regulada por la mencionada Ley N° 31338. Pensamos que lo mismo debió de ocurrir con el testamento ológrafo, toda vez que existiendo dicha posibilidad es bastante probable que cada vez más personas sean proclives a otorgar testamento, sobre todo la población joven que tiene un marcado apego hacia el mundo de lo tecnológico.

Creemos importante tomar en consideración los siguientes aspectos:

i) De la intervención del notario público.

Según lo analizado, se hace imprescindible la intervención de los notarios públicos para brindar mayor seguridad al acto de otorgamiento de testamento, deben de ser considerados con un elemento necesario, a efectos de evitar que el testamento requiera de una posterior comprobación judicial, tal como ocurre con el testamento cerrado y el testamento ológrafo. La intervención del notario se enfocaría en la identificación plena del otorgante y en la conservación del testamento, puesto que lo que se busca es evitar acudir a los órganos jurisdiccionales para la tediosa comprobación judicial.

Una primera opción podría ser el testamento por escritura pública electrónica con la firma electrónica del notario público y del testador. Así es, escritura pública electrónica, si bien aún no se encuentra regulada en nuestro ámbito; existen pronunciamientos en favor de su utilización así como de la minuta electrónica (Bergerot: 2004: 79), y es pues que tenemos la convicción que la conversión del archivo notarial físico al archivo notarial digital, no está muy lejos de poder ser una realidad; ya con el uso de los traslados electrónicos vía la utilización del Sistema de Intermediación Digital de la Superintendencia de Nacional de los Registros Públicos -SID SUNARP-, los notarios se encuentran habilitados para presentar solicitudes de inscripción de títulos de manera electrónica en casi la totalidad de actos inscribibles en los registros públicos; incluso el Colegio de Notario de Lima ha puesto en marcha su propia plataforma institucional denominada SID-NOTARIAL, según figura en su portal institucional.

Una segunda opción, consiste en que el notario público y el otorgante se reúnan de manera virtual, haciendo uso de una videollamada o una conferencia virtual que permita la interacción entre ambos, de tal manera que el testador pueda declarar su voluntad ante el notario público y este a su vez redacte el testamento en soporte electrónico para luego de su revisión y lectura pueda ser firmado por ambos, haciendo uso de la firma digital.

Otra opción podría ser que el testador realice su testamento en soporte electrónico añadiéndole su firma electrónica, y que sea remitido virtualmente al archivo del notario público, para que este a su vez proceda con la verificación de la identidad del otorgante y su conservación en su archivo notarial digital.

Esto último es tomado en consideración por Falbo, quien hace referencia a que en un informe de la asamblea de la Unión Internacional del Notariado Latino -llevada a cabo en octubre de 2014, en la ciudad de Budapest- y en torno al tema de la escritura pública electrónica, se menciona que ya existe en Francia un sistema denominado *télé@cte*, que permite que la escritura pública sea firmada haciendo uso de un soporte electrónico, en donde se puede firmar electrónicamente el instrumento público cumpliendo con las formalidades legales establecidas (2017: 87-88).

ii) De la eliminación de la intervención de los testigos.

Creemos que no es necesaria la intervención de testigos para el momento de otorgamiento del testamento, principalmente porque el rol que cumplían en las épocas del derecho justiniano ya no se justifica en nuestros tiempos, siendo meros observadores del acto sin tener algún rol fundamental para su otorgamiento.

Es más, se supone que el testamento es un acto personalísimo y privado del cual solamente el testador y en todo caso el notario público -para los casos de los testamentos por escritura pública- deberían de tener conocimiento de su contenido, siendo que los testigos podrían dar a conocer el contenido del testamento a terceros o a los propios beneficiarios del mismo.

Evidentemente, esto no aplica al testigo a ruego para las personas que así lo requieran.

iii) De las seguridades para el testamento en soporte electrónico.

La seguridad jurídica en el testamento en soporte electrónico debe de ser una característica fundamental para poder pensar en su regulación. Es por ello que se debe de implementar una estructura necesaria para tales fines, desde la verificación de la identidad del otorgante mediante el uso del DNIe y la firma digital, así como la utilización de la comparación biométrica de huellas dactilares que pone a disposición el RENIEC, pasando por las seguridades que debe de contener el documento electrónico como el sellado electrónico de tiempo y su encriptación, para su posterior almacenamiento en un *blockchain*, y culminar con la debida publicidad a través de la SUNARP; todo ello requiere de una adecuada regulación a efectos de no crear inseguridad jurídica para su realización.

3.7 Palabras finales del autor.

Tenemos pues la fiel convicción que algún día el testamento electrónico -o alguna otra forma de otorgar testamentos como el audiovisual-, pueda encontrar en nuestra legislación un espacio para su regulación y que no tengamos que continuar en la misma obsoleta tradición que no permite que el Derecho Sucesorio evolucione a la par de los avances introducidos por las tecnologías de la información, tal como sostiene Lohmann «[e]n sede testamentaria son imprescindibles cambios de fondo [...] reducir las formalidades testamentarias» (2014: 129); pues contamos con las herramientas tecnológicas necesarias para lograrlo y que esto no siga siendo una utopía, algo inalcanzable y mucho menos imposible de lograr, es lo que estamos viviendo aquí y ahora, y merece que pongamos toda nuestra atención al fenómeno mundial de los testamentos en soporte electrónico u otros medios análogos.

Como apunta Cavallé «[h]oy es inviable continuar con una política documental anclada en un soporte caro, contaminante, ineficiente y en vías de desaparecer» (2019: 19), en referencia al soporte en papel utilizado en los oficios notariales.

Es menester, aprender de las experiencias ocurridas en Australia y demás países del *Common Law*, toda vez que en cualquier momento los operadores jurídicos se van a encontrar con este tipo de escenarios en la práctica, y la idea es de tener lo menos posible vacíos legales que no permitan lograr alcanzar la justicia en casos en los que en esencia se está cumpliendo con la norma.

3.8 Conclusiones.

Las formalidades testamentarias y su adaptación a las nuevas realidades generadas por la aparición de las tecnologías de la información, son cada vez más tema de debate entre los especialistas de distintos foros, debido a que hoy en día se cuentan con las herramientas tecnológicas necesarias que nos permiten conservar la voluntad del testador de manera adecuada y replicando experiencias ocurridas en el ámbito del *Common Law*.

La utilización del soporte electrónico y la firma digital son avances tecnológicos que ayudan a facilitar la facción del testamento; la encriptación del documento, el sellado de tiempo y el almacenamiento en un *blockchain*, pueden ser la alternativa que nos permitan lograr la anhelada seguridad jurídica para estas nuevas formas de testar. Es imprescindible que nuestra regulación permita acoger este tipo de testamentos a efectos de propiciar las sucesiones testadas y poder tener una normativa de acuerdo a los tiempos en que vivimos.

Conclusiones Finales.

1. Las formalidades testamentarias están reguladas en función a la época en que el legislador vive, abstrayendo la realidad de ese momento en una norma, se podría decir que una norma captura una realidad en un tiempo específico -a manera de analogía, nos imaginamos una fotografía de un paisaje determinado que evidentemente con el decurso del tiempo ese paisaje se va a ir modificando-, que en definitiva no es estático, sino que por definición es dinámico -el derecho es vida-. Como hemos podido revisar, en el antiguo derecho justiniano se contaba con formalidades de acuerdo a la época, estaban presentes el testamento verbal y el testamento escrito -cada cual con sus propias formalidades-; sin embargo, creemos que no es posible que la norma no contemple situaciones que han cambiado con el tiempo y modificado nuestro comportamiento, y es que desde la aparición de la máquina de escribir hasta nuestros días con el uso de los ordenadores personales o los teléfonos móviles, se va dejando de lado la escritura a mano, en consecuencia no se debería de exigir únicamente la manuscrición para poder otorgar un testamento, existiendo la posibilidad -y facilidad- de hacerlo en video, audio, en soporte electrónico u otros medios análogos.

2. La mayoría de códigos civiles que pertenecen a la familia jurídica del *Civil Law* han trasladado la norma justiniana en sus regulaciones sin mayores cambios. No ocurre así con la regulación de algunos países pertenecientes a la familia jurídica del *Common Law*, en donde si bien toman como referencia la regulación justiniana en esencia, su regulación es algo más abierta a interpretaciones y es ahí la importancia de tener un buen sistema judicial, en donde se le permita al juzgador crear jurisprudencia de verdad, con esto nos referimos a que los juzgadores se pronuncien en una misma línea evitando fallos contradictorios, y estableciendo precedentes que sean vinculantes para los órganos jurisdiccionales.

3. Al analizar las formalidades testamentarias, caemos en cuenta que ellas han sido reguladas de manera bastante tradicional sin mayor innovación y es que prácticamente las demás ramas de Derecho pueden evolucionar, pero al parecer al Derecho de Sucesiones le está prohibido si quiera pensar en dejar de lado la utilización del papel -hoy en día existen divisas

electrónicas, podemos contratar desde nuestro teléfonos móviles, podemos emitir nuestro voto de manera electrónica, podemos incluso controlar nuestro hogar con el uso de alguna aplicación, contamos con la ayuda de la inteligencia artificial, entre otras maravillas que nos permite la tecnología-, tan es así que tímidamente se han sugerido algunos cambios a las formalidades testamentarias -la comisión reformadora del Código Civil, sugirió eliminar la participación de los testigos, y por lo menos a los notarios públicos se les exime de la obligación de escribir de su puño y letra el testamento por escritura pública-, pero en otras áreas del referido cuerpo normativo abundan los artículos con pretendidas modificaciones, es que son más importantes los contratos o las fuentes de las obligaciones que el testamento.

4. Existe pues un artículo que podría darle operatividad a la firma digital para el caso de los testamentos -nos referimos al artículo 141-A de Código Civil-; sin embargo, al no haber norma expresa que lo señale, su uso solamente puede darse en otras áreas; y es que ni por interpretación se le puede aplicar, las normas especiales del Libro de Derecho de Sucesiones son barreras impenetrables, y simplemente queda contemplar como una resolución judicial puede ser firmada electrónicamente por el juez y ser enviada a la casilla electrónica del litigante, mientras que al testamento hay que tratarlo como pieza de museo.

5. En el mundo del *Common Law* se vienen dando diversos casos que ponen a prueba y cuestionan nuestra perspectiva en cuanto al tratamiento de los testamentos y sus formalidades. Existe una amplia gama de pronunciamientos -sobre todo en Australia- con respecto a la validación de testamentos que no necesariamente cumplen con las formalidades legales para su otorgamiento. Las cortes están validando testamentos otorgados en audio, video y soporte electrónico, lo cual evidencia que el Derecho Sucesorio no es estático y muy por el contrario es capaz de adaptarse a la nueva realidad social generada por las tecnologías de la información.

6. Desde los años setenta, en Australia se comenzó a revisar las normas correspondientes al *Law of Wills*, siendo que se trató de una reforma integral, cada Estado a través de sus comisiones de trabajo propusieron diversas modificaciones. Una de estas modificaciones fue la de implementar una regla para que las cortes tengan el poder de dispensar las formalidades testamentarias a efectos de rescatar la voluntad testamentaria del causante, otorgando la oportunidad para que se pueda validar el testamento dejado por este, siempre y cuando se cumpla con ciertos requisitos: i) que exista un documento; ii) el cual debe contener las disposiciones testamentarias del fallecido; y, iii) que el fallecido haya tenido la intención que el documento opere como su testamento. Este poder que el legislador otorga a las cortes se denomina como la regla del *dispensing power*.

7. La regla del *dispensing power*, es un producto netamente de origen australiano; empero, ha sido influenciada por otra regla desarrollada en los Estados Unidos de América, conocida como la regla del *substantial compliance*, y que posteriormente fue recogida en el *Uniform Probate Code*, el cual es una norma estandarizada para los Estados que decidan acogerla. La regla del *dispensing power* -tal como su denominación lo evoca- se trata del poder que el legislador otorga a las cortes para dispensar del cumplimiento de las formalidades testamentarias; por su parte la regla del *substantial compliance*, es más bien una corriente de interpretación jurisprudencial que no requiere de una norma expresa para que sea invocada, sino que supone que es una facultad intrínseca de las cortes para validar testamentos, en caso se haya cumplido en esencia con las formalidades testamentarias, y estemos frente a errores indiferentes -*harmless errors*-.

8. Alrededor del mundo se han empezado a alzar las voces con respecto a la modernización de la sucesión testamentaria, en diversos países de habla hispana -principalmente España y México- la doctrina ha prestado atención al problema de la falta de actualización de las normas en materia testamentaria, y se empieza a discutir cuestiones que tienen que ver con la adopción de nuevas formas de testar como son los testamentos audiovisuales o en soporte electrónico.

9. La tecnología de nuestros días se ha desarrollado de una manera tal, que cada vez es más seguro interactuar con el mundo digital. Existen herramientas que nos pueden ayudar a alcanzar la tan mentada seguridad jurídica, y esto bien se puede aplicar para los actos de otorgamiento de testamentos ordinarios. El desarrollo de la firma electrónica, la encriptación de documentos, el *timestamp*, y el *blockchain*; son algunas de estas herramientas tecnológicas que pueden ayudar a desarrollar el campo de los testamentos otorgados en soporte electrónico.

10. Estamos en un siglo de grandes cambios y avances tecnológicos, los cuales pueden coadyuvar al desarrollo del tan olvidado Derecho de Sucesiones, enriqueciendo las normas y adaptándolas a una realidad que necesita ser regulada para evitar caer en vacíos legales que pueden llegar a impedir que la voluntad del causante vea la luz, al no haber cumplido con seguir las tradicionales formalidades testamentarias.

Bibliografía.

AGUILAR, Benjamín.

2011 *Derecho de Sucesiones*. Segunda edición. Lima. Ediciones Legales.

AGUILAR, Benjamín.

2010 «A propósito de las reformas que se proponen al Código Civil, en particular al libro de sucesiones». En TORRES, Manuel (Coordinador General). *Actualidad Jurídica*. Lima: Gaceta Jurídica. Tomo 200, Primera edición, julio 2010, pp. 71 - 76.

ALVAREZ, Daniel.

2019 «Algunos aspectos jurídicos del cifrado de comunicaciones». En *Derecho PUCP. Revista de la Facultad de Derecho*. N° 83, 2019, diciembre-mayo, pp. 241 - 262. Consulta: 23 de octubre de 2020.
<https://doi.org/10.18800/derechopucp.201902.008>

ALVAREZ, José.

2018 *Derecho de sucesiones*. Lima: Instituto Pacífico.

AMERICAN LAW INSTITUTE.

1999 *Restatement of the Law Third: Property (Wills and Other Donative Transfers)*. Minnesota: American Law Institute Publishers. Volumen 1.

ARREDONDO, Francisco.

2001 «El notariado en el mundo y su proyección hacia el futuro». En ROJAS, Víctor (Editor). *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*. México: Departamento de Derecho Universidad Iberoamericana. No. 31, pp. 383 - 420.

AYARI, Marco.

2015 «*Il testamento olografo informatico: nuovissime applicazioni di un antico istituto*». En *Jei – Jus e Internet*. Consulta: 25 de febrero de 2020.

<https://www.jei.it/approfondimenti-giuridici/450-il-testamento-olografo-informatico-nuovissime-applicazioni-di-un-antico-istituto>

BECERRIL, Anahiby.

2015 «*El testamento electrónico: Los actos jurídicos frente a las herramientas tecnológicas*». En *Fiadi*. Consulta: 19 de setiembre de 2017.

<http://fiadi.org/wp-content/uploads/2015/08/Anahiby-Anyel-Becerril.pdf>

BERGEROT, Ariel.

2004 «*La Minuta Registral Electrónica*». En ESPINOZA, Rodolfo (Director). *Revista Latinoamericana de Derecho Notarial*. Huánuco: Imprenta Trujillo, Año I, N° 1, junio de 2004, pp. 79 - 83.

BIONDI, Biondo.

1960 *Sucesión Testamentaria y Donación*. Barcelona: Bosch, Casa Editorial.

BORDA, Guillermo.

1994 *Manual de sucesiones*. Buenos Aires: Editorial Perrot.

BRIZZIO, Claudia.

2000 *La informática en el nuevo derecho*. Buenos Aires: Abeledo - Perrot.

CASTAÑEDA, Jorge.

1975 *Derecho de sucesión. Tomo II*. Lima: Talleres Gráficos P.L. Villanueva.

CAVALLÉ, Alfonso.

2019 «*El Protocolo Electrónico Notarial*». En *Las nuevas tecnologías en la función notarial*. Lima: Gaceta Notarial, 1° Edición, febrero de 2019, pp. 7 - 43.

CHROMAWAY.

2007 *The Land Registry in the blockchain - testbed*. Consulta: 01 de setiembre de 2020.
https://static1.squarespace.com/static/5e26f18cd5824c7138a9118b/t/5e3c35451c2cbb6170caa19e/1581004119677/Blockchain_Landregistry_Report_2017.pdf

COBAS, María y DE JOZ, Christian.

2017 «*La modernización del derecho de sucesiones. Algunas propuestas*». En *Revista Notarial. Colegio de Escribanos de la Provincia de Córdoba*. Año 2017, N° 95. Consulta: 01 de setiembre de 2019.

<http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2018/01/RNCba-95-2017-03-Doctrina.pdf>

CONGRESO DE LA REPUBLICA.

2000 «*Diario de los debates. Segunda Legislatura Ordinaria del 1999 3ª B Sección*». Consulta: 01 de julio de 2019.

<https://www2.congreso.gob.pe/sicr/diariodebates/Publicad.nsf/2b66b8a68552546d05256f1000575a5c/05256d6e0073dfe9052568d50070fd9a?OpenDocument>

ECHECOPAR, Luis.

1999 *Derecho de sucesiones*. Lima: Gaceta Jurídica.

FALBO, Santiago

2017 «*Protocolo Digital. Nuevas Tecnologías y Función Notarial. Otorgamiento del documento notarial digital, y circulación electrónica del documento notarial*». En *IDIBE – Instituto de Derecho Iberoamericano*. Consulta: 19 de setiembre de 2017.

<https://idibe.org/cuestiones-de-interes-juridico/la-modernizacion-del-derecho-de-sucesiones-algunas-propuestas/>

FERNÁNDEZ, César.

2003 *Código Civil: Derecho de Sucesiones. Tomo I*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

FERNÁNDEZ, César.

2014 *Derecho de sucesiones*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

FERRERO, Augusto.

2012 *Tratado de derecho de sucesiones*. Lima: Gaceta Jurídica.

FORNIELES, Salvador.

1950 *Tratado de las sucesiones. Tomo II*. Buenos Aires: Ediar.

GARCIA DEL CORRAL, Ildefonso.

1889 *Cuerpo del Derecho Civil Romano. A doble texto, traducido al castellano del latino publicado por los hermanos Kriegel, Hermann y Osenbrüggen con las variantes de las principales ediciones antiguas y modernas*. Volumen I. Barcelona: Jaime Molinas.

GIORGIANNI, Michele.

1968 Voz «*Forma degli atti*» (Diritto privato). En *Enciclopedia del Diritto*. Vol. XVII. Milán: Giuffrè Editore.

GRONDONA, Mauro.

2016 «Il testamento filmato negli Stati Uniti d'America». En BULGARELLI, Ennio (Director). *Tradizione e modernità del diritto ereditario nella prassi notarile. Atti dei Convegni Roma, 18 marzo 2016 - Genova, 27 maggio 2016 - Vicenza, 1 luglio 2016*. Milán: Gruppo 24 Ore, pp. 228 - 240.

GRUPO DE TRABAJO DE REVISION Y MEJORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984.

2016 *Anteproyecto de propuestas de mejora al Código Civil peruano*. Consulta: 15 de marzo de 2020.
https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/514546/Anteproyecto_Reforma_Codigo_Civil_Versio%CC%81n_adeuada.pdf

GRUPO DE TRABAJO DE REVISION Y MEJORA DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984.

2016 *Exposición de Motivos. Anteproyecto de propuestas de mejora al Código Civil peruano*. Consulta: 15 de marzo de 2020.

GUARINO, Antonio

1963 *Diritto Privato Romano. Lezioni Istituzionali de Diritto Romano*. Segunda edición revisada. Nápoles: Jovene.

KASIRER, Nicholas.

1997 «From Written Record to Memory in the Law of Wills». En *Ottawa Law Review*. Vol. 29, No. 1, 1997, pp. 39 – 61. Consulta: 25 de febrero de 2020.
<https://ssrn.com/abstract=2723528>

KROLL, Simon.

2016. «Evolución de los sistemas criptográficos desde la Edad Media a la Moderna». En *Memoria y Civilización*. Vol. 19, pp. 181 - 199. Consulta: 01 de setiembre de 2020.
<https://doi-org.ezproxybib.pucp.edu.pe/10.15581/001.19.181-199>

LANATTA, Rómulo.

1974 *Formalidades de los testamentos*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

LANATTA, Rómulo.

1985 *Exposición de motivos y comentarios. Tomo V*. Compilación realizada por REVOREDO, Delia. Lima: Studium.

LANGBEIN, John.

1975 «*Substantial Compliance with the Wills Act*». En *Harvard Law Review*. Volumen 88, enero 1975, número 3, pp. 489 - 531. Consulta: 06 de abril de 2020.
https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Langbein_Substantial_Compliance.pdf

LANGBEIN, John.

1979 «*Crumbling of the Wills Act: Australians Point the Way*». En *American Bar Association Journal*. Volumen 65, agosto 1979, número 8, pp. 1192 - 1195. Consulta: 06 de abril de 2020.
<https://www.jstor.org/stable/20745974?seq=1>

LANGBEIN, John.

1984 «*The Nonprobate Revolution and the Future of the Law of Succession*». En *Harvard Law Review*. Volumen 97, marzo 1984, número 5, pp. 1108 - 1141. Consulta: 06 de abril de 2020.
https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Langbein_Nonprobate_Revolution.pdf

LANGBEIN, John.

1987 «*Excusing Harmless Errors in the Execution of Wills: A Report on Australia's Tranquil Revolution in Probate Law*». En *Columbia Law Review*. Volumen 87, marzo 1987, número 1, pp. 1 - 54. Consulta: 06 de abril de 2020.
https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/Faculty/Langbein_Excusing_Harmless_Errors_in_Wills.pdf

LANGBEIN, John y WAGGONER, Lawrence

2010 «*Curing Execution Errors and Mistaken Terms in Wills*». En *Michigan Law. University of Michigan Law School. Public Law And Legal Theory Working Paper Series, Working Paper No. 207*, agosto 2010, pp. 1 - 9. Consulta: 06 de abril de 2020.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1653438

LANGBEIN, John.

2017 «*Absorbing South Australia's Wills Act Dispensing Power in the United States: Emulation, Resistance, Expansion*». En *Adelaide Law Review*. Volumen 38, número 1, pp. 1 - 12. Consulta: 06 de abril de 2020.
https://law.adelaide.edu.au/system/files/media/documents/2019-02/alr-38-1_0.pdf

LLEDÓ, Francisco (Director).

1998 *Compendio de Derecho de Sucesiones*. Madrid: Editorial Dykinson.

LLOPIS, José.

2017 Comentario del 28 de setiembre a «Análisis del anteproyecto sobre herencia digital en Cataluña – I». *José Carmelo Llopis Notario*. Consulta: 12 de marzo de 2019.
<http://www.notariallopis.es/blog/i/1413/73/analisis-del-anteproyecto-sobre-herencia-digital-en-cataluna-i>

LLOVERAS, Nora y otros.

2015. «Comentarios a los artículos del Libro Quinto y Libro Sexto. Artículos 2277 a 2671». En CARAMELO, Gustavo (Director). *Código civil y comercial de la Nación comentado*. Buenos Aires: Infojus. Primera edición, 2015, Volumen VI.

LOHMANN, Juan.

1996 «Derecho de sucesiones. Sucesión testamentaria (Comentarios a los Títulos I, II y III del Libro Cuarto del Código Civil). Tomo II – Primera Parte». En DE TRAZEGNIES, Fernando (Director). *Biblioteca Para leer el Código Civil. Vol. XVII*. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.

LOHMANN, Juan.

2014. «Necesidad de modificaciones al Libro IV, Derecho de Sucesiones, del Código Civil». En TORRES, Manuel (Coordinador). *Estudios críticos sobre el Código Civil*. Lima: Gaceta Jurídica. Primera edición, octubre 2010, pp. 121 - 130.

MÁRQUEZ, José.

2013 *Formalidades legales en los Estados Unidos. Un análisis notarial*. México DF: Editorial Porrúa.

MASON, Stephen.

2016 *Electronic Signatures in Law. Fourth edition*. Londres: University of London Press.
<https://www.jstor.org/stable/j.ctv5137w8.1>

MENENDEZ, Juan y GAYO, María.

2014 *Derecho e informática: ética y legislación*. Barcelona: JMB Bosch Editor.

MIRÓ-QUESADA, Francisco.

2003 *Ratio interpretandi. Ensayo de hermenéutica jurídica*. Lima: Universidad Ricardo Palma Editorial Universitaria.

NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS.

2019 *Draft for Discussion Only Electronic Wills Act*. Consulta: 04 de junio de 2019.

<https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.aspx?DocumentFileKey=fd6bfdcc-9b53-45fb-fe63-f17d197d803a&forceDialog=0>

NEW SOUTH WALES LAW REFORM COMMISSION.

1986 *Report 47 (1986) - Community Law Reform Program: Wills – Execution And Revocation.*

Consulta: 18 de junio de 2019.

<https://www.lawreform.justice.nsw.gov.au/Documents/Publications/Reports/Report-47.pdf>

OLIVA, Ricardo.

2016 «Introducción». En OLIVA, Ricardo y VALERO, Sonsoles (Coordinadores).

Testamento ¿Digital?. s/l: Juristas con Futuro eBook, pp. 10 - 15.

<https://www.juristasconfuturo.com/ebook-testamento-digital/>

OLIVA, Ricardo.

2018 *Blockchain y Testamento Inteligente.*

Consulta: 24 de diciembre de 2020.

<https://www.milegadodigital.com/blog/blockchain/blockchain-y-testamento-inteligente/>

PASTORINO, Cecilia.

2018. *Blockchain: qué es, cómo funciona y cómo se está usando en el mercado.* Consulta: 01 de setiembre de 2020.

<https://www.welivesecurity.com/la-es/2018/09/04/blockchain-que-es-como-funciona-y-como-se-esta-usando-en-el-mercado/>

PEREZ, Leonardo.

2010 «En pos de necesarias reformas al derecho sucesorio en Iberoamérica». En PEREZ, Leonardo (Coordinador). *El Derecho de Sucesiones en Iberoamérica. Tensiones y Retos.*

Bogotá: Temis, pp. 11 - 92.

QUEENSLAND LAW REFORM COMMISSION.

1978 *Report 22 (February 1978) – A Report of the Law Reform Commission on the Law Relating to Succession.* Consulta: 18 de junio de 2019.

https://www.qld.gov.au/__data/assets/pdf_file/0003/372486/r22.pdf

ROSALES, Francisco.

2018 «*Testamento ológrafo digital*». En *Notario Francisco Rosales*. Consulta: 12 de marzo de 2019.
<https://www.notariofranciscorosales.com/testamento-olografo-digital/>

SAAVEDRA, Renzo.

2013 *El negocio jurídico testamentario. Contribución al estudio del negocio de última voluntad*. Lima: Jurista Editores.

SAAVEDRA, Renzo.

2008 «Caracteres del negocio de última voluntad. Planteamiento de nuevas problemáticas y renuncia a antiguas perspectivas». En *Ius et Veritas*. 18(36), pp. 216 - 262. Consulta: 25 de noviembre de 2021.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12260>

SCALISE, Ronald.

2020 Will Formalities in Louisiana: Yesterday, Today, and Tomorrow. En *Louisiana Law Review*, Vol. 80, No. 1333, 2020. Consulta: 01 de noviembre de 2020.
<https://ssrn.com/abstract=3689315>

SCALISE, Ronald.

2011 «Testamentary formalities in the United States of America». En Aa. Vv. *Comparative Succession Law: Testamentary formalities*. REID Kenneth, DE WAAL Marius y ZIMMERMANN Reinhar (Editores). Londres: Oxford University Press.

SCALISE, Ronald.

2008 «Undue Influence and the Law of Wills: A Comparative Analysis (September 1, 2008)». En *Duke Journal of Comparative & International Law*. Vol. 19, No. 1, 2008. Consulta: 25 de junio de 2021.
<https://ssrn.com/abstract=2094375>

SNAIL, Sizwe y HALL, Nicholas.

2010 «Electronic Wills in South Africa». En Institute of Advanced Legal Studies. *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*. Londres: Vol. 7, 2010, pp. 67 - 70.
Consulta: 27 de marzo de 2020.
<https://journals.sas.ac.uk/deeslr/article/view/1925>

SOUTH AUSTRALIAN LAW REFORM COMMITTEE.

1974 *Twenty-Eighth Report of the Law Reform Committee of South Australia to the Attorney-General – Relating to the Reform of the Law on Intestacy and Wills*. Consulta: 18 de junio de 2019.
<https://law.adelaide.edu.au/system/files/2019-02/28-Intestacy-and-Wills.pdf>

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE LOS REGISTROS PUBLICOS (SUNARP).

2020 *Estadísticas*. Lima: Superintendencia Nacional de los Registros Públicos. Consulta: 7 de setiembre de 2020.
<https://www.sunarp.gob.pe/estadisticas/category/3-REGISTRO-DE-PERSONAS-NATURALES>

TALAMANCA, Mario.

1990 *Istituzioni di Diritto Romano*. Milán: Giuffrè Editore.

THE INTERNET SOCIETY.

2001 *Internet X.509 Public Key Infrastructure. Time-Stamp Protocol (TSP)*. Consulta: 27 de setiembre de 2020.
<https://www.rfc-editor.org/rfc/pdf/rfc3161.txt.pdf>

UNIFORM LAW COMMISSION.

2019 *Electronic Wills Act*. Consulta: 7 de diciembre de 2021.
<https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=a0a16f19-97a8-4f86-afc1-b1c0e051fc71>

UNIFORM LAW COMMISSION.

2010 *Probate Code*. Consulta: 7 de diciembre de 2021.
<https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=a539920d-c477-44b8-84fe-b0d7b1a4cca8>

VAQUER, Antoni.

- 2016 «La relajación de las solemnidades del testamento». En *Notarios y Registradores. Revista de Derecho Civil*. s/l: Vol. III, No. 4, octubre-diciembre 2016, pp. 9 - 34.
Consulta: 1 de setiembre de 2019.
<https://www.notariosyregistradores.com/web/practica/revista-derecho-civil/revista-de-derecho-civil-volumen-iii-numero-4/>

VIDAL, Fernando.

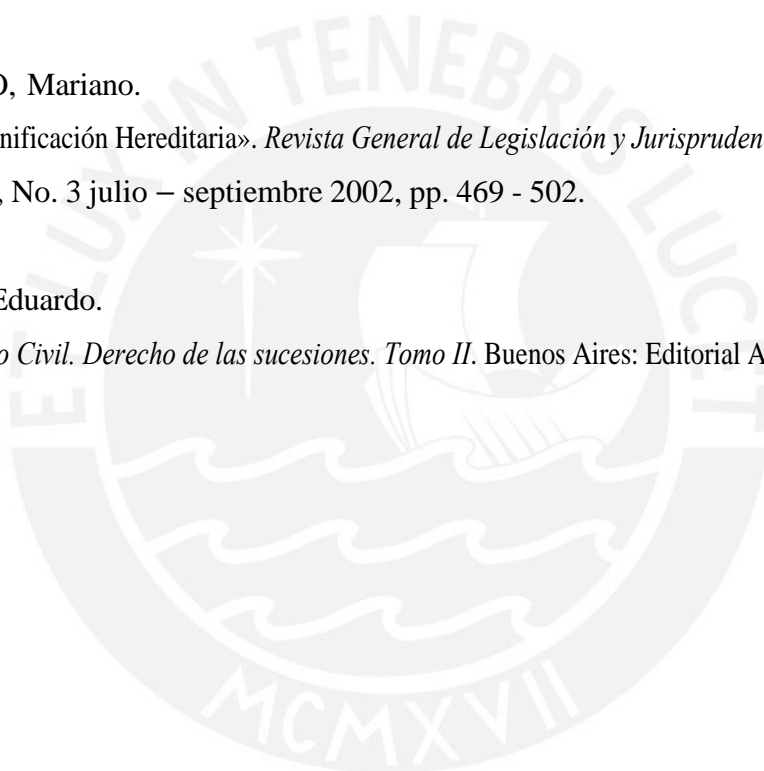
- 1986 «El testamento como acto jurídico». En LANATTA, Rómulo. *Libro homenaje a Rómulo Lanatta Guilhem*. Lima: Cultural Cuzco.

YZQUIERDO, Mariano.

- 2002 «La Planificación Hereditaria». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Madrid: III Epoca, No. 3 julio – septiembre 2002, pp. 469 - 502.

ZANNONI, Eduardo.

- 1983 *Derecho Civil. Derecho de las sucesiones. Tomo II*. Buenos Aires: Editorial Astrea.



Anexo I: Propuesta de reforma legislativa.

<p>Libro IV: Derecho de Sucesiones. Sección Segunda: Sucesión Testamentaria. Título I: Disposiciones Generales.</p>	
<p>Artículo 688.- Son nulas las disposiciones testamentarias en favor del notario ante el cual se otorga el testamento, de su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, así como en favor de los testigos testamentarios.</p>	<p>Artículo 688.- Son nulas las disposiciones testamentarias en favor del notario ante el cual se otorga el testamento, de su cónyuge o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.</p>
<p>Título II: Formalidades de los Testamentos. Capítulo Primero: Disposiciones Comunes.</p>	
<p>Artículo 691.- Los testamentos ordinarios son: el otorgado en escritura pública, el cerrado y el ológrafo. Los testamentos especiales, permitidos sólo en las circunstancias previstas en este título, son el militar y el marítimo.</p>	<p>Artículo 691.- Los testamentos ordinarios son: el otorgado en escritura pública, el ológrafo y el otorgado en soporte electrónico. Los testamentos especiales, permitidos sólo en las circunstancias previstas en este título, son el militar y el marítimo.</p>
<p>Capítulo Segundo: Testamento en Escritura Pública.</p>	
<p>Artículo 696.- Las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son: 1.- Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y dos testigos hábiles. El notario</p>	<p>Artículo 696.- Las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública son: 1.- Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y, de ser el caso, el testigo a ruego</p>

<p>está obligado a verificar la identidad del testador y los testigos a través del documento de identidad y los medios de identificación biométrica establecidos por el Reniec. Cualquiera de los testigos puede actuar como testigo a ruego del testador o testigo de identidad.</p> <p>2.- Que el testador exprese por sí mismo su voluntad o, tratándose de una persona con discapacidad, con el otorgamiento de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de voluntad, en caso lo requiera. Si así lo requiere, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener.</p> <p>3.- Que el notario escriba el testamento de su puño y letra o a través de medios de tecnología informática u otros de naturaleza similar, en su registro de escrituras públicas, pudiendo insertar, de ser el caso, las disposiciones escritas que le sean entregadas por el testador.</p> <p>4.- Que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, los testigos y el notario.</p> <p>5.- Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario que éste elija.</p> <p>6.- Que, durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad, puede expresar su</p>	<p>llevado por el propio testador. El notario está obligado a verificar la identidad del testador y del testigo a ruego, de ser el caso, conforme a ley. El testigo a ruego puede actuar como testigo de identidad del testador.</p> <p>2.- Que el testador exprese por sí mismo su voluntad de manera presencial o haciendo uso de medios de tecnología informática u otros de naturaleza similar. Tratándose de una persona con discapacidad, esta puede expresar su voluntad con el otorgamiento de ajustes razonables o apoyos, si así lo requiere. El testador podrá dictar su testamento al notario o le dará personalmente por escrito las disposiciones que debe contener.</p> <p>3.- Que el notario escriba el testamento de su puño y letra o a través de medios de tecnología informática u otros de naturaleza similar, en su registro de escrituras públicas, pudiendo insertar, de ser el caso, las disposiciones escritas que le sean entregadas por el testador.</p> <p>4.- SE PROPONE SU DEROGACIÓN.</p> <p>5.- Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo a ruego, de ser el caso.</p> <p>6.- Que, durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad podrá expresar su asentimiento u observaciones directamente,</p>
--	---

<p>asentimiento u observaciones a través de ajustes razonables o apoyos en caso lo requiera.</p> <p>7.- Que el notario deje constancia de las indicaciones que, luego de la lectura, pueda hacer el testador, y salve cualquier error en que se hubiera incurrido.</p> <p>8.- Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto.</p> <p>9.- Que, en los casos en que el apoyo de la persona con discapacidad sea un beneficiario, se requiere el consentimiento del juez.</p>	<p>a través de intérpretes, ajustes razonables, apoyos, o haciendo uso de medios de tecnología informática u otros de naturaleza similar.</p> <p>7.- Que el notario deje constancia de las indicaciones que, luego de la lectura, pueda hacer el testador, y salve cualquier error en que se hubiera incurrido.</p> <p>8.- Que el testador, el testigo a ruego, de ser el caso, y el notario firmen el testamento en el mismo acto.</p> <p>9.- SE PROPONE SU DEROGACIÓN.</p>
<p>Artículo 697.- Si el testador es analfabeto, deberá leérsele el testamento dos veces, una por el notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador no sabe o no puede firmar, lo hará a través del uso de la huella dactilar, de todo lo cual se mencionará en el testamento. En caso no tenga huella dactilar, el notario debe hacer uso de cualquier otro medio de verificación que permita acreditar la identidad del testador.</p>	<p>Artículo 697.- Si el testador no sabe o no puede firmar, lo hará a través del uso de la huella dactilar, de todo lo cual se mencionará en el testamento. En caso no tenga huella dactilar, el notario debe hacer uso de cualquier otro medio de verificación que permita acreditar la identidad del testador.</p>
<p>Artículo 698.- 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.</p>	<p>Artículo 698.- Si se suspende la facción del testamento por cualquier causa, se hará constar esta circunstancia, firmando el testador, si puede hacerlo, el testigo a ruego, de ser el caso, y el notario. Para continuar el testamento deberán estar reunidos nuevamente el testador, el mismo notario y el testigo a ruego, si puede ser habido, u otro en caso distinto.</p>
<p>Capítulo Tercero: Testamento cerrado.</p>	

SE PROPONE SU DEROGACIÓN. (Artículos 699 a 703)	
Capítulo Cuarto: Impedimentos del Notario.	
Artículo 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.	Artículo 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.
Capítulo Quinto-A: Testamento otorgado en Soporte Electrónico.	
	<p>Artículo 711-A.- Son formalidades esenciales del testamento otorgado en soporte electrónico, que sea totalmente escrito, fechado y firmado digitalmente por el propio testador; haciendo uso de medios de tecnología informática u otros de naturaleza similar.</p> <p>Artículo 711-B.- El testamento en soporte electrónico deberá de ser conservado ante notario público, previa verificación de la identidad del otorgante, quien dispondrá de su inscripción en el registro de testamentos de los Registros Públicos.</p> <p>Artículo 711-C.- Para que el testamento en soporte electrónico produzca sus efectos no requiere de comprobación judicial, siempre y cuando el notario público haya dado fe de la identidad del otorgante. El notario público, a solicitud de parte interesada que acredite la muerte del testador, procederá con solicitar la inscripción de la ampliación del testamento en el registro de testamentos de los Registros Públicos.</p>

Anexo II: Modelo de testamento en soporte electrónico con firma digital.

TESTAMENTO.

En Lima, a los veintiocho días del mes de noviembre de dos mil veinte, yo NOMBRE DEL TESTADOR, identificado con Documento Nacional de Identidad número 00000000, de nacionalidad peruana, de estado civil casado con doña NOMBRE DE LA CONYUGE, de profesión abogado, domiciliado en Calle Imaginaria número infinito, distrito, provincia y departamento de Lima; procedo a extender mi testamento como manifestación de última voluntad en los términos siguientes: PRIMERO: Declaro llamarme NOMBRE DEL TESTADOR, haber nacido el primero de enero de mil novecientos ochenta y cuatro, ser hijo de don NOMBRE DEL PADRE y de doña NOMBRE DE LA MADRE; ambos fallecidos; SEGUNDO: Declaro ser de estado civil casado con doña NOMBRE DE LA CONYUGE, y haber procreado con mi cónyuge, un hijo de nombre NOMBRE DEL HIJO; TERCERO: Declaro que son mis herederos forzosos y universales: mi cónyuge doña NOMBRE DE LA CONYUGE, identificada con Documento Nacional de Identidad número 00000000, y mi hijo NOMBRE DEL HIJO identificado con Documento Nacional de Identidad número 00000000; CUARTO: Que, conjuntamente con mi cónyuge antes nombrada, declaro ser propietario, del bien inmueble ubicado en Calle Imaginaria número infinito, distrito, provincia y departamento de Lima, inscrito en la partida electrónica número 00000000 del Registro de Propiedad Inmueble de Lima; QUINTO: Que, declaro que es mi libre voluntad que todos los bienes, muebles o inmuebles, acciones y derechos de cualquier naturaleza, que aparezcan a mi nombre a la fecha de mi fallecimiento, en particular las acciones y derechos que me corresponden sobre el inmueble indicado en la cláusula anterior, corresponderán por partes o cuotas iguales a todos mis herederos indicados en la cláusula tercera de este testamento, incluido el tercio de libre disposición; SEXTO: Asimismo nombro como mi albacea testamentario a mi hijo NOMBRE DEL HIJO identificado con Documento Nacional de Identidad número 00000000, quien velará que este testamento se cumpla en sus propios términos y cumplirá las obligaciones que para tal cargo contempla la

ley; el nombrado albacea ejercerá sus funciones gratuitamente y en forma indefinida;
SETIMO: Que, declaro no haber otorgado ningún testamento con fecha anterior, y que en todo caso revoco expresamente cualquier testamento que pudiera aparecer con fecha anterior, cualquiera que sea su fecha, los que quedan sin valor ni efecto legal alguno. En señal de conformidad con cada una de las cláusulas del testamento otorgado, procedo a firmar digitalmente el presente documento.



Firmado digitalmente por:
FIR 42253802 hard
Motivo: Soy el autor del documento
Fecha: 28/12/2020 12:27:51-0500

* * * * *



Anexo III: Enlaces a los pronunciamientos de los casos examinados.

Caso: *Estate D M Edwards: Treacey v Edwards [2000] NSWSC 846* - Nueva Gales del Sur, Australia.

Recuperado de: <https://nswlr.com.au/preview/49-NSWLR-739>

Fecha de consulta: 18 de marzo de 2020.

Caso: *Taylor v. Holt, 134 S.W.3d 830 Court of Appeals of Tennessee 2003* - Tennessee, Estados Unidos de América.

Recuperado de: <https://www.courtlistener.com/opinion/1405291/taylor-v-holt/>

Fecha de consulta: 20 de marzo de 2020.

Caso: *In Re: The Estate of Gene E. Steed, Tex. App. Texarkana, 2004* - Texas, Estados Unidos de América.

Recuperado de: <https://caselaw.findlaw.com/tx-court-of-appeals/1092761.html>

Fecha de consulta: 04 de abril de 2019.

Caso: *Alan Yazbek v Ghosn Yazbek & Anor [2012] NSWSC 594* - Nueva Gales del Sur, Australia.

Recuperado de: <https://www.caselaw.nsw.gov.au/decision/54a637ad3004de94513d9a45>

Fecha de consulta: 16 de marzo de 2020.

Caso: *In re Estate of Javier Castro, 2013-ES-00140, Court of Common Pleas, Probate Division, Lorain County* - Ohio, Estados Unidos de América.

Recuperado de: <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=06e84172-e684-c6d4-1b62-c89cd421f708>

Fecha de consulta: 16 de marzo de 2020.

Caso: *Mellino v Wnuk & Ors* [2013] QSC 336 - Queensland, Australia.

Recuperado de: <https://www.queenslandjudgments.com.au/caselaw/qsc/2013/336>

Fecha de consulta: 16 de marzo de 2020.

Caso: *Re: Yu* [2013] QSC 322 - Queensland, Australia.

Recuperado de: http://www.queenslandreports.com.au/docs/db_keydecisions/QSC13-322.pdf

Fecha de consulta: 03 de abril de 2019.

Caso: *Re Nichol; Nichol v Nichol & Anor* [2017] QSC 220 - Queensland, Australia.

Recuperado de: <https://www.queenslandjudgments.com.au/caselaw/qsc/2017/220>

Fecha de consulta: 11 de octubre de 2019.

Caso: *Hubschi Estate (Re)*, 2019 BCSC 2040 - Columbia Británica, Canadá.

Recuperado de: <https://www.canlii.org/en/bc/bcsc/doc/2019/2019bcsc2040/2019bcsc2040.html?resultIndex=1>

Fecha de consulta: 25 de marzo de 2020.

Caso: *Rioux v. Coulombe (1996), 19 E.T.R. (2d) 201 Québec Superior Court* - Quebec, Canadá.

Recuperado de: <https://qweri.lexum.com/w/canlii/1999CanLIIDocs75.pdf>

Fecha de consulta: 25 de marzo de 2020.

Caso: *Van der Merwe v. Master of the High Court and another (605/09)* [2010] ZASCA 99 - Bloemfontein, Sudáfrica.

Recuperado de: <http://www.saflii.org/za/cases/ZASCA/2010/99.pdf>

Fecha de consulta: 16 de marzo de 2020.