UNIVERSIDAD SEÑOR DE SIPÁN

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA ACADÉMICO PROFESIONAL DE DERECHO

TESIS

MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD DEL TESTADOR RESPECTO A LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES PARA ELABORAR TESTAMENTOS POR ESCRITURA PÚBLICA Y SU MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 696 DEL CÓDIGO CIVIL.

PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO:

Autor:

Bach. Siancas Cabezas José Manuel

Asesor:

Dr. Mendiburu Rojas Augusto Franklin

Línea de Investigación:

Ciencias Jurídicas

Pimentel – Perú

2018

DEDICATORIA

El presente trabajo de investigación va dedicado con mucho cariño a mi padre **Manuel Cabezas Lara**, quien supo inculcarme valores desde la niñez, y son mi base para desempeñarme con probidad y rectitud en todos los aspectos de la vida, y que en la actualidad me guía desde el cielo.

A mis padres por sus constantes consejos que me motivan a seguir superándome día a día.

A mis hermanas que son mi apoyo incondicional.

A mi sobrina Tracy Mayte, que es mi motivo, mi inspiración para ser mejor cada día.

Y a toda mi gran familia, que pese a la distancia siempre nos mantenemos unidos.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a todos los docentes de la Universidad Señor de Sipan, por las enseñanzas y conocimientos que me han trasmitido, y por el apoyo y comprensión brindada por lo complicado de mi actividad laboral.

A Anny del Rosario Hoyos Sandoval, por su constante apoyo y paciencia, y por la amistad incondicional que me brinda.

A mi colega y gran amigo Hugo Arturo Olivos Roque, por todos los consejos, orientaciones y enseñanzas que me brindo día a día, tanto en el ámbito personal y profesional, y por el apoyo proporcionado a lo largo de estos años.

A mi gran institución, mi Policía nacional del Perú, a mi división de investigación criminal, ya que gracias a mi institución es que he logrado solventar mis estudios y poder superarme en mi vida profesional y personal.

Y a todos mis amigos que de alguna u otra manera incentivaron a lograr este objetivo.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación lleva por título "Manifestación de la voluntad del testador respecto a los testigos instrumentales para elaborar testamentos por escritura pública y su modificatoria del Artículo 696 del Código Civil".

Para ello tendremos en cuenta las formalidades para la elaboración del testamento (Art. 696 del Código Civil), básicamente el inc. 1, en donde se encuentra estipulado que: Estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y dos testigos hábiles; siendo esto un requisito esencial para la validez del testamento por Escritura Pública y de cuya inobservancia acarrearía la nulidad del acto Jurídico, lo que en pleno ciclo XXI la sola presencia de los testigos instrumentales en la elaboración del testamento viene convirtiéndose en un obstáculo para que la gente teste, vulnerándose la libre capacidad para testar, la libre disposición de bienes, la confidencialidad del acto e inclusive la fe pública notarial, toda vez que quien da fe del acto es el notario público, y no los testigos; lo que será demostrado en la presente investigación, lo que será corroborado con las entrevistas que serán realizadas a los Notarios y diversos abogados especializados en derecho Notarial de la Provincia de Chiclayo.

Se Procederá a realizar un resumen del testamento, clases de testamento, características y otros, con lo que finalizaremos proponiendo un proyecto de ley para modificar el artículo 696 (formalidades del testamento), inciso 1, del Código Civil, a fin de que la participación de los testigos instrumentales en la elaboración del testamento por escritura pública sea a solicitud del testador y no un requisito obligatorio, salvo en los casos que el testador sufra de algún tipo de discapacidad.

Y para ello, la presente investigación se ha realizado respetando los lineamientos establecidos por la Universidad Señor de Sipan, de igual manera se ha respetado los mecanismos de redacción según la gramática y la norma APA con respecto a las citas bibliográficas y la bibliografía final, en la parte metodológica se ha establecido el tipo de Investigación mixto, y con diseño descriptiva, explicativa, explotaría y no experimental, utilizándose la información recabada en la entrevista y efectuando un análisis documental.

Palabras claves: Manifestación de la voluntad, Testamento, Testigos Instrumentales, Notario, Escritura Pública.

ABRSTRAC

This research work is entitled "Manifestation of the will of the testator in the participation of instrumental witnesses for the preparation of the will by public deed and its amendment to Article 696 of the Civil Code."

For this we will take into account the formalities for the preparation of the testament (Art. 696 of the Civil Code), basically the inc. 1, where it is stipulated that: The testator, the notary and two competent witnesses are gathered in a single act, from the beginning to the end; This being an essential requirement for the validity of the testament by Public Deed and whose non-observance would lead to the nullity of the legal act, which in the XXI century the mere presence of the instrumental witnesses in the preparation of the will has become an obstacle for the people test, violating the free ability to test, the free disposal of property, the confidentiality of the act and even the notarial public faith, since the person attesting to the act is the notary public, and not the witnesses; what will be demonstrated in the present investigation, which will be corroborated with the interviews that will be made to the Notaries and various lawyers specializing in Notarial Law of the Province of Chiclayo.

Will proceed to make a summary of the will, classes of will, characteristics and others, which will end proposing a bill to amend article 696 (formalities of the will), paragraph 1, of the Civil Code, so that participation of instrumental witnesses in the preparation of the will by public deed is at the request of the testator and not a mandatory requirement, except in cases where the testator suffers from some type of disability.

And for this, the present research has been carried out respecting the guidelines established by the Universidad Señor de Sipan, in the same way it has respected the writing mechanisms according to the grammar and the APA norm with respect to the bibliographical citations and the final bibliography, in the methodological part has been established the type of descriptive, explanatory, exploitative and mixed research, and with non-experimental design, using the information gathered in the interview and making a documentary analysis.

Keywords: Manifestation of will, Testament, Instrumental Witnesses, Notary, Public Deed.

ÍNDICE

DEDICATORIA **2**

AGRADECIMIENTO **3**

RESUMEN **4**

ABRSTRAC **5**

I. INTRODUCCIÓN **10**

1.1. Planteamiento del Problema 12

1.2. Antecedentes de estudio 21

1.2.1. Internacionales 21

1.2.2. Nacionales 26

1.2.3. Locales 31

1.3. Abordaje teórico 34

1.3.1. El Testamento 34

1.3.2. Testigos Instrumentales 47

1.3.3. Principios 55

1.3.4. Teorías 57

1.4. Formulación del problema 62

1.5. Justificación e importancia de estudio 62

1.6. Objetivos 63

1.6.1. General 63

1.6.2. Específicos 64

1.7. Limitaciones 64

1.8. Hipótesis 64

II. MATERIAL Y MÉTODO 65

2.1. Tipo de estudio y diseño de investigación 65

2.1.1. Tipo: 65

2.1.2. Diseño 65

2.2. Variables y Operalización 66

2.2.1. Variables 66

2.2.2.Operalización 67
2.3. Escenario de estudio 67
2.4. Caracterización de sujetos 68
2.4.1.Población 68
2.5. Muestra 68
2.5.1. Unidad de estudio 69
2.6. Técnica e instrumentos de datos 69
2.6.1. Técnica: La entrevista 69
2.6.2. Instrumento: La encuesta 69
2.7. Procedimiento para la recolección de datos 69
2.8. Procedimientos de análisis de datos 69
2.9. Criterios Éticos 70
2.9.1. Consentimiento informado 70
2.9.2. Información 70
2.9.3. Voluntariedad 70
2.9.4. Justicia 70
2.10. Criterios de rigor 70
III. REPORTE DE RESULTADOS 71
3.1. Resultado de tablas y figuras 71
3.1.1. Variable independiente: “El testamento” 71
3.1.2. Variable dependiente: “ Testigos instrumentales” 76
3.2. Discusión de resultados 81
3.3. Propuesta 86
3.4. Conclusiones 89
3.5. Recomendaciones: 90
BIBLIOGRAFÌA 98
ANEXOS 91

ÍNDICE DE TABLAS

TABLA 1: Elaboración de un testamento. 71
TABLA 2: La voluntad del testador. 72
TABLA 3: Notario Público un profesional indigno de confianza. 73
TABLA 4: Protocolización del acto. 74
TABLA 5: La fe pública del notario. 75
TABLA 6: Principio de confidencialidad. 76
TABLA 7: Obstáculo para que la gente teste. 77
TABLA 8: Libre capacidad legal para testar. 78
TABLA 9: Libre disposición de bienes 79
TABLA 10: Modificatoria del Art. 696 del Código Civil 80

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1: ¿Considera Ud. que es necesario los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento, si el Notario es el que da fe de la capacidad, conocimiento y libertad del otorgante?. 71
Figura 2: ¿Considera Ud. que deba tenerse en cuenta la voluntad del testador en decidir si desea prescindir de la participación de los testigos instrumentales para la elaboración del testamento por escritura pública? 72
Figura 3: ¿Cree Ud. que se le estaría considerando al notario público un profesional indigno de confianza al requerir testigos instrumentales para dar seguridad jurídica del testamento? 73
Figura 4: ¿Considera Ud. que debería ser válida la declaración de voluntad del testador con la sola protocolización del acto por parte del Notario? 74
Figura 5: ¿Considera Ud. que al requerir testigos instrumentales en la elaboración de un testamento notarial se estaría vulnerando la fe pública del notario? 75
Figura 6: ¿Cree Ud. que la presencia de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento notarial atenta contra el principio de confidencialidad de dicho acto? .. 76
Figura 7: ¿Considera Ud. que la participación obligatoria de los testigos instrumentales se ha convertido en un obstáculo para que la gente teste?..... 77
Figura 8: ¿Cree Ud. que con el requisito de los testigos instrumentales para la elaboración de un testamento notarial se esté atentando contra la libre capacidad legal para testar? 78
Figura 9:¿Cree Ud. que, con el requisito de los testigos instrumentales para la elaboración de un testamento notarial, se esté atentando contra la libre disposición de sus bienes? 79
Figura 10: ¿Está de acuerdo en que debería modificarse el Art. 696 del código civil, a fin de que la participación de los testigos instrumentales no sea un requisito obligatorio para la elaboración de un testamento notarial, si no que esto sea a solicitud del testador? ... 80

I. INTRODUCCIÓN

De conformidad con el Art. 2 del Decreto Legislativo Nº 1049 "El notario es el profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran (…)". En este sentido, el Notario, es el profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran. Para ello formaliza la voluntad de los otorgantes, redactando los instrumentos a los que confiere autenticidad, conserva los originales y expide los traslados correspondientes, siendo función principal la elaboración de instrumentos públicos protocolares e instrumentos públicos extraprotocolares y la tramitación de algunos asuntos no contenciosos regulada en Ley Nº 29560.

Asimismo, se denota la participación del Notario en el testamento, entendido como un negocio jurídico "mortis causa", ahora bien, cuando nos referimos al testamento por Escritura Pública, una de las características principales es su solemnidad, lo que supone el cumplimiento de formalidades, que para la presente investigación nos centraremos en los "testigos" que según la definición del Diccionario de la Real Academia: "Es la persona que da testimonio de algo, o lo atestigua, persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de algo".

Tanto el Código Civil como la Ley del Notariado distinguen perfectamente entre testigos instrumentales; aquellos, son los que presencian el acto solemne del testamento, en presencia de quienes el testador dispone de sus bienes, instituye herederos y legatarios, nombra albacea y demás particulares del testamento; en cambio, los testigos de identidad o de conocimiento se limitan a manifestar al notario que conocen al testador y que es la persona cuyo nombre le ha proporcionado, sin notar en el signos patentes de incapacidad natural e ignorar que este sujeto a incapacidad civil.

Estos preceptos están denotando claramente la intervención de una "tercera persona" que se impone para la formalización del Testamento por Escritura Pública, tal como lo prescribe el Artículo 696º inciso 1 del Código Civil que establece las formalidades esenciales del testamento otorgado en escritura pública, tales como: "Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y dos testigos hábiles".

En este sentido, no solo bastaría la presencia del notario, entiéndase, encargado de dar legalidad a los actos sino también la de terceros, quienes tomaran conocimiento de manera antelada sobre la decisión del testador, lo que de una u otra manera pondría en riesgo el derecho de privacidad del testador; sin embargo, se condiciona su participación pues su inobservancia es un elemento que trae consigo la nulidad del acto.

Por lo expuesto, se espera que esta investigación constituya no solo un aporte teórico; sino también, un punto de partida para un proyecto legislativo que permita tener en cuenta la manifestación de la voluntad del testador en la participación de los testigos instrumentales para la elaboración del testamento por escritura pública, resultando que la participación de testigos sea únicamente a solicitud del testador.

1.1. Planteamiento del Problema

Las pugnas familiares son provocadas ocasionalmente cuando existe el reparto de los bienes o de una herencia, por ello es importante conocer cuál es la opción más óptima cuando en vida quieres dejar un Testamento. Dentro de las clases de testamentos existentes, el más recomendable es el testamento por escritura pública, pues a través de este tipo de testamento, el interesado en esta modalidad debe ir a la notaria para expresar su última voluntad y será el Notario quien dará fe de la voluntad del testador.

Sin embargo, una de las condiciones impuestas por Ley, para la validez del Instrumento Público, es la presencia de los Testigos Instrumentales en la celebración del testamento, el cual debe hacerse en un solo acto vinculándose ello con el principio de la unidad de acto, el cual está muy ligado al principio de inmediación.

Desde este punto de vista, el Notario se ha convertido en un funcionario profesional y especializado que cumple no sólo funciones fedatarias, sino también de asesoramiento imparcial a las partes contratantes, interviniendo no sólo en la legalización de los instrumentos sino también en la redacción de los documentos de contratación que los originan, en base a la expresión de voluntad manifestada por los comparecientes sin mediar la presencia de terceros ajenos a la voluntad del testador.

En este concepto moderno del notario, ya no se justifica la presencia del testigo, salvo excepciones, cuando uno de los participen se halla imposibilitado o no sabe firmar; hace prescindibles a los testigos instrumentales, por cuanto el que debe monopolizar la autoría de la redacción y el acto de dar fe, debe ser única y exclusivamente el notario, protegiendo así la propia libertad de testar del disponente más aún en los casos de indignidad sucesoria.

Por lo expuesto, la presencia del testigo, atenta contra el principio de confidencialidad y el alcance de la manifestación de la voluntad del testador, surgiendo así la necesidad de identificar el problema en cuestión y dar una solución a través de la propuesta la que se basa en tener en cuenta la manifestación de la voluntad del testador respecto a la participación de los testigos instrumentales para la elaboración del testamento por escritura pública, resultando que la participación de testigos sea únicamente a solicitud del testador, en base a que el Testamento es unipersonal porque

se otorga individualmente, así se garantiza la expresión libre de la voluntad del testador y también es unilateral, porque la voluntad del testador es suficiente sin contar con nadie para darle eficacia al mismo.

Ante todo, lo anteriormente señalado, podríamos definir que, como consecuencia del excesivo formalismo para la elaboración de un testamento por escritura pública, es la poca cultura de la población para testar, existiendo esta problematica también en otros países, tal y conforme se ve reflejado en las estadísticas emitidas por:

La revista "El Heraldo de Aguas Calientes" de México, en su edición de fecha 02 de septiembre del 2016, refiere que: "Notarios piden eliminar testigos en testamentos, ya que ese requisito resulta inoperante", Los notarios proponen la eliminación de la presencia obligatoria de testigos instrumentales en el otorgamiento del testamento público abierto; este requisito se ha convertido en un obstáculo para que la gente teste. Ayer, en el arranque de la campaña "Septiembre mes del testamento", el presidente del Colegio de Notarios, Luis Perales de León, pidió al gobernador Carlos Lozano de la Torre, que su equipo jurídico analice la propuesta que presenta el gremio en este sentido, y en su caso, se turne al congreso una iniciativa de reforma al Código Civil, planteamiento que recibió con agrado el mandatario estatal. El fedatario explicó que conforme al artículo 1423 del Código Civil para el Estado, "Testamento público abierto es el que se otorga ante notario y dos testigos idóneos". Sin embargo, en la práctica esta disposición ha generado que la fe pública delegada por el Estado a los notarios, quedé supeditada a la probidad o falta de ella de los testigos, observando que es suficiente con que un testigo se retracte de que participó en el otorgamiento del testamento o qué no lo hizo en el acto de su firma, para que el testamento pueda ser declarado nulo, invalidando la voluntad del testador y por ello relegando a segundo término la fe pública del notario, advirtió.

Asimismo, subrayó que la obligación de los Testigos instrumentales es en la actualidad un formalismo excesivo, es totalmente inoperante la institución obligatoria de los Testigos en el testamento público abierto; es el único caso en que el notario debe ser asistido por testigos. Perales de León argumentó que la intervención de los testigos ha producido demandas de nulidad de testamentos. La eliminación de este requisito, evitaría al testador convencer a los testigos que concurran al otorgamiento, lo que en muchas ocasiones se dificulta, sobre todo tratándose de casos urgentes, incluso no es

un secreto que es frecuente que los testigos pidan alguna retribución a cambio de su participación. Asimismo, facilitaría el levantamiento del testamento toda vez que bastaría que el testador se presente ante el notario o éste concurra a su domicilio y reciba en el acto el dictado de las respectivas disposiciones testamentarias. Considerar que los Testigos permiten asegurar la libertad y la seguridad jurídica del testamento, implica considerar que el notario es un profesional indigno de confianza. Se trata de un formalismo inoperante puesto que es el notario el único receptor de la voluntad del testador, el intérprete de ésta al lenguaje jurídico, el redactor de la escritura, el certificador de la identidad del otorgante y su capacidad; por lo que el testamento no puede quedar sujeto a la posterior comprobación de la idoneidad de los testigos. Finalmente refirió que somos de los 10 únicos estados del país, que se exige la presencia de testigos en el otorgamiento del Testamento.

De igual forma en España, el Portal La Vanguardia del 17 de enero de 2017, titula, "Piden eliminar discriminación de sordos y ciegos para realizar testamento", refiriendo que: han presentado una iniciativa para modificar los artículos del Código Civil que limitan las condiciones en las que las personas con discapacidad visual o auditiva pueden hacer testamento y aquellos que les obligan a pedir un dictamen médico para poder contraer matrimonio. En la proposición de ley registrada hoy para su debate en la Comisión de Discapacidad del Congreso, el grupo parlamentario mantiene que las "especialidades" que establece la legislación vigente para este colectivo son "inaceptables" en la sociedad actual, requiriendo que se modifique la obligación de usar dos testigos instrumentales para otorgar testamento o cualquier documento público notarial y a la prohibición que les impone para hacer testamento cerrado y ológrafo. En este sentido, propone fomentar que las notarías estén dotadas de adaptaciones informáticas para que los testigos, los otorgantes de escrituras y los testadores con discapacidad visual puedan leer los documentos públicos, y recuerda que para aquellos que no saben firmar ya existen los sistemas modernos de firma digital.

El diario MX de México, en su edición de fecha 30 de marzo del 2013, en su título: "Quieren eliminar asistencia de testigos en testamentos"; refirió que: a nombre del Grupo Parlamentario del Partido Acción Nacional, el diputado Raúl García Ruiz presentó una iniciativa con carácter de decreto para reformar y derogar varios artículos

del Código Sustantivo Civil del Estado a fin de eliminar la asistencia de testigos instrumentales al otorgamiento del testamento público abierto, excepto cuando el testador no sepa o no pueda leer o firmar el testamento. El legislador panista indicó que dicha medida proporciona normas más eficaces para que el testador disponga libremente de sus bienes y derechos, y que la propiedad de la titularidad de estos se transmita a las personas, herederos y/o legatarios, sin complicaciones. "Se trata de terminar con círculos viciosos que algunas veces se presentan al momento de reunir a los testigos y que al final se haga uso de personas que por azares del destino se hallan en la notaría pública, inclusive, del mismo personal de las oficinas notariales para no postergar más el trámite", indicó Raúl García.

Agregó que, debido a algunas disposiciones jurídicas, muchas veces las personas tienen que hacer malabares para poder realizar alguna disposición testamentaria, tal es el caso, del testamento público abierto, que define el artículo 1415, como el que se otorga ante notario y tres testigos. "Uno de los requisitos obligatorios es la presencia de los testigos instrumentales, situación que resulta problemática porque la mayoría de las veces el retraso o ausencia de alguno de ellos impiden que se realice el testamento, en otras palabras, se pierde tiempo para reunir a las cinco personas, (3 testigos, testador y notario); porque siendo el testamento un acto solemne, cualquier inobservancia en la forma puede tener consecuencias sobre la validez del mismo. Cabe destacar que la mayoría de las nulidades en los testamentos se ha dado en función de los testigos y nada tiene que ver con la voluntad del testador", dijo. Para finalizar, Raúl García Ruiz indicó que se pretende reformar y derogar varias disposiciones jurídicas para eliminar la asistencia de tres testigos y que solo sean dos cuando se trate de personas invidentes o con sordera para dotar de seguridad tanto del testador y notario, asimismo, en los casos que el testador ignore el idioma del país, este pueda requerir un traductor en vez de dos, como lo dispone el artículo 1410 vigente.

En Panamá, el diario Panamá América en su edición de fecha 12 de Marzo del 2015, titulada "Evite problemas a sus herederos, haga testamento", plasmo que: Hay varios tipos de testamentos. Todos ellos son válidos, sin embargo, el más utilizado y que no puede ser rebatido, y que por ello le recomendamos, es el testamento abierto notarial. El testamento abierto notarial como su nombre indica es un testamento que se realiza ante notario. Se trata de hacer constar nuestra última voluntad en escritura

pública ante un notario, quién a su vez hace de testigo. Esto permite que el notario nos asesore para que las cláusulas se ajusten a la legalidad, sobre qué condiciones podemos exigir, cómo atar diversas situaciones que se nos puedan plantear etc. La intervención del notario, como experto que redacta el texto del testamento, garantiza que su contenido se ajuste al Derecho y que se respeten las legítimas. Además, el notario debe guardar el testamento original en sus archivos, entregando una copia al testador (persona que realiza el testamento). Después, deberá registrar la existencia de este testamento, para que, en caso de fallecimiento, acudiendo al mismo registro se sepa si hay testamento y, en caso de haber varios, cuál es el último y en qué notario se encuentra.

En Costa Rica, La Revista El Financiero, en su edición de fecha 21 de mayo del 2018, en su artículo "Formalidades testamentarias", manifestó que: Dentro las formas comunes en la práctica, se tiene el testamento abierto y el testamento cerrado. En cuanto al primero, sus disposiciones de última voluntad pueden llegar a ser conocidas "públicamente" por terceros. A su vez existen el testamento abierto ante notario público (también conocido como "auténtico"); y el testamento abierto ante testigos, sin la intervención de un notario. En ambos casos, la cantidad de testigos testamentarios difiere si el testador escribe o no de su puño y letra el testamento. En cuanto a las formalidades generales del testamento abierto, éste debe ser debidamente fechado, leído, explicado y firmado. Todo ello en un mismo acto. Respecto al testamento cerrado (también denominado como "místico" o "secreto"), nuestra legislación civil establece que puede no ser escrito por el testador, pero debe estar firmado por él.

En Argentina, El portal del Estudio Breit & Asociados, publicó con fecha 15 de enero del 2018, "¿Qué es y Cómo se hace un testamento en Argentina?", manifestando que el testamento por acto público se otorga mediante escritura pública, ante el escribano autorizante y dos testigos hábiles, cuyo nombre y domicilio se deben consignar en la escritura. El testador puede dar al escribano sus disposiciones ya escritas o sólo darle por escrito o verbalmente las que el testamento debe contener para que las redacte en la forma ordinaria. En ningún caso las instrucciones escritas pueden ser invocadas contra el contenido de la escritura pública. Concluida la redacción del testamento, se procede a su lectura y firma por los testigos y el testador. Los testigos

deben asistir desde el comienzo hasta el fin del acto sin interrupción, lo que debe hacer constar el escribano. A esta clase de testamento se aplican las disposiciones de los artículos 299 (escrituras) y siguientes del CCyC. Pueden ser testigos de los testamentos las personas capaces al tiempo de otorgarse el acto. (2481 CCyC) No pueden serlo, además de los enunciados en el artículo 295 (testigos inhábiles), los ascendientes, los descendientes, el cónyuge ni el conviviente del testador, ni los albaceas, tutores o curadores designados en el testamento, ni los beneficiarios de alguna de sus disposiciones. El testamento en que interviene un testigo incapaz o inhábil al efecto no es válido si, excluido éste, no quedan otros en número suficiente.

Chile, en su portal de biblioteca del Congreso Nacional de Chile, el 21 de octubre del 2015, publicó la Guía Legal sobre testamentos, en donde manifiesta que: En el testamento solemne abierto se debe ir donde un notario con tres testigos mayores de 18 años y puede llevar el testamento escrito. El notario deberá leerlo en voz alta ante los tres testigos. En el testamento debe constar el nombre, edad, domicilio y nacionalidad del testador, detalle de su matrimonio y de todos sus hijos, el declarante debe hallarse en pleno uso de sus facultades, asimismo debe constar el nombre y domicilio de los testigos. El documento debe firmarse por el testador, el notario y los testigos. En caso de que el testamento no se realice ante Notario, podrá hacerse ante cinco testigos, debiendo cumplirse con algunos trámites adicionales con posterioridad a la muerte.

El portal Iberley de España, el 17 de mayo del 2016, titulo su edición "Regulación del testamento abierto notarial", en donde refiere que: El testamento abierto notarial es aquel en el que interviene el notario, testigos y a veces, otras personas en atención a las circunstancias personales del testador. El Art. 694 del Código Civil dispone que el testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento. El Notario dará fe de conocer al testador o de haberlo identificado debidamente y en su defecto, efectuará la declaración prevista en el Art. 686 del Código Civil. También hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento, tal y como dispone el Art. 696 C.C; Manifestando que en el acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos, según el Art. 697 del Código Civil, siempre y cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento; Cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego

o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento. (Si el testador que no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada) o cuando el testador o el Notario lo soliciten.

El Blog de Justito el Notario de Madrid, publicó el 29 de abril del 2018, "¿Hacen falta los testigos en el testamento?", manifestó: La presencia de testigos en los testamentos desde el año 1991, sólo es necesaria en los casos plasmados en el artículo 697 del código civil, en la que se manifiesta que en el acto del otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos: 1) Cuando el testador declaré que no sabe o no puede firmar el testamento. 2) Cuando el testador, Aunque pueda firmarlo sea ciego o declaré que no sabe o no puede leer por sí el testamento. Si el testador que no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada. 3) Cuando el testador o el notario lo soliciten en el caso de que deba intervenir y no lo hagan podría ser declarado nulo el testamento.

El diario Siglo de Torreón de México, en su edición de fecha 19 de septiembre del 2017, titulada "Cómo pueden quedar sin validez los testamentos", refirió: Hay varios tipos de testamentos: ológrafo, abierto y cerrado. Aunque regularmente se acude con un notario público para efectuar el trámite de un testamento, éste también puede ser válido si es realizado del puño y letra del testador; independientemente del tipo de testamento, en ciertas condiciones puede ser anulado. Entre los testamentos comunes se encuentra el testamento ológrafo, el abierto, y el testamento cerrado, estos dos últimos son los que, según el presidente del Colegio de Notarios, Fernando Antonio Cárdenas García, reconoce se efectúan ante un notario público. El testamento abierto se otorga ante notario, quien conserva el original del documento desapareciendo así el peligro de que pueda destruirse o perderse. Es necesaria la intervención de dos testigos. Por su parte, los testamentos abiertos "especiales" se otorgan en los siguientes supuestos: En peligro de muerte: Puede realizarse el testamento en presencia de 5 testigos sin que sea necesaria la presencia del notario. Este peligro puede derivarse de una enfermedad, de riesgo grave, de accidente mortal, guerra, catástrofe, etc. En ambos casos, el testamento caducará pasados 2 meses desde que haya cesado el peligro de

muerte o la epidemia. Si en este periodo fallece el testador y no se formaliza el testamento ante el Juzgado en un plazo de 3 meses, el testamento también será ineficaz.

En Costa Rica, en el Blog BG&A Abogados Corporativos, se publicó el 04 de octubre del 2016, Como hacer un testamento, en donde se manifestó: El Testamento Abierto se otorga ante Notario Público o de forma privada: Ante Notario requiere 3 testigos si es impreso en el protocolo, y 2 testigos si es transcrito de puño y letra del testador. Si es en forma privada; Sin Notario Público puede otorgarse ante 4 testigos si el testador lo escribe, y 6 testigos si el testado no lo escribe. El inconveniente con el testamento privado es que suele ser cuestionado por lo que hay que demostrar su autenticidad.

El diario el Comercio, en su edición titulada "Sunarp: Testamento, un documento que pocos peruanos escriben" de fecha 19 de julio del 2016, en la cual expresa lo siguiente: Apenas tres mil testamentos se inscriben cada año, en promedio, indica en la superintendencia de registros públicos, Sunarp. No es raro que la muerte de una persona ocasione conflictos por el reparto de la herencia del finado, y, sin embargo, son pocas las personas que tienen testamentos inscritos en el Registro de Personas Naturales de la Sunarp. Hasta el primer semestre del presente año, se habían inscrito en los Registros Públicos 53.458 testamentos frente a las 517.521 sucesiones intestadas tramitadas por los herederos de una persona fallecida que no dejó un testamento. Es decir, el otorgamiento de testamentos representa apenas el 9,36% de todos los trámites por sucesión o herencia inscritos ante la Sunarp. El testamento es el documento donde se expresa la última voluntad del propietario de un bien mueble y/o inmueble, quien decidirá sobre la forma cómo ordenar y distribuir su patrimonio. La voluntad testamentaria, puede ser otorgada mediante Testamento Cerrado, Testamento por Escritura Pública, Testamento Ológrafo o por testamentos especiales como el Marítimo o el Militar, los cuales se tienen que inscribir en los Registros Públicos (Sunarp).

El portal Perú.com, publicó el 26 de enero del 2017, "Perú: ¿cómo hacer un testamento o tramitar una sucesión intestada?", en la cual manifestó que: La voluntad testamentaria puede ser otorgada mediante testamento cerrado, testamento por escritura pública, testamento ológrafo o por testamentos especiales como el marítimo y el militar, los cuales se tienen que inscribir en los Registros Públicos con la finalidad

de brindarles legitimidad. De todos, el más recomendable es el testamento por escritura pública. Para ello, el otorgante debe acompañarse por dos testigos (que no pueden ser familiares o beneficiarios del acervo) a la notaría de su preferencia, a fin de expresar su última voluntad. En caso de tratarse de adultos mayores resulta aconsejable obtener un certificado médico de salud mental, pues, aunque el notario público da fe de la capacidad del testador, este documento adquiere importancia de presentarse una impugnación. En cuanto a los papeles que acrediten la propiedad de lo que se heredará, se recomienda presentar copia de las partidas registrales de los bienes.

El diario La República, el 26 de julio del 2018, en su edición de economía, publicó; "Conoce los requisitos para inscribir tu testamento" en donde manifiesta: La voluntad testamentaria, puede ser otorgada mediante testamento cerrado, testamento por escritura pública, testamento ológrafo o por testamentos especiales como el marítimo o el militar, los cuales se tienen que inscribir en los Registros Públicos con el fin de otorgarle legitimidad. ¿Cómo puedes registrarlo?, si se trata de un otorgamiento por escritura pública, se deberá presentar ante la Sunarp el parte notarial que contenga la fecha del otorgamiento del testamento, datos del testador, fojas del registro notarial donde corre extendido el nombre del notario y testigos con la constancia de su suscripción.

El diario Trome, el 11 de junio del 2018, publicó en su portal: "Legal ¿Quieres hacer un testamento y no sabes cómo?" Según el Código Civil Peruano, hay tres tipos de testamentos, entre ellos el testamento por escritura pública. Vas a una notaría con dos testigos (estos no deben ser herederos), le dictas al notario tu voluntad, él lo escribe con su puño y letra (no puede delegar esa función ni siquiera a su asistente), lo registra en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (Sunarp) y lo guarda como escritura pública. Es la modalidad más práctica y cuidada.

RPP Noticias, el 24 de julio del 2017 en su portal publicó: "La importancia del testamento para proteger el patrimonio"; en donde se hace la siguiente interrogante: ¿Por qué es importante dejar por sentado y legalizado notarialmente nuestra voluntad en un testamento?, señalando: Evita el conflicto entre hijos, hermanos o parientes; En caso de tener hijos menores de edad, se puede designar al tutor que se encargará de ellos hasta que cumplan la mayoría de edad; Tendrás la tranquilidad de que dejas protegidos a tus seres queridos, al asegurarte que tu propiedad permanece en el seno

familiar; En general, según la ley peruana, el testamento se realiza ante un notario público quien da fe de la voluntad del testador, y se requiere de testigos para su firma. Existe la posibilidad de entregar al notario el testamento sellado y cerrado, pero también con la presencia de testigos.

1.2. Antecedentes de estudio

1.2.1. Internacionales

Mamani (2011). En su tesis denominada "La necesidad de modificar la ley del notariado del 5 de marzo de 1858, con relación a los testigos instrumentales y de conocimiento" trabajo de investigación para optar el grado de licenciatura en Derecho en la Universidad Mayor de San Andrés, llegó a la siguiente conclusión:

> *"Los que sostienen la supresión de los testigos instrumentales y de conocimiento están afiliados en las teorías subjetivas de Torrez Aguilar y otros que califican a estos testigos instrumentales de agentes inconscientes, como dependientes del Notario o de instrumento pasivos, que solo servían y sirven para dar un vano aparato al acto a que concurren y a quienes no se les exige condiciones rigurosas. Si se mantuvieran a los testigos instrumentales y de conocimiento en los actos notariales, el Notario quedará reducido a un mero custodio de los documentados que se hallan en su archivo y en tal supuesto solo podrá dar certificación de ellos, pero no de fe notarial", en suma, se propugna la no participación de los testigos, porque como sabemos la "Fe Publica Notarial", es indivisible".*

Ardón (2014). En su tesis titulada "Efectos que se producen cuando el notario establece a su juicio la capacidad mental y volitiva del testador para autorizar el testamento", trabajo de investigación para optar el grado de licenciada en ciencias jurídicas y sociales en la Universidad de San Carlos de Guatemala, llegó a la siguiente conclusión:

> *"El notario es responsable de la construcción técnica del instrumento público del cual es su verdadero creador, solo una actuación conforme a las normas deontológicas éticas y jurídicas harán merito a la excelencia profesional y a la confianza que le ha sido depositada por el Estado. Es*

el notario como profesional del derecho a quien por disposición legal le corresponde determinar la capacidad mental y volitiva del testador requerida en la autorización del testamento común abierto como requisitos esenciales para su validez. Es la capacidad para testar la que corresponde a toda persona que tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento con arreglo a las disposiciones legales".

Casanueva (2014), En su tesis titulada "Análisis legal y jurisprudencial en el ordenamiento civil común español de la categoría jurídica de la nulidad parcial del testamento", trabajo de investigación para optar el grado de doctor en la Universidad de Extremadura, llegó a la siguiente conclusión:

"El testamento es un negocio jurídico unilateral, pues las partes que intervienen en él se reducen a una sola: el testador, que es quien hace uso de la autonomía de la voluntad que le corresponde, en este caso de cara a organizar su sucesión. La aceptación de la herencia o el legado no es la prestación del consentimiento necesaria para el perfeccionamiento en los términos expresados por la Ley para el contrato según el contenido del artículo 1258 CC, puesto que ésta es otro negocio jurídico independiente del anterior, aunque lógicamente exista una relación de continuidad entre los dos en orden al despliegue de efectos que se pretende".

Mayorga (2015). En su tesis titulada "Ejercicio de apertura y publicación del testamento cerrado. Reforma", trabajo de investigación para optar el grado de Magister en Derecho Civil y Procesal Civil, llegó a la siguiente conclusión:

"El testamento solemne cerrado, es un acto jurídico, mediante el cual una persona dispone sus bienes, para que se cumpla su voluntad después de sus días, es decir cuando haya fallecido. El testamento solemne cerrado se realiza en un escrito que solo conoce su contenido el otorgante, razón por la cual debe ubicarse en un sobre cerrado, en cuya cubierta firmarán el notario y los testigos concurrentes. El testamento solemne cerrado, debe otorgarse ante notario y cinco testigos, para cumplir con lo dispuesto en el Código Civil. La comparecencia de testigos: Cuando se

otorga testamento, la presencia de testigos es solemnidad obligatoria sin que se le pueda suplir de ninguna forma, los testigos que intervienen en el testamento no solo deben ser capaces legalmente, sino que tienen que cumplir además de ser capaces tienen que ser imparciales y no tener interés en el acto jurídico. Puede darse la nulidad del testamento cuando no haya intervenido el número de testigos que dispone la ley en cada clase de testamento. Los testigos deben dar razón del otorgamiento del testamento, como: los nombres y apellidos del testador y más generales de ley, la fecha del otorgamiento y del cumplimiento de las solemnidades exigidas para el testamento".

Canil (2015). Los Testamentos y el Nuevo Código Civil y Comercial, en su artículo menciona: La ley prevé dos formas de testar: A) Testamento ológrafo y B) testamento por acto público. El primero es aquel totalmente escrito, fechado y firmado de puño y letra del testador; y el segundo, testamento por acto público, o sea en escritura pública, ante escribano y dos testigos. El testador u otorgante puede entregar al notario sus disposiciones por escrito o dictarlas verbalmente para que éste las redacte en la forma correspondiente. Concluida la redacción se dará lectura al mismo en presencia del testador y de los testigos quienes deberán estar presentes durante todo el acto y firmarán con el otorgante y el escribano. En los casos en que el testador no sabe firmar o no puede hacerlo, lo hará por él otra persona o alguno de los testigos a ruego. En el supuesto de saber firmar y no poder hacerlo, el escribano debe explicitar la causa por la cual no puede firmar el testador. ¿Quiénes pueden ser testigos en un testamento? Todas las personas capaces al tiempo del acto. No pueden serlo: los ascendientes, descendientes, el cónyuge ni el conviviente del testador, ni los albaceas, tutores o curadores designados en el testamento, tampoco los beneficiarios de algunas de sus disposiciones.

Flores (2015). Clases de testamentos, en su tesis menciona: El testamento abierto, es el más común y corriente en nuestro medio y legislación; puede decirse que es el género, siendo su concepto genérico, que comprende en realidad más de una forma de testar, pero todas ellas caracterizadas por la intervención de personas (testigos y notario) que no sólo quedan enteradas del hecho de que el testador ha dispuesto su última voluntad, sino del contenido mismo de esta disposición. Dentro

de sus ventajas radica, que posee todas las garantías con respecto al notario autorizante, en cuanto a su competencia, probidad y responsabilidad y que tiene toda la fuerza probatoria de las escrituras públicas. La intervención del notario dota a este testamento de la fuerza probatoria cualificada, propia de los actos auténticos; es una garantía contra posibles coacciones y abusos, y mediante su valioso asesoramiento técnico, hace sumamente difícil que se contengan en él disposiciones ineficaces o contrarias a ley. Esta forma de testamento asegura además su conservación, ya que después de otorgado queda bajo la custodia del notario, incorporado al protocolo como cualquier otro instrumento público. Además, da oportunidad de testar a quien no sabe ni puede escribir. Es público porque se hace la declaración de voluntad en un instrumento público. Es abierto porque la voluntad del testador es conocida por el notario que autoriza, como por los testigos que concurren. Es nuncupativo, en cuanto a que la declaración de voluntad se hace oralmente. Tiene plena autenticidad ipso jure, esto es que no requiere declaración del juez para su validez. Así pues, el testamento común abierto tiene como características esenciales, la intervención del notario quien autoriza y da fe del otorgamiento del mismo y testigos que quedan enterados del otorgamiento y contenido de las disposiciones de última voluntad del testador, dando garantía de lo manifestado por el testador, y que además éste testamento queda contenido en escritura pública, como requisito esencial para su validez, dando garantía de su conservación.

Villalobos (2015). La idoneidad de los testigos y la validez del testamento abierto en panamá en su artículo menciona: La legislación panameña, establece la ineludible participación de testigos en el otorgamiento del testamento ante notario, y es preciso que quienes intervengan en ese acto, con tal carácter, sean idóneos para ello, pues de no ser así, deviene en ineficaz la última disposición del testador, cuya validez depende de que en su otorgamiento se hayan observado las formalidades que la Ley establece, tal como lo expresa el artículo 719 del Código Civil. La función de los testigos instrumentales en general es la de presenciar el acto de lectura del instrumento, oír la aprobación y ver que los otorgantes lo firmen, aseverando con ello la veracidad del relato notarial. Son los testigos instrumentales, como dice la doctrina, quienes: Intervienen como coadyuvantes o colaboradores de

la fe pública notarial en los casos especificados por el Legislador. La intervención de los testigos instrumentales en el acto testamentario, como hemos dicho, tiene un carácter activo, y su función junto con el Notario, es la de autorizar, con el lleno de las formalidades y en un solo acto, el Testamento abierto que se les presente para tales efectos, y es por ello que la Ley exige, a quienes participen como tales, el tener determinadas cualidades para dar a este acto solemne el sello de publicidad y acreditar con ello que no se ha hecho clandestinamente. Con todo, las causas de inhabilidad de los testigos testamentarios son más rígidas que las de los testigos de la prueba ante los Tribunales (art. 1245 a 1247). La razón no es otra que la diversidad de funciones atribuidas a unos y otros testigos. Éstos -los que sirven sólo de medio de prueba- afirman lo que conocen por haberlo presenciado o por las noticias de terceras personas, debiendo ser, su afirmación valorada por el Juez, en virtud de las reglas de la Sana crítica (art. 1248C.c y 659 L.E.C.). Pero aquellos no sólo son, o pueden ser, medio de prueba de lo acaecido en el otorgamiento, sino que, sobre todo, son requisitos esenciales para la validez y eficacia del testamento: son una solemnidad.

Morales (2011). El contenido del testamento, en su tesis menciona: El testamento debe contener ciertos requisitos de forma para garantizar su validez, ya que estos aspectos otorgaran la seguridad jurídica de que dicho instrumento cumplirá su cometido sin ser desacreditado. Al respecto Puig Peña menciona que "Si se han cumplido las solemnidades testamentarias, el testamento es válido y no puede ser atacado, si no es por el ejercicio de la acción de nulidad, que el derecho sólo concede a determinadas personas. Esta validez de testamento se produce durante toda la vida del testador, cualquiera que sea el tiempo que pase desde su formulación, pues la antigüedad de un testamento no perjudica nunca su validez…" Esta característica se encuentra implícita en el artículo 955 del Código Civil de Guatemala, en el cual se estipula la necesidad de que el testamento sea realizado en escritura pública como requisito esencial de validez. Asimismo, se encuentra plasmada en los artículos concernientes a la forma de los testamentos y testamentos especiales. Por su parte en la legislación mexicana se ve contenida esta característica de la solemnidad en las disposiciones del Testamento Común Abierto (Art. 1310 Código Civil). En Argentina el Art. 3607 Código Civil estipula que el

testamento debe ser celebrado con las solemnidades de ley. Por el contrario, Costa Rica y España no regulan dicha característica en su legislación vigente.

1.2.2. Nacionales

Jiménez (2014). En su tesis titulada "Causas de la inaplicación del testamento por escritura pública en la sucesión mortis causa huacho 2011-2015", trabajo de investigación para optar el grado de Magister en la Universidad Nacional José Faustino Sánchez Carrión, llegó a la siguiente conclusión:

> *"Asimismo cabe resaltar que mediante otorgamiento de testamento no sólo se puede disponer de los bienes sino también se puede realizar actos jurídicos que pueden ser totalmente ajenos a una disposición de bienes. Así tenemos por citar casos como: el nombramiento de tutor, el reconocimiento de hijos extramatrimoniales, entre otros".*

Ortiz (2003). Los artículos 141 y 141-A del Código Civil y la firma digital, en su tesis menciona: Existen formalidades esenciales del testamento otorgado por escritura pública (art. 696 del Código Civil) que son un obstáculo para aceptar que puedan ser emitidos a partir de un documento electrónico (aunque fuese con Firma Digital) por los siguientes motivos: 1.- Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y dos testigos hábiles (inc.1). En este caso, podría superarse el problema indicando que la reunión no necesariamente debe aludir a un ámbito físico, sino que podría incluir el ciberespacio. Si tal fuera el caso, hay que considerar que no puede recurrirse al correo electrónico (no sería una comunicación en tiempo real) sino a una videoconferencia o un chat. Por tanto, es necesario recalcar que los medios para cumplir con la formalidad establecida son restringidos. 2.- Si tenemos chat o videoconferencia no encontramos problema para que el testador pueda expresar por sí mismo su voluntad, dictando su testamento al notario o dándole por escrito las disposiciones que debe contener (inc. 2). 3.- Que el notario escriba el testamento de su puño y letra, en su registro de escrituras públicas (inc. 3), definitivamente nos pone frente a un problema que no tiene solución en el corto plazo. Sabemos que existe la tecnología de los lápices ópticos y las Palm Pilot, pero la exigencia radica en que el propio notario escriba con su

puño y letra en el registro de escrituras públicas. Para superar este obstáculo habría que asumir que el mencionado registro es informatizado y se le puede ingresar información mediante lápices ópticos. No es algo que razonablemente podamos esperar que ocurra en la práctica actual. 4.- Que cada uno de las páginas del testamento sean firmadas por el testador, los testigos y el notario (inc.4) puede ocurrir en tanto sea posible aplicar el procedimiento del D. Leg. 681. 5.- Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario que éste elija (inc. 5) puede aplicarse mediante la comunicación en tiempo real (chat, videoconferencia, etc.) 5.- Que, durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique, viendo y oyendo al testador, y salve cualquier error en que se hubiera incurrido (inc.6). Para ello nos remitimos a lo dicho sobre la comunicación en tiempo real. 6.- Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto (inc. 8). También en este caso los medios son restringidos a los que proporcionen comunicación en tiempo real.

Galarza (2016). La incorporación al código civil de nuevas formas tecnológicas de soporte audiovisual para el otorgamiento del testamento en el Perú, en su tesis: "A lo largo y ancho de nuestra legislación, el testamento ha devenido en una institución muy reglamentada y demasiado formalista, defecto que es atacado por la doctrina moderna en materia sucesoria. Son 4 los cuerpos legales que básicamente tratan al testamento en sus aspectos formales, de procedimiento y ejecución: 1.- Código Civil Nuestro Código Civil vigente del año 1984 en su artículo N°686 señala: "Por el testamento una persona puede disponer de sus bienes, total o parcialmente, para después de su muerte, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que esta señala. Son válidas las disposiciones de carácter no patrimonial contenidas en el testamento, aunque el acto se limite a ellas. A lo largo de la Sección Segunda del Libro sobre Derecho de Sucesiones, se destinan un total de 37 artículos (desde el 686 hasta el 722) referente a sus generalidades, formalidades y clases; y 17 (desde el 798 hasta el 814) para regular su invalidación (concepto que comprende los de revocación, caducidad y nulidad). Siendo el testamento un acto jurídico le son de aplicación, en lo posible las disposiciones del Libro Segundo del Código Civil, haciendo el artículo 689 la salvedad respecto a las modalidades, teniéndose por no puestos las condiciones y

los cargos contrarios a las normas imperativas de la ley, pudiendo añadir, en concordancia con el artículo V del Título Preliminar, los que sean también contrarios al orden público y las buenas costumbres. 2.- Código Procesal Civil el Código Procesal Civil vigente del año 1993 contiene en el sub capítulo 8 título II de la sección sexta el proceso no contencioso sobre comprobación de testamento destinando 9 artículos (desde el 817 hasta el 825) para normar "la comprobación de autenticidad y cumplimiento de formalidades" de las diversas clases de testamentos. 3.- Decreto Legislativo del Notariado, El Decreto Legislativo del Notariado (Decreto Legislativo 1049) en su sección segunda sobre Registro de Testamentos trata sobre las funciones del Notario respecto a los Testamentos otorgados ante su persona. Dedica 8 artículos (67 al 74) al respecto. Regula el Registro que será llevado en forma directa por el notario, para garantizar la reserva que la ley establece para estos actos jurídicos. Se prohíbe al notario informar o manifestar el contenido o existencia de testamentos mientras viva el testador. El testimonio o boleta del testamento, en vida del testador, sólo será expedido a solicitud de éste. El informe o manifestación deberá hacerse por el notario con la sola presentación del certificado de defunción del testador. Del mismo modo, la Ley de Competencia Notarial en Asuntos No Contenciosos - Ley No 26662 en su Título VI sobre Comprobación de Testamentos Cerrados dedica 3 artículos (35 al 37) respecto a esta clase de Testamentos. Designa los legitimados para solicitar la comprobación de testamentos, los requisitos que incluirá la solicitud y los Medios probatorios admisibles. En otras palabras, con referencia al decreto legislativo del notariado y otros dispositivos legales vinculados regulan tanto la función de notario de tramitar los actos concernientes a la dación del testamento, así como los mecanismos que tienen los interesados (herederos) sobre el contenido del mismo una vez que puedan tener acceso a este. 4.- Reglamento de Registros Públicos Esta norma, si bien no especifica procedimientos para inscribir un testamento, instaura una base de datos en la cual se inscriben los testamentos otorgados ante notario público, teniendo en cuenta que solo se señala su existencia, más no su contenido. Ello permite que, al fallecimiento del testador, aquel que se considere heredero forzoso o legal por la posición jurídica que ostenta respecto al causante, pueda recurrir a Registros Públicos a verificar la existencia del testamento antes de iniciar la eventual sucesión intestada. El Reglamento General de Registros Públicos (Resolución del

Superintendente Nacional de los Registros Públicos Nº 195-2001-SUNARP-SN del 19.07.2001), si bien no contiene reglas específicas, en su Título Preliminar consigna tres principios aplicables a la presente propuesta, en atención de lo cual, siendo el testamento otorgado ante notario, un título que consta en instrumento público que contiene actos o derechos es perfectamente inscribible".

Guzmán (2017). Aportes de la Tecnología al Notariado y a la Seguridad Jurídica, en su tesis establece que: Los términos "biometría" y "biométricos" provienen del latín bios, vida, y metría, medidas. Por tanto, los datos biométricos constituyen información referente a las medidas y características tanto fisiológicas como morfológicas de los seres vivos a través de técnicas manuales o automatizadas. Los sistemas biométricos solamente tienen dos objetivos. El primero es para identificar, es decir, reconocer al individuo, por lo que su funcionamiento está basado en utilizar un dato y compararlo con una lista o base de datos y el segundo es para autenticar, es decir, verificar la identidad del individuo, por lo que su funcionamiento está basado en la utilización de un dato comparándolo con el mismo dato almacenado previamente. La implementación de sistemas biométricos también se caracteriza por la creación de bases de datos. Hoy en día la proliferación de bases biométricas se clasifican en: bases de datos de ADN (ácido desoxirribonucleico) utilizada para desaparecidos, recién nacidos, filiación, entre otros; bases de datos criminales - Interpol, la Plataforma México cuenta con varias bases de datos; bases de datos migratorias —como el Sistema Integral de Operación Migratoria de México, Visas de Negocios APEC, SmartGates o puertas inteligentes de Australia y Nueva Zelanda, Eurodac, Schengen; bases de datos poblacionales, credenciales de identidad: de Colombia, España, Alemania, Polonia, México, Argentina, entre otros—; bases de datos clínicas; base de datos electorales (como la recién anunciada credencial del Instituto Federal Electoral de México); bases de datos de licencias vehiculares o de armas, entre otras. En el Perú, el RENIEC– Registro Nacional de Identificación y del Estado Civil ha desarrollado el "Servicio de Verificación Biométrica – SVB", con la finalidad de implementar mecanismos para mejorar la seguridad de la información, así como proveer a la población de una herramienta accesible que garantice la identidad de las personas que realizan transacciones económicas, principalmente las que necesitan la intervención de los

Notarios Públicos (compra venta de bienes muebles e inmuebles, cartas poder, permisos de viaje de menores, entre otros).

Lohmann (2010). Código Civil Comentado tomo IV, en su libro establece: La legitima constituye un derecho y la herencia seria, desde este punto de vista, el contenido del derecho, (…) es el derecho a recibir del causante una parte de su fortuna, que se expresa en el derecho de participar en un monto proporcional a la suma del valor del patrimonio neto relicto y del valor del patrimonio donado. Este monto proporcional es una cierta cantidad ideal que la ley considera que debe transmitirse (o haberse transmitido) a los familiares que llama como forzosos, y que, si no se ha percibido previamente de otro modo, debe concretarse preferentemente en bienes hereditarios por un valor que cubra la legitima.

Arias (1991). Luces y Sombras del Código Civil, en su libro menciona: Que nuestro ordenamiento jurídico la legitima opera como freno a la libertad dispositiva del causante" cuando éste tiene herederos que nuestra legislación (a semejanza en esto de la española) llama "forzosos", freno que se expresa no sólo por disposiciones testamentarias sino también por donaciones en vida.

Esteban (2015). Compilado de derecho de sucesiones, en su libro establece: Etimológicamente el testamento deriva del latin testatio mentis, que significa "testimonio de la voluntad". La definición de testamento en Roma, según Ulpiano, es la expresión legítima de nuestro pensamiento, hecha solemnemente para que valga después de nuestra muerte. La definición de Modestino (discípulo de Ulpiano), testamento era la justa decisión de nuestra voluntad respecto a lo que cada cual quiere que se haga después de su muerte. Para que el testamento tuviese validez, se requerían dos elementos esenciales que debía reunir el causante: La capacidad de testar por parte del causante; y la capacidad del heredero para serlo. Lo último se sigue aplicando en nuestro ordenamiento civil (Art. 140°, Art.687°, Art. 744°-746°, Art. 667°). El testamento, desde el punto de vista del derecho natural, es un acto jurídico mortis causa, unilateral y solemne, por el cual el causante dispone de sus bienes, derechos y obligaciones transferibles para después de su muerte. Es un acto jurídico sui generis, que tiene por objeto hacer actuar la facultad natural que el hombre tiene de disponer con libertad de sus cosas y bienes

patrimoniales, para cuando hubiere fallecido. En lo que respecta a su fundamento, el derecho de testar es natural pero reconocido, sancionado y amparado por los poderes públicos, ese orden nacido de la naturaleza. Es el documento donde se muestra la voluntad de una persona sobre el destino de su patrimonio cuando esta fallezca, a través de este documento la persona que lo hace dice quiénes van a ser sus herederos y como se van a distribuir sus bienes cuando muera.

1.2.3. Locales

Mallqui (2015). Consideraciones generales sobre la importancia del derecho notarial en el Perú, en su artículo menciona: La función notarial se encuentra enmarcada dentro de un acto de delegación que el Estado ha otorgado a determinadas personas para que ejerzan la denominada fe pública, pero en el ámbito privado. Pareciera un contrasentido esta afirmación, puesto que deberían aplicarse las reglas de procedimientos administrativos por ser funcionario público. El centro de atención de esta función está relacionado con dar fe de los actos y contratos que ante el notario se celebran, además de los hechos y asuntos de carácter no contencioso, pudiendo extender aún más las atribuciones que inicialmente se le había conferido, si es que se presenta una necesidad de orden social, además de darle forma. Por tanto, estos presupuestos establecidos por la doctrina y por la misma Ley del Notariado, a través del Decreto Legislativo N° 1049 (en adelante la Ley), su reglamento y otras, son parte esencial del actuar del notario.

Bulnes y Hoyos (2015). Transferencia de participaciones mortis causa a favor de los sucesores en la sociedad civil de responsabilidad limitada: un análisis desde el derecho sucesorio, en su artículo menciona: La sucesión testamentaria es una clase de sucesión que deriva de la transmisión de la herencia y de la designación de sucesores que hace una persona mediante testamento para después de su muerte y con sujeción a la normatividad jurídica sucesoria establecida. Se le conoce por la doctrina como sucesión voluntaria, porque la transmisión mortis causa se produce por voluntad del testador. Además, el fundamento sería que no hay, sucesión testamentaria si no hay testamento, pues, esta clase de sucesión se fundamenta precisamente en este acto jurídico de última voluntad que es el testamento, otorgado en cualquiera de las formas establecidas por la ley. La sucesión testamentaria es una

clase de sucesión que deriva de la transmisión de la herencia y de la designación de sucesores que hace una persona mediante testamento para después de su muerte y con sujeción a la normatividad jurídica sucesoria establecida. Se le conoce por la doctrina como sucesión voluntaria, porque la transmisión mortis causa se produce por voluntad del testador. Además, el fundamento sería que no hay, sucesión testamentaria si no hay testamento, pues, esta clase de sucesión se fundamenta precisamente en este acto jurídico de última voluntad que es el testamento, otorgado en cualquiera de las formas establecidas por la ley.

Carmona y Sánchez (2014). Los derechos sucesorios en las uniones de hecho y las causas de desheredación, en su artículo menciona: En nuestro país aún no ha concluido el otorgamiento de derechos, facultades y obligaciones para las uniones de hecho, pareciera que recién estamos aceptando la existencia de una realidad social que necesita ser regulada legalmente en su totalidad. Dentro de la Ley 30007 que otorga derechos sucesorios a las uniones de hecho, se trató de regular un derecho más, básico e importante a los convivientes que cumplieran con los criterios establecidos para ser uniones de hecho perfectas, pero no se han tomado en cuenta criterios importantes, como la existencia de uniones paralelas de buena fe, o la desheredación entre convivientes, criterios que formarían parte de nuestra realidad social, y tomarlos en cuenta generaría problemas legales que no demorarían en llegar con el tiempo y la aplicación de Ley Nº 30007. Es por eso, que queda claro que para el legislador peruano la primacía de la realidad de las situaciones jurídicas (estado de las personas que generan efectos jurídicos) se debería imponer por sobre la mera formalidad, con lo cual, el gran beneficio del matrimonio, y su capacidad de generar efectos jurídicos entre los contrayentes, debería ser compartido también por las uniones de hecho, que socialmente viene siendo una opción cada vez más aceptada y practicada, es por eso que la legislación debe responder a las necesidades de su sociedad.

Bellido (2009). Reconocimiento de derechos sucesorios a las uniones de hecho declaradas judicial o notarialmente, en su investigación menciona define: Indignidad. - La vocación a recibir la herencia, surgida del parentesco o de la voluntad de un causante, refleja vínculos de afecto y de solidaridad. Pero, a veces, el heredero se vuelve indigno de ello. La ley lo excluye, entonces, de la herencia, y

los que heredan por él o junto con él son los que podrían reclamar la herencia vacante. Legítima. - Parte del acervo del causante, de la cual los herederos no pueden ser privados sin justa causa de desheredación. Lo que todo testador pueda disponer libremente se llama porción disponible, y resultará repartible entre los herederos forzosos, por partes iguales, o asignable toda a uno de ellos, o a un extraño.

Mujica y Ñique (2016). La incorporación de la figura del testamento electrónico en el artículo 707 del Código Civil Peruano, en la tesis menciona: El testamento es obra exclusiva de la voluntad del otorgante y esta voluntad unilateral basta para hacer a los legatarios acreedores o propietarios a la muerte del testador. Además, el testamento es obra de una voluntad rigurosamente personal; es el único acto, con el matrimonio, que no admite representación y por eso no se puede testar por mandatario legal ni voluntario. La manifestación de voluntad que constituye el testamento, debe efectuarse con las formalidades determinadas por ley, y cuyas formalidades, tienen por objeto dar la voluntad del testador todas las garantías posibles de certeza.

Velásquez (2015). La incorporación de cualquier medio de impresión que asegure su permanencia del testamento por escritura pública, en su tesis establece que: La unilateralidad no solamente viene dada por la ausencia de dos partes, una frente a la otra, sino porque la única parte que interviene para dar vida al reglamento de intereses del acto último voluntad está constituida por un solo sujeto, que por su soberana decisión decreta lo concerniente a la sucesión de terceros en su patrimonio e instituye reglas de otra especie. El testamento puede otorgarse también por escritura pública, como tal está regido por las disposiciones generales del Código Civil, pero además la ley ha consagrado para este tipo de testamentos algunas formalidades que deben observarse bajo sanción de nulidad. El testamento por acto público ofrece algunas ventajas respecto del ológrafo o cerrado, la intervención de un profesional como el escribano, es una garantía de seguridad jurídica, haciendo imposible su destrucción por terceros, pero tiene algunos inconvenientes, pues impera en esta materia un rígido formalismo y su más mínimo quebrantamiento implica la nulidad del testamento.

1.3. Abordaje teórico

1.3.1. El Testamento

1.3.1.1. Definición

Es el acto jurídico personalísimo, voluntario y libre mediante el cual el causante expresa sus disposiciones de última voluntad (Estrada, 2013). En el artículo 686°, del Código Civil Peruano se establece que: "Por el testamento una persona puede disponer de sus bienes total o parcialmente, y ordenar su propia sucesión dentro de los límites de la ley y con las formalidades que esta señala".

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)

Acto jurídico por cuya virtud una persona establece en favor de otra u otras, para después de su muerte, el destino de todo o parte de su patrimonio o la ordenación de otros asuntos de carácter no patrimonial. (Puig, 1976)

De lo antes citado se puede concluir que el testamento es un acto jurídico, mediante el cual el causante declara su última voluntad y hace un llamamiento a los herederos, para así poder disponer de sus bienes, sin embargo, ésta disposición será total o parcialmente de acuerdo a la potestad del testador, pero dentro de los límites que otorga la ley.

1.3.1.2. Características

A. Personalísimo

Solo el testador puede manifestar su voluntad para ordenar su sucesión, no cabe que esta facultad se delegue (Aguilar, 2014).

Debe ser otorgado personalmente por el testador, única y exclusivamente por él, sin la intervención de terceras personas; esto significa que no se puede otorgar testamento por poder (Estrada, 2013).

Aguilar Llanos Benjamín señala que, en el caso peruano, esta característica aparece con nitidez, no solo en el artículo 690°, del C.C.P., el cual expresa claramente que las disposiciones deben ser directa expresión de la voluntad del testador, sino también en el artículo 696° y en los artículos 699°, inciso 2 y 707°, del C.C.P. Por lo tanto, se prohíbe dar libertad a otro para testar en nombre del testador, y dejar disposiciones al arbitrio de un tercero.

B. Unilateral

Es un acto y no un contrato, porque consiste en la manifestación de una sola voluntad, que es la del testador. (Ferrero, 2002).

En el derecho no se admite la bilateralidad del testamento, es decir, que no se puede otorgar testamento por medio de un contrato. (Estrada, 2013).

El artículo 1405°, del Código Civil señala que es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora.

C. Solemne

El testamento es un acto Ad solemnitatem. Se refiere, pues, a requisitos que necesariamente deben cumplirse. Cuando no se ha dado cabal cumplimiento a éstos, estamos ante una nulidad absoluta prevista en el Libro del Acto Jurídico. (Ferrero, 2002).

Augusto Ferrero, también señala que lo característico en el testamento es que la solemnidad, entendida como el cumplimiento de ciertos requisitos, es exigible siempre.

D. Expresión de última voluntad

Se pretende que el testamento efectivamente sea expresión auténtica, libre y última del testador, como una materialización de su fuero interno, en donde seguro con soporte anímico y afectivo, manifiesta su deseo en torno a consideraciones de orden patrimonial, pero también puede hacerlo con respecto a relaciones de orden extra

patrimonial. (Aguilar, 2014).

E. Es revocable

La revocabilidad es consustancial al testamento. En efecto, tal como aparece en el artículo 798, complementado por los que le siguen, el testador tiene el derecho de revocar en cualquier tiempo sus disposiciones testamentarias. (Lohmann, 2010).

F. Acto jurídico

El testamento no es un contrato, en tanto que no requiere para su otorgamiento del acuerdo de voluntades entre el testador y el sucesor, como tampoco será necesario para su validez que exista tal acuerdo. (Aguilar, 2014).

1.3.1.3. Requisitos

Para el otorgamiento de toda clase de testamento es necesario que se cumpla con:

A. La capacidad del testador

El testador debe ostentar capacidad de ejercicio conforme a las normas vigentes del sistema. En nuestro caso, la capacidad de ejercicio se obtiene a los 18 años (art. 42 del Código Civil), o excepcionalmente a los 16 años (el varón) y 14 años (la mujer) si han contraído matrimonio o han obtenido título para ejercer una profesión u oficio.

B. Las formalidades generales

Estas consisten en cumplir con la forma escrita, la fecha del otorgamiento, el nombre del testador y su firma, salvo el caso del analfabeto. A estas formalidades se les suman las de carácter específico para cada clase de testamento, como veremos más adelante.

1.3.1.4. Clases de testamento

Nuestro Código Civil Peruano en su Artículo 691º establece clases de testamentos; y estos son: testamentos ordinarios y especiales. Los testamentos Ordinarios son: el otorgado en escritura pública, el cerrado y el ológrafo, y los testamentos especiales, permitidos sólo en las circunstancias previstas en la ley, son el militar y el marítimo; para lo cual nos centraremos en el testamento por escritura pública.

1.3.1.4.1. Por escritura pública

A. Antecedentes

En la última época del derecho romano aparecen formas públicas: el testamentum apud acta conditum, el cual era otorgado de palabra ante la autoridad judicial o municipal, y el testamento principi oblatum, que se entrega al emperador o se deposita al archivo público.

En el derecho romano Justiniano se reconoce dos formas de otorgar testamento: los testamentos privados, y los testamentos Públicos: que podían otorgarse por escrito o de palabra, entregándolos al príncipe, quedando así la disposición en el archivo imperial. con respecto a los testamentos públicos, es importante anotar que cuando la declaración era hecha de palabra debía efectuarse delante del magistrado quien lo protocolizaba, este tipo de testamento ha dado en parte, origen a lo que hoy en día denomínanos Testamento por Escritura Pública. Conjuntamente también se habla del testamento nuncupativo el cual era dado de manera verbal y no constaba en documento alguno, bastando la declaración del testador en voz alta y en presencia de siete testigos, ejecutando en dicho acto su voluntad.

B. Testamento por Escritura Pública en el Perú

UNA VISTA DEL CÓDIGO CIVIL DE 1852, legisló el testamento por escritura pública como aquel que se otorgaba por el testador ante el escribano y en presencia de tres testigos. En el acto de otorgamiento el testador expresaba su última voluntad dictándola, para que el escribano la redacte en un instrumento, o también se podía dar el caso en que el testador podía darle al escribano un documento con la suscripción de las clausulas a modo de esbozo para que lo escriba y lo conserve en sus archivos, el mismo que será utilizado por el escribano como borrador.

Como podemos apreciar el código civil de 1852 nos refleja por lo menos en materia testamentaria, una cruda realidad: el anacronismo en el que nos vemos sumidos en cuestiones tan elementales como son la elaboración de los testamentos. Tal vez esta sea una de las tantas causas por las cuales la figura del testamento luce tan bizantina, son muy pocas las personas que se deciden a testar, las dificultades, en alguna medida se deben al exceso de un formalismo que muchas veces ni siquiera garantiza la veracidad del acto. Una verificación podría ser suficiente para avalar lo dicho por el instituyente al otorgarlo y no tanto ritualismo.

EL CÓDIGO CIVIL DE 1936, reguló el testamento por Escritura Pública señalando que es aquel que el testador, como expresión de su última voluntad otorgaba ante el notario público en presencia de tres testigos testamentarios y se inscribía en el respectivo libro de protocolos. Las solemnidades de este testamento se hallan diseñadas en el artículo 687 que en su mayoría son casi una copia de las solemnidades contempladas en el código civil de 1852, pues además de algunas modificaciones insignificantes, la única diferencia es que el código civil de 1936 exigía obligatoriamente que los testigos testamentarios sepan leer y escribir, en cambio bajo la vigencia del código civil de 1852 podía participar como testigo

testamentario una persona analfabeta. La diferencia es trivial y no justifica el establecimiento de un nuevo sistema hereditario.

Las normas que reglan este testamento en el código civil de 1936, constituyen la fuente legislativa más importante del actual código civil. Sin embargo, podemos anotar algunas diferencias en cuanto a la configuración del testamento que nos ocupa, así: a) el código civil de 1936 exigía tres testigos testamentarios, el actual demanda únicamente dos, b) el código civil de 1936 ordena que los testigos sepan leer y escribir, el actual apremia que sean hábiles, c) el código civil de 1936 permitía simplemente que el testador exprese por sí mismo su voluntad, el actual agrega además que dicte su testamento al notario o le entregue por escrito las disposiciones que debe contener, d) el código civil de 1936 únicamente requería que el notario escriba el testamento en el registro, en tanto que el actual compele que lo escrito sea de puño y letra del notario, e) el código civil de 1936 no exigía, como lo hace el actual, que el testamento sea firmado en cada una de sus páginas, f) el código del 36 no mandaba que el testamento sea leído por el notario, el autor o el testigo testamentario que este designe, sino por el testador o la persona que él elija.

Con respecto al actual código se puede citar como antecedente pre- legislativos a al Anteproyecto de la Comisión Reformadora de 1980, el Proyecto de la Comisión Revisora de 1984.

Respecto a los antecedentes en general, se hace referencia aquí de las solemnidades o formalidades esenciales del testamento por escritura pública, las cuales fueron enumeradas de manera detallada y acertada, al artículo 687 del código civil de 1936, cuya fórmula proviene del artículo 657 del código de 1852 por lo que se puede decir que su disposición ha venido siendo aplicada durante más de un siglo. La única duda que hubo sobre su interpretación se refiere al inciso 2, la cual establece que el testador exprese por sí mismo su voluntad, es decir si el testador debe dictar personalmente las disposiciones del testamento al notario, o si puede entregarle un

borrador, esta segunda manera de expresar su última voluntad el testador es la más conveniente para este, pues le permitirá elaborar cuidadosamente el texto de sus disposiciones. Es también más cómoda para el notario, pues se sirve de este borrador para extender en su registro el testamento. En la práctica es costumbre emplear ese borrador, no obstante, lo cual es frecuente que el notario deje constancia del que el testador procedió a dictarle personalmente sus disposiciones. Con respecto al número de testigo a diferencia de los anteriores códigos, en el actual señalan como máximo dos testigos. Ahora en lo referente a la elaboración del testamento no se ha tocado absolutamente nada sobre la posibilidad de adecuar el otorgamiento de testamento a los avances de la ciencia, o en todo caso evitar algunos aspectos formales que no le dan funcionalidad alguna a esta forma testamentaria.

C. Definición

Es el que otorga personalmente el testador en presencia de dos testigos, ante un notario que lo escribe en su registro. Para el conocimiento de este instituto, así como para el conocimiento del notario y testigos testamentarios. (Ferrero, 2002).

Procede del testamento nuncupativo del derecho justiniano, testamento llamado autentico, público y abierto. Nuncupativo porque alude a una declaración oral, a viva voz. (AGUILAR LLANOS, 2014).

D. Características del Testamento

El testamento tiene las características siguientes:

- **Es un Acto Mortis Causa**

  El testamento es la última voluntad que habiendo podido revocarse luego de declarada (salvo que el testador haya devenido incapaz), ha sido expresada válidamente en consideración a la muerte; esto es, porque el testador hace

testamento pues precisamente quiere disponer para después de deceso. La muerte, quede claro, no es una circunstancia condicionante cualquiera, sino precisamente la razón causal del testamento. Produce efectos hasta la muerte del testador, El que testa, a diferencia del que hace una donación, no se despoja por el momento de sus bienes legados, sino que los retiene hasta su muerte, y hasta después de ésta no pertenecerán al legatario.

- **Unilateral**

Consiste en la manifestación de una sola voluntad, que es la del testador, solo puede ser otorgado por una persona, en nuestro ordenamiento no admite el testamento otorgado en común por dos o más persona (en conjunto), evitando algún tipo de pacto sucesorio que pueda dar origen un instrumento testamentario bilateral La declaración debe ser expresada con libertad absoluta, sin influencia extraña ni intervención de otra voluntad.

Según ALZAMORA señala: El testamento es la expresión o manifestación de una sola voluntad. La intromisión de personas ajenas al acto ceremonioso se hace evidente, generalmente, cuando ejerce violencia (física o moral) sobre el manifestante, viéndose afectada su voluntad de testar. La violencia física o moral sobre el disponente, en la configuración de la declaración de última voluntad, vicia el acto haciéndolo anulable.

Según AMBROISE (2004) (p.569) señala que: El testamento es obra exclusiva de la voluntad del otorgante, y esta voluntad unilateral basta para hacer a los legatarios acreedores o propietarios a la muerte del testador. Además, el testamento es obra de una voluntad rigurosamente personal; es el único acto, con el matrimonio, que no admite

representación y por eso no se puede testar por mandatario legal ni voluntario.

- **Es la ley rectora de la sucesión**

  Con sujeción a las limitaciones de orden formal y material sobre el documento y contenido del testamento, lo que el disponga como acto jurídico valido prevalece sobre la sucesión intestada o legal y sobre cualquier otra norma supletoria.

E. Formalidades

Para que este documento sea válido debe cumplir con lo que establece el Código Civil Peruano, en el 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 y el notario y los testigos hábiles, quedando este último a voluntad del testador.
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.
3. Que el notario escriba el testamento de su puño y letra, en su registro de escrituras públicas.
4. Que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, los testigos y el notario.
5. Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario que éste elija.
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 asentimiento u observaciones a través de ajustes razonables o apoyos en caso lo requiera.

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.
8. Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto".
9. Que, en los casos en que el apoyo de la persona con discapacidad sea un beneficiario, se requiere el consentimiento del juez.

Ahora bien, el vigente Código Civil, al recoger una práctica frecuente en nuestras notarías, admite que la voluntad testamentaria esté contenida en un documento, el cual se entrega al notario, debiendo precisar que no se trata de una minuta, sino solo una forma de ayuda memoria del testador, a la par de que no se violenta el carácter oral de la lectura del testamento, ni se perjudica el conocimiento que los testigos deben tener del testamento, pues el notario está obligado a consignar cada una de las cláusulas, a dar lectura en voz alta y preguntar al testador su conformidad con lo que se está leyendo (Aguilar, 2014).

El artículo 697°, del Código Civil, regula que, 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 es una persona con discapacidad por deficiencia visual, el testamento podrá ser leído por él mismo utilizando alguna ayuda técnica o podrá leérselo el notario o el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador es una persona con discapacidad por deficiencia auditiva o de lenguaje, el testamento será leído por él mismo en el registro del notario o con el apoyo de un intérprete. Si el testador no sabe o no puede firmar, lo hará a su ruego el testigo testamentario.

Por otro lado, según el artículo 698° del mismo código señala que 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.

1.3.1.5. La fe pública (Dimensión)

A. Fundamentos y necesidad de la Fe Pública

En toda sociedad es necesario el reconocimiento indubitado de la existencia de hechos, actos o negocios jurídicos que den lugar al nacimiento, modificación o extinción de derechos, tanto en la interrelación jurídica del estado con empresas estatales, paraestatales o privadas y la ciudadanía, como entre los propios componentes de la comunidad y su intercambio jurídico personal y frente a un conflicto de intereses, ante cualquiera de estas relaciones jurídicas, el alcance de la potestad jurisdiccional de resolución de su forma positiva de actuación, y en tal sentido podemos calificar a la Fe Pública, de publicidad legal irrevocable.

B. División de la Fe Pública

Se puede clasificar a la fe pública no solo atendiendo a su carácter impersonal de fe pública publicitaria, sino a la facultad delegable del Estado en funcionarios determinados que la ejerzan, así podemos clasificarla de la siguiente manera:

- Fe Pública Legislativa. Objetivada en forma legal en las publicaciones de la Gaceta Oficial, de todas las leyes, decretos, resoluciones aprobadas por el Gobierno Central.

- Fe Pública Administrativa. Se encuentra en el Presidente de la República y los Ministros de Estado cuyas funciones son de

aplicar lo ámbito de su función y de acuerdo a la naturaleza del área de su competencia.

- Fe Pública Judicial. Si bien el proceso judicial se desarrolla mediante obrados o mediante audiencias, su desenvolvimiento procesal está referido a las partes interesadas en él, que, como intervinientes, pueden solicitar testimonios o certificaciones de su contenido contradictorio, cualquiera que este fuere dentro del proceso, a tal efecto el Poder del Estado delega esta facultad al Juez, en todos aquellos hechos y disposiciones a que diere lugar el proceso judicial.

- La Fe Pública Extrajudicial. En la que encontramos a la fe pública registral y la fe pública notarial.

- La fe pública registral se divide en dos: la fe pública registral de Derechos Reales y la de Registro Civil, la primera es aquella que se refiere fundamentalmente a la credibilidad y fuerza probatoria de los autos regístrales o de los derechos en ellos contenidos, cuyo portador es el Juez Registrador de Derechos Reales, y en la fe pública está presente en la autoridad competente (Oficial de Registro Civil) para el registro de nacimientos, matrimonios, emancipaciones, reconocimientos, y legitimaciones de niños, adopciones, naturalizaciones, vecindad y defunciones de las personas naturales.

C. La Fe Pública Notarial

Encaminada a dar cobertura de autenticidad o legalización a los actos, declaraciones o negocios jurídicos disponibles de personas naturales o jurídicas, intervenidas o autorizadas por notario competente.

El fundamento de la fe pública notarial lo constituye la necesidad de certidumbre que deben tener los actos de los particulares a fin de

que el Estado pueda proteger los derechos dimanantes de estos, garantizándolos contra cualquier violación, y en tal sentido, la fe pública notarial llena una misión preventiva al constituir los actos que ella ampara, en una forma de prueba preconstituida suficiente para resolver e impedir posibles litigios.

D. Fases de integración de la Fe Pública Notarial

Las fases de la fe pública notarial según Pedro C. Verdejo Reyes son:

- Fase de evidencia. En esta fase no existe un acto de fe, sino de conocimiento directo, de evidencia. El notario no recibe la fe, sino que la da.
- Fase de solemnidad. Para que el acto de evidencia reciba la garantía de la fe pública debe producirse en un acto ritual, es decir, con las solemnidades por la ley.
- Fase de objetivación. El acto de evidencia, rituado solemnemente y conformado, se objetiva en su dimensión material, transcrito al papel, el acto narrado toma cuerpo en el instrumento público (principio de forma).
- Fase de coetaneidad. La evidencia, la solemnidad del acto y su corporeidad en el documento, han de producirse en un solo acto, coetáneamente (principio de unidad de acto).
- En la fe pública notarial, el acto sometido a la evidencia del notario no sólo lo constituyen hechos o personas, sino también documentos, papeles; la fe pública derivada viene siempre marcada con la fórmula del "concuerda con su original" y adquiere cuerpo en las copias autorizadas o testimonios.

E. Función de la Fe Pública Notarial

La fe pública notarial, es la fe pública por excelencia, porque al constituir los actos de los particulares, que no generan publicidad por sí mismos, en una forma de prueba preconstituida suficiente para resolver e impedir posibles litigios, está realizando una función preventiva en

evitación de innecesarias litis. Precisamente lo que caracteriza a la fe pública notarial, es la misión de preparar y elaborar la prueba preconstituida; si la actuación del notario no tuviera una finalidad fundamentalmente probatoria, si el instrumento notarial no probara nada, no se podría hablar de fe pública notarial.

F. Carácter Civilista del Derecho Notarial

En el Derecho Notarial, al igual que en otras normas del derecho peruano, vale decir derecho administrativo, aduanero, tributario, laboral, o cualquier otro que tenga vacíos o lagunas en determinados aspectos de su derecho positivo, siempre se recurre al derecho civil y su normativa.

Más aún cuando nuestra Ley Notarial no cuenta con las normas necesarias para satisfacer las necesidades de todo un mundo notarial en el que vivimos, por lo que en la actualidad se hace necesaria la utilización de las normas del Derecho Civil y además de su procedimiento, para poder responder y dar solución a conflictos, controversias o simples consultas que se presentan en cuestión notarial.

G. El Notario (Dimensión)

Llámese así, al profesional en el campo de las leyes, encargado de dar fe y brindar seguridad jurídica sobre los contratos que originen la expresión de voluntad entre las partes intervinientes. Para lo cual, podrá utilizar su conocimiento en el análisis, interpretación, redacción y formalización de actos jurídicos, llevará un registro y tendrá archivo propio de los documentos que en su despacho se soliciten.

1.3.2. Testigos Instrumentales

Del latín "testificor", "testis", persona que da testimonio, afirma o asevera algo como habiéndolo visto u oído. En el campo notarial un concepto general de testigo se refiere a la persona que debe concurrir a la celebración de ciertos actos jurídicos, en los casos señalados por la ley o requeridos por los particulares para solemnidad de dichos actos y poder dar fe y servir de prueba. En los instrumentos o documentos notariales, testigo es el que firma junto al Notario para dar

solemnidad al acto y aseverar así el hecho y su contenido. Estos testigos instrumentales son parte formal del instrumento y Ávila Álvarez los define así: "Son testigos instrumentales los que presencian el acto de la lectura, consentimiento, firma y autorización de una escritura pública, aseverando con su firma en el instrumento la veracidad del relato notarial".

1.3.2.1. Definición

Se han dado muchas definiciones de testigo. Nosotros tomaremos las que a nuestro juicio explican mejor el tema, y que son glosadas por Neri: Escriche dice: "Testigo es la persona fidedigna de uno u otro sexo que puede manifestar la verdad o la falsedad de los hechos controvertidos". Novoa Seoane: "Testigo es la persona humana que da testimonio de alguna cosa por haberla visto u oído". Baldana: "Testigos son las personas que declaran sobre la existencia o veracidad de algún hecho o asisten al otorgamiento de una escritura, son las personas que dan testimonio de una cosa o la atestiguan, constituyendo, en el primer caso, una solemnidad exigida por la ley en las escrituras públicas y en, algunos instrumentos públicos, y, en el segundo, un medio de prueba, cuando deponen sobre un hecho que conocen".

1.3.2.2. Clases de testigos

Debemos a Carnelutti la distinción entre testigo instrumental y testigo procesal a quien también denomina "narrador". Asimismo este notable jurista explica que la institución del testigo no es solamente de Orden procesal, pues existe con amplitud en el Derecho privado como requerimiento de legalidad de ciertos actos, instancia en la que es objetivamente previsible que la función del testigo narrador consista en explicar, describir un hecho o acto por él percibido, y que, por otro lado, la función del testigo instrumental consiste en percibirlo, hecho del que deriva la publicidad, porque la ley, cuando prescribe que un acto o negocio se realice frente a testigos, prescribe, asimismo, su publicidad, de donde la actuación del testigo del instrumento no es de certificación sino de comprobación. En todo caso los testigos instrumentales son entes pasivos,

su actividad radica en el hecho de suscribir, en unidad de tiempo y acción con las partes y el funcionario, el acto que oyeron y percibieron "auditio et suis sensibus".

En el ámbito notarial hay testigos de conocimiento que, siendo conocidos por el Notario, certifican a éste sobre la identidad del otorgante de un acto jurídico; testigos hábiles, cuando el testigo no tiene tacha absoluta ni relativa su deposición constituye prueba completa.

1.3.2.3. Capacidad (Dimensión)

Este requisito es esencial en materia de testigos, pues se trata de la aptitud legal para actuar como tales. En este aspecto vale tomar en cuenta la edad y el estado mental de la persona; nuestro Código Civil en su artículo 705º establece qué personas están impedidas de ser testigos testamentarios, entre los cuales tenemos:

1.- Los que son incapaces de otorgar testamento.
2.- Los sordos, los ciegos y los mudos.
3.- Los analfabetos.
4.- Los herederos y los legatarios en el testamento en que son instituidos y sus cónyuges, ascendientes, descendientes y hermanos.
5.- Los que tienen con el testador los vínculos de relación familiar 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.

1.3.2.4. Clasificación

El tema de la clasificación de los testigos tiene dispares opiniones entre los tratadistas. En esa temática encontramos dos tendencias, una histórica y otra definida como moderna. En el criterio histórico toma relieve la importancia de la institución testifical, tanto en el Derecho

público como en el privado, terreno donde la solemnidad de los contratos se plasma si en ellos concurren los testigos. En el criterio moderno se considera que los testigos concurrentes al acto instrumental, no son más que agentes pasivos de pura comprobación del otorgamiento del acto.

1.3.2.5. Doctrina

En el orden doctrinal existen diferentes puntos de vista que, en el esquema que plantea Neri, son los siguientes:

Azpeitía Esteban sostiene que, en realidad, la situación de los testigos es pasiva y expectante, por lo cual podría decirse que en los instrumentos públicos debieran concretarse en oír y callar. Los deberes de los testigos serían: 1) Testigos de conocimiento: veracidad, lealtad, consecuencia, pues prestan un testimonio de identidad personal del otorgante; 2) Testigo instrumentales, actos "ínter vivos": asistencia, sigilo, veracidad y firmeza, porque han de escuchar atentamente el contenido de la escritura informándose bien de ella, presenciar la prestación de conformidad y forma de los otorgantes y firmar el documento; 3)Testigos instrumentales de actos "mortis causa": presenciar el acto de otorgamiento, asegurándose, en cuanto sea, posible, que en ese acto el disponente tenga la capacidad de ley.

De Velasco expone que la presencia de los testigos queda limitada a hacer constar que el negocio jurídico se ha celebrado en la forma y condiciones que resultan del instrumento.

1.3.2.6. Sobre la necesidad testifical

La presencia testifical en la otorgación del instrumento notarial se ha vuelto, en los tiempos que corren, un tema controvertido. Sobre la presencia testifical destacamos tres teorías antitéticas, una subjetiva que propugna la eliminación de los testigos, otra de carácter objetivo que justifica su existencia y otra ecléctica que combina los elementos de las anteriores.

A. Teorías subjetivas

Para Fernández Casado los testigos son innecesarios en los instrumentos públicos, porque no son ellos sino el Notario quien les puede dar el carácter de públicos; por lo demás, en el terreno de la fe pública, los testigos no intervienen sino por vía de solemnidad. Según De Velasco, el valor instrumental de los testigos se determina porque si bien no ha llegado a ser una ficción, ha sido, al menos en muchos casos, un requisito cumplido en serie por verdaderos profesionales de la testificación.

Para Hernán de las Pozas, la intervención de los testigos se opone a la naturaleza secreta del protocolo. Sanahuja y Soler, expresa que en realidad la supresión de los testigos es en todas partes más que un resultado de una tesis doctoral, la remoción de un estado de cosas que en la práctica había perdido todo vigor y quedaba reducido a una simple ficción; generalmente los testigos eran firmantes (y lo son en nuestro medio) que no conocían el contenido del acto, casi siempre agentes retribuidos al servicio del Notario (Neri; 1981:200).

Giménez Arnau da una explicación histórica al tema, afirma que la intervención testifical estaba justificada cuando el escribano era solamente "sabidor de escribir" y se atendía más a su habilidad para extender las "cartas en cuero" que a su preparación científica y a su veracidad. Pero hoy, que los Notarios son más “sabidores de Derecho” que "sabidores de escribir”, carecen de toda justificación estas medidas de desconfianza, a cuya supresión se había hecho acreedor el Notario por el prestigio que ha llegado a alcanzar la función.

B. Teorías objetivas

Se fundamenta en el concepto de que la intervención testifical es un requisito de rigurosa solemnidad y de publicidad. Falquera, citado por Fernández Casado, en su Tratado Notarial, afirmó: La

intervención de los testigos en los instrumentos públicos tiene por objeto imprimirles el sello de la publicidad; acreditar que no se han hecho clandestinamente o a "cencerros tapados", como vulgarmente se dice, sino en público... se requiere dos personas para que estén presentes en representación del público a fin de que sea verdad el que la escritura es pública y se ha hecho en público y no en secreto.

Para Otero y Valentín, los testigos instrumentales son de una "necesidad objetiva"; es un equívoco prescindir de los testigos instrumentales los cuales, al Notario, en todo caso, no le deben preocupar, al contrario, le sirven de garantía al mismo funcionario para que presencien su discreción y diligencia. Considera también el aspecto de la solemnidad del acto de la dación de fe.

C. Teorías eclécticas

Textualmente expresa Neri: "En esta teoría se sitúan los tratadistas partidarios de la supresión de la asistencia al acto jurídico de los testigos instrumentales, aceptan, no obstante, la recepción testimonial en los supuestos de otorgación de testamentos, protestos y contrataciones, y de actos y contratos en que las partes no sepan o no puedan escribir o no conozcan el idioma del país.

En nuestro concepto, y de acuerdo a la experiencia de nuestra función notarial, creemos que la actuación del testigo instrumental es un anacronismo que en nada justifica su participación en el instrumento notarial, porque se trata generalmente de un sujeto estipendiado por el Notario, el cual aparece ocasionalmente en la Notaría y cuya actuación nada tiene que ver con el otorgamiento de la escritura. Esta testificación debe suprimirse, salvo los siguientes casos: 1) En - las escrituras y documentos notariales otorgados por personas que no supiesen no pudieren leer o escribir; 2) Cuando cualquiera de los otorgantes o el propio Notario lo requieran; 3) En las disposiciones o actos de

última voluntad, en el marco señalado por la legislación civil y cuando la ley así lo exija o requiera.

1.3.2.7. Declinación del testigo y prosperidad del documento notarial

El documento notarial, hemos dicho, constituye presunción "iuris et de iure", es decir, es plena prueba mientras no se pruebe o se demuestre lo contrario por la vía legal que corresponda. La escritura Notarial, dice Pondé, es mucho más que un instrumento público probatorio; es el mayor medio probatorio para la atenta exanimación en busca de la verdad.

En el principio el documento y el testigo fueron elementos inseparables, complementarios, si bien la prevalencia del testigo fue mayor; no hubo documento valedero probativamente sin testigo; el testigo fue fundamental, la fuerza probatoria se apoyaba en él. Mas con el correr del tiempo su importancia fue decayendo en la medida en que ganaba prestigio el documento elaborado por el Tabellión como "documento publica confecta" que le daba al documento ponderada connotación valorativa.

El punto fundamental del valor documental frente al valor testifical, fue el advenimiento de la fe notarial: Notario o Escribano configurados o autenticados y poseedor de una facultad estatal trascendente como fedatario.

Así creció el documento notarial. La "carta", explica Pondé, no podía ser atacada si no se la redargüía de falsedad. El documento creció impulsado por la fe que el Notario pasó a ejercer con representatividad estatal. Al nivelarse testigo y documento, en la comparación axiológica, surgió la diferencia porque frente a la testificación inmemorialmente igual y estática, el documento público adquirió jerarquía, organizó sus partes, metodizó sus requisitos y capacitó a su hacedor autorizante, es decir, adquirió jerarquía. El siglo XX, afirma Pondé, marginó al testigo de la escritura notarial por innecesario, inocuo, inoperante y, en ocasiones, peligroso, en tanto que el documento notarial parece aproximarse ahora a su absoluta realización. La materia propia de la llamada jurisdicción

voluntaria (ius aditio) se pone al alcance del documento notarial haciéndole una aportación más útil para la sociedad.

1.3.2.8. Declinación del testigo y prosperidad del documento notarial con relación al valor probatorio

De que la legislación notarial vigente en nuestro país establece como requisito formal en la otorgación de las escrituras públicas la intervención de los testigos instrumentales, bajo alternativa de nulidad del acto, aspecto que en nuestro medio ha derivado en prácticas anacrónicas, ya que los Notarios en el afán de cumplir con los requisitos establecidos por la Ley del Notariado efectúan cierta remuneración a personas que nada tienen que ver con el otorgamiento mismo de la escritura, que pueden o no ser empleados de este, para que funjan las veces de testigos instrumentales, apareciendo ocasionalmente a firmar en serie los protocolos sin haber participado del acto, aspecto que nada tiene que ver con el otorgamiento mismo de la escritura, con la legalidad del acto jurídico o su solemnidad y publicidad.

Así también se ha podido comprobar que desde el punto de vista de la función notarial y la teoría del instrumento público la intervención de los testigos instrumentales en la otorgación de las escrituras públicas es innecesaria, ya que es el Notario quien, por el imperio de la Ley, da fe, autenticidad y solemnidad a todos los actos y contratos que señala la Ley. Así también hemos podido determinar que en la actualidad ya no se usan los testigos de conocimiento, ya que es el Notario, quien mediante el sistema RENIEC, corrobora la identidad de las partes.

El Notario también es quien le puede dar a la escritura el carácter de pública, junto con otros medios más idóneos, como lo serían la inscripción de la escritura en las oficinas de la SUNARP y así de esta manera suprimir para este tipo de actuaciones notariales la intervención tanto de los testigos instrumentales como de conocimiento.

1.3.3. Principios

Se entiende por principio la fuente de la cual deriva el ser y el conocimiento, principio es el punto de partida de un sistema, los principios sobre los cuales descansa el derecho notarial peruano demuestran que el mismo es una rama independiente del derecho, a continuación, veremos cuáles son estos principios:

A. Principio de la forma

Si bien no es exclusivo del derecho Notarial, constituye en el ámbito del instrumento público la esencia misma de su conformación, desdoblada como afirma Gonzáles Palomino en formas de ser (Principio del instrumento forma) y formas de valer (Principio de la prueba preconstituida).

B. Principio de la escritura

Consecuentemente con el anterior, el Principio de la escritura trasciende la materialidad de la grafía para constituirse en forma esencial del instrumento, garantizando su existencia y contenido, todos los documentos notariales son escritos el Notario materializa en el papel los actos y hechos de los que tiene conocimiento.

C. Principio de inmediación

Objetivado en la forma Ante mí, que ha de requerir la inexorable presencia en la comparecencia del instrumento, por si o por representación, de las partes interesadas en él y la exhibición en relación con las cosas que motivan el otorgamiento, y sobre lo que ha de fundarse el principio de la fe pública o autenticidad.

D. Principio de notoriedad

Está basado en los fundamentos de los juicios del notario y debemos distinguir en él dos fases: Juicio que el Notario no presencia, pero que conoce de ciencia cierta emitir juicios sobre el conocimiento o capacidad

de los comparecientes en el documento notarial de que se trate. Juicio que el Notario emite basado en testimonio de personas (testigos) o por medio de documentos idóneos, aportados al instrumento.

E. Principio de unidad de acto

Este principio se encuentra estrechamente vinculado al de inmediación. La audiencia notarial debe ser plena y debe estar integrada por los sujetos básicos del instrumento notarial (comparecientes por sí o su representación).

F. Principio de matricidad o de protocolo

Los documentos notariales se redactan en forma original y conjuntamente con sus documentos agregados conforman el protocolo notarial.

G. Principio testimonial

En contraposición al Principio de matricidad o protocolo, el Notario tiene una función de testimoniar hechos en forma documental o de presencia, que no van a formar parte de su protocolo. En la doctrina, a esta actividad notarial se le denomina testimonios notariales, toda vez que el Notario da fe de hechos evidentes ante él, ya por vía documental o por presencia notarial, física ante el hecho testimoniado.

H. Principio de legalidad

La actividad del Notario en su conjunto constituye actos reglados por el derecho, tanto en la formación del instrumento como tal y de su contenido; como de aquellos otros que han de servir solo como prueba preconstituida.

I. Principio de consentimiento

Este principio nace como consecuencia del principio de legalidad, y se manifiesta tanto en la esfera de los hechos como en la del derecho.

En la esfera de los hechos, el compareciente consiente en todo cuanto el Notario requiera, presencie o narre, con arreglo a las normas notariales (otorgamiento, lectura, enmiendas, adiciones y firmas).

En la esfera del derecho debemos distinguir la existencia del consentimiento y su idoneidad para la validez del acto y estará configurado por los límites de disponibilidad del negocio, por la capacidad civil y la legitimación de la parte para el acto de que se trate.

J. Principio de representación instrumental

La audiencia notarial es privada, careciendo en este sentido de publicidad; el acto trasciende mediante la copia autorizada (testimonio), que no es más que la representación instrumental del acto notariado.

K. Principio declarativo de hecho y de derecho

Que no es más que la de dar fe de hechos, actos o circunstancias de relevancia jurídica de las que se deriven o declaren derechos o intereses legítimos para las personas o de cualquier otro acto de carácter lícito (actas).

1.3.4. Teorías

Una revisión de las teorías relacionadas con el problema de estudio, debe iniciar con el análisis de las teorías vinculadas directamente con la naturaleza jurídica del testamento:

Jordano. (1999). El testamento y su interpretación, menciona en su libro las teorías:

1ª En sentido formal: Según esta primera concepción, lo más importante en el conceptuar el testamento no en su consideración de negocio jurídico, sino el concebirse como una simple forma documental apta para recoger en sí la más disímil gama de negocios a causa de muerte admitidos en el ordenamiento jurídico. Lo que caracteriza al testamento más que un determinado contenido es la forma. De esta manera se contempla al testamento como un simple caparazón

en que pueden tener cobija las más variadas manifestaciones de última voluntad con designio normativo.

2ª En sentido sustancial y amplio: Según esta acepción, se concibe al testamento como un tipo negocial a causa de muerte, de carácter general y contenido variable, patrimonial y no patrimonial. Según esta variante el testamento se asimila con el acto de última voluntad y éste con aquél, donde tienen cabida las más disímiles disposiciones del testador, no ligadas necesariamente con el patrimonio.

3ª En sentido sustancial y estricto: Conforme con esta tercera acepción, el testamento es el negocio jurídico unilateral mortis causa, típico, por el cual se dispone del patrimonio para después de la muerte, es la que asimila el Código Civil Peruano.

Pérez. (2015). Fundamento del derecho de sucesiones, en su artículo detalla las teorías del derecho sucesorio:

a). Teoría del derecho natural. - Dentro de la corriente cristiana del derecho natural, Santo Tomás de Aquino sostiene que "es de derecho natural que los padres alleguen riquezas para los hijos y que éstos sean sus herederos.

Es derecho natural que los hijos sucedan abintestato a los padres, afirma que el derecho sucesorio de los hijos se funda en el derecho natural, basándose en el amor de los padres que tiende a procurar para los hijos el bien que procuran para sí.

Esta corriente es recogida por los Pontífices Romanos en diversas oportunidades. León XIII en la encíclica Rerum Novarum habla del deber natural del padre de familia de atender a sus hijos y de prepararles los medios para defenderse en la vida. Y esto no lo puede hacer sino poseyendo bienes útiles que pueda trasmitir en herencia a sus hijos. Pío XII en la encíclica "Quadragésimo Anno" igualmente afirma que siempre ha de quedar intacto e inviolable el derecho natural de poseer privadamente y trasmitir por medio de la herencia. Los filósofos de la escuela racionalista del derecho natural sostienen también el fundamento natural del derecho de sucesiones y son muchos los que extienden el fundamento natural de la sucesión intestada a la sucesión testamentaria.

El origen de la sucesión testada está unida al ius disponendi, facultad característica del derecho de propiedad. Si no existiera la facultad de disponer por testamento, el derecho de propiedad se vería menoscabado. El testamento, en cuanto a sus formas, es una creación del Estado, no así en lo que atañe al fondo, por ser éste de derecho natural.

Los autores franceses de la época de la codificación, en general, encuentran también el fundamento último del derecho de sucesiones en el derecho natural, si bien difieren en el fundamento inmediato. Unos, refiriéndose a la sucesión intestada lo limitan al derecho de los hijos a recibir los bienes de los padres; otros lo extienden a otros grados de parentesco (línea ascendente y limitadamente a la colateral). Todos ellos consideran igualmente como de derecho natural la facultad de testar.

b). Teoría de la creación legal. - Sostiene esta teoría que el derecho sucesorio se fundamenta, no en el derecho natural, sino en la ley civil. El derecho de sucesiones existe únicamente por la ley del Estado, que es la que crea ese derecho y no la ley natural.

En esta corriente se encuentra Montesquieu al afirmar que el orden de las sucesiones depende de los principios del derecho político y civil. La ley natural manda a los padres que alimenten a sus hijos, pero no que éstos sean sus herederos.

Es verdad que el orden político o civil pide a menudo que los hijos sucedan a sus padres; pero no siempre lo exige. Rousseau sostiene igualmente que el fundamento del derecho de sucesiones está en la ley civil, proviniendo su existencia de la ley positiva.

Propugna que el soberano haga respetar la herencia de padre a hijo y de pariente a pariente, pero no por responder a una ley natural, sino por ser equitativo y útil que los bienes se enajenen lo menos posible en las familias. Para ambos, lógicamente, el testamento es una creación del legislador, producto del progreso de los pueblos. Las ideas de Montesquieu y en especial de Rousseau influyeron en la opinión de los hombres de la revolución francesa, como Chabot, Simeón, Robespierre, Mirabeau, etc.

Castan. (1969). Derecho de sucesiones, en su libro menciona:

c). Teoría del reconocimiento de la voluntad del testador. - Esta teoría enfoca la justificación del derecho sucesorio desde el punto de vista del causante, entendiendo que la sucesión testada se deriva directamente de la voluntad expresa del difunto, y la intestada se deriva de su voluntad presunta, viniendo a ser esta última como una especie de testamento tácito.

Derivar la sucesión testada de la voluntad expresa del testador supone, a nuestro juicio, reconocer a esa voluntad el derecho de disponer de los bienes para después de la muerte.

Así como el derecho positivo reconoce el derecho de propiedad y la facultad de disponer de él por actos entre vivos, al admitir el derecho de sucesiones no hace más que reconocer el ius disponendi del propietario con efectos para después de su muerte. El reconocimiento de tal facultad es algo que requiere la personalidad del hombre y el derecho de propiedad.

La sucesión intestada encuentra su justificación en la voluntad presunta del causante. La ley, al regular la sucesión intestada, no hace más que reconocer la voluntad presunta del causante, formulada de acuerdo al uso más general. "La ley examina aquello que el difunto hubiera hecho si él hubiera tenido tiempo de dictar sus disposiciones últimas, y decide de esa voluntad presumida, de acuerdo con la costumbre de otros padres de familia, de acuerdo con las voces naturales del corazón humano".

Esta teoría fue predominante entre los escritores del siglo XVII, representantes de la llamada escuela racionalista del derecho natural, y los jurisconsultos franceses del siglo XVIII, autores de la codificación, y sigue teniendo en nuestros días gran predicamento, a pesar de las críticas de que ha sido objeto.

d). Teoría de la copropiedad familiar. - El punto de partida de esta teoría radica en estimar que los bienes que usa y disfruta el núcleo familiar constituyen una copropiedad, cuyos titulares son los miembros de la comunidad doméstica.

Al enfocar la justificación del derecho sucesorio desde el punto de vista del interés familiar, pasa a segundo término la consideración de la voluntad del causante. De ahí la mayor importancia que en esta concepción tiene la sucesión legítima respecto a la testamentaria. Aunque algunos autores pretenden encontrar el origen de esta teoría en la situación de los sui del derecho romano, que formaban con sus progenitores un cuasi dominium, la mayoría entronca el origen con la propiedad colectiva familiar del derecho germánico histórico.

La sucesión intestada "tiene su principio en los vínculos de sangre o en el organismo ético de la familia, que se refleja en la comunidad de bienes". Pero este condominio no debe concebirse a la manera romana en la que cada condomino tiene una parte alícuota igual a la de los otros, pues la familia es una sociedad desigual, o sea, compuesta por superiores e inferiores.

e). Teoría del interés general. -Esta teoría encuentra la justificación del derecho de sucesiones en el interés general (político o económico). El derecho sucesorio cuando está convenientemente regulado beneficia a la sociedad, pues la posibilidad que tienen los individuos de trasmitir sus bienes los incita poderosamente al trabajo y al ahorro, produciendo y aumentando la riqueza.

El derecho sucesorio es así un factor de progreso económico. Sin él desaparecería el estimulante necesario de la vida económica y se resentiría la riqueza pública, porque, cubiertas las necesidades propias, nadie tendría interés alguno en el trabajo y consiguiente aumento de la producción.

La utilidad centrada en el interés de la sociedad, debe presidir para esta teoría el derecho sucesorio. Ese mismo interés puede llevar a respetar los afectos del propietario hacia sus parientes y su libertad de disposición por medio del testamento.

f). Teorías socialistas clásicas. - Los socialistas clásicos, enemigos de la propiedad privada, combaten como es lógico el derecho de sucesiones. Niegan la herencia por las mismas razones que niegan la propiedad.

"La propiedad, en su forma actual solamente una parte ínfima se origina en el trabajo, proviniendo su mayor parte del derecho sucesorio, de las rentas injustificadas, de la ilegítima apropiación capitalista al emplear para la

explotación de sus bienes el trabajo de los obreros y recompensarlo por medio de un salario que deja pagar una cierta cantidad de trabajo. El capital y la propiedad serían así acumulación del trabajo robado. De ahí que la propiedad privada debe ser abolida y por consecuencia también la sucesión y especialmente el testamento…"

La herencia, para los sostenedores de estas teorías, repugna a la justicia, porque origina desigualdades económicas y sociales entre los individuos que, si bien pueden explicarse y admitirse cuando son resultado de sus distintas aptitudes y capacidad de trabajo, no se justifican cuando provienen de la acción de otros hombres, y sin intervención alguna de los llamados sucesores o herederos.

g). Teorías socialistas modernas. -Los socialistas modernos se limitan, por lo general, a negar el derecho de sucesiones con respecto a le tierra y a los medios de producción, reconociéndolo para los bienes de consumo y de goce, cuya propiedad admiten.

1.4. Formulación del problema

¿Cómo modificar la participación obligatoria de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento por escritura pública en el Perú?

1.5. Justificación e importancia de estudio

Ésta investigación se justifica, porque tiene relevancia jurídica en la realidad nacional y local por las siguientes razones:

a) El Testamento es el acto jurídico por medio del cual una persona, en expresión de su última voluntad, autorregula el destino de su patrimonio y asuntos extra-patrimoniales para después de su deceso, se haga efectiva su voluntad.

b) Las personas por desconocimiento del uso de instrumentos públicos le han restado valor al Testamento, el cual más allá de la simple disposición patrimonial, sirve para prevenir a nivel familiar y social con una declaración final sobre asuntos personales que el testador quiere que subsistan en el tiempo y de ese modo su personalidad no sea olvidada, es por ello que en la presente investigación se sugiere el uso del testamento por escritura pública, el cual se dota de legalidad al ser emitido por el Notario.

c) Los testamentos son de diversos tipos o clases, dentro de los cuales destaca el testamento por escritura pública, estableciéndose sus requisitos en el código civil peruano de 1984, el que también es importante en el derecho civil, entre otras ramas del derecho.

d) El carácter funcionarial del notario al estar vinculado a la fe pública que se le atribuye, conviviendo con el carácter profesional de su misión privada de velar por los intereses de los particulares, donde aquellos intereses públicos consisten principalmente en que estos intereses privados se inserten en el Ordenamiento, con la mayor seguridad, eficacia y justicia posibles.

e) La no obligatoriedad de este requisito, evitaría al testador convencer a los testigos que concurran al otorgamiento, lo que en muchas ocasiones se dificulta, sobre todo tratándose de casos urgentes, incluso muchas veces los testigos piden alguna retribución a cambio de su participación.

f) Considerar que los testigos permitan asegurar la libertad y la seguridad jurídica del testamento, implicaría considerar que el notario es un profesional indigno de confianza.

g) Resultará importante la no obligatoriedad de los testigos instrumentales en el sistema sucesorio peruano, pero será necesario ponerse en debate respecto a la modificación sustantiva del Código Civil especialmente en el tipo de testamento materia de investigación, dotando de mayor relevancia jurídica la sola participación del Notario.

Por lo mencionado, resulta relevante fomentar trabajos de investigación en materia previsional que permitan implementar con ello proyectos de ley y reformas normativas en beneficios del testador.

1.6. Objetivos

1.6.1. General

Proponer la modificatoria del artículo 696 del código civil para modificar la participación obligatoria de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento por escritura pública.

1.6.2. Específicos

a. Diagnosticar el estado actual de la participación obligatoria de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento por escritura pública en el Perú.
b. Identificar los factores influyentes en la participación obligatoria de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento por escritura pública en el Perú.
c. Diseñar la modificatoria del artículo 696° del Código Civil para modificar la participación de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento por escritura pública en el Perú.
d. Estimar los resultados que generará la modificatoria del artículo 696 de Código Civil para modificar la participación obligatoria de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento por escritura pública en el Perú.

1.7. Limitaciones

Respecto de las limitaciones de la investigación, debemos precisar que si bien es cierto que hay disponibilidad de fuente informática estas se refieren sobre todo a libros y publicaciones en internet, relacionados a las variables tocada en esta investigación, mas no hay libros que desarrollen en específico nuestro problema de investigación, también tiene ciertas limitaciones en cuanto a fuentes de hemeroteca, así como de plenos jurisdiccionales puesto que no le prestan la atención debida a este aspecto jurídico relevante.

1.8. Hipótesis

La modificatoria del art. 696° del Código Civil modificaría la participación obligatoria de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento por escritura pública.

II. MATERIAL Y MÉTODO

2.1. Tipo de estudio y diseño de investigación

El autor Rivera (2016), señala diferentes tipos y diseños de investigación los mismos que guardan relación con la presente investigación:

2.1.1. Tipo:

A. Mixto

Implica combinar métodos cuantitativos y cualitativos en un mismo estudio. No se reemplazan, sino que utiliza las fortalezas de ambos tipos, los combina y trata de minimizar sus debilidades potenciales. Implica recolección, análisis e integración de los datos cualitativos y cuantitativos.

2.1.2. Diseño

A. No experimental

Se realiza sin manipular las variables, se basa fundamentalmente en la observación de fenómenos tal y como se dan en su contexto natural para después analizarlos.

B. Investigación descriptiva

Este tipo de investigación interpreta lo que es; para ello utiliza el método de análisis, por el cual se logra caracterizar un objeto de estudio o una situación concreta; sirve para ordenar, agrupar o sistematizar los objetos involucrado en la presente tesis.

C. Investigación explicativa

Se centra en determinar los orígenes o las causas de un determinado conjunto de fenómenos; busca encontrar razones o causas que ocasionan ciertos fenómenos, su objetivo es explicar por qué ocurre un fenómeno y en qué condiciones se da este.

D. Investigación explotaría

Recibe este nombre la investigación que se realiza con el propósito de destacar los aspectos fundamentales de una problemática determinada y encontrar los procedimientos adecuados para elaborar una investigación posterior.

2.2. Variables y Operalización

2.2.1. Variables

A. Testamento

Estrada (2013) establece que: “Es el acto jurídico personalísimo, voluntario y libre mediante el cual el causante expresa sus disposiciones de última voluntad”.

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, 2013)

Acto jurídico por cuya virtud una persona establece en favor de otra u otras, para después de su muerte, el destino de todo o parte de su patrimonio o la ordenación de otros asuntos de carácter no patrimonial. (Puig, 1976).

De lo antes citado se puede concluir que el testamento es un acto jurídico, mediante el cual el causante declara su última voluntad y hace un llamamiento a los herederos, para así poder disponer de sus bienes, sin embargo, ésta disposición será total o parcialmente de acuerdo a la potestad del testador, pero dentro de los límites que otorga la ley.

B. Testigos Instrumentales

Se han dado muchas definiciones de testigo. Nosotros tomaremos las que a nuestro juicio explicitan mejor el tema, y que son glosadas por Neri: Escriche dice: "Testigo es la persona fidedigna de uno u otro sexo que puede manifestar la verdad o la falsedad de los hechos controvertidos".

Novoa Seoane: "Testigo es la persona humana que da testimonio de alguna cosa por haberla visto u oído". Baldana: "Testigos son las personas que declaran sobre la existencia o veracidad de algún hecho o asisten al otorgamiento de una escritura, son las personas que dan testimonio de una cosa o la atestiguan, constituyendo, en el primer caso, una solemnidad exigida por la ley en las escrituras públicas y en, algunos instrumentos públicos, y, en el segundo, un medio de prueba, cuando deponen sobre un hecho que conocen".

2.2.2. Operalización

OPERACIONALIZACIÓN DE LAS VARIABLES (RELACIONADO CON EL MARCO TEÓRICO)

Variables	Definición Conceptual	Dimensiones	Indicadores	Ítem / Instrumento
V. Independiente PROYECTO DE LEY	Un proyecto de ley, en términos generales, es la propuesta de ley presentada ante el Congreso, con la finalidad de crear, modificar, regular o extinguir una norma.	**testador**	la autonomía de la voluntad. La capacidad legal para testar. Libre disposición de bienes.	Entrevista
		notario	Principio de profesionalidad, Escritura y redacción del documento, Asesoramiento notarial.	
		la fe pública notarial	Fase de recolección de evidencias. Fase de instrumentación documental. Fase de autorización.	
V. Dependiente Los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento por escritura pública	Es la persona que debe concurrir a la celebración de ciertos actos jurídicos, en los casos señalados por la ley o requeridos por los particulares para solemnidad de dichos actos y poder dar fe y servir de prueba.	**Confidencialidad del acto**	Secretividad del acto.	Entrevista
		Capacidad para comparecer como testigo	Exigencias legales para comparecer como testigos Función que cumple en la audiencia notarial.	

2.3. Escenario de estudio

En la presente tesis se eligió como escenario de estudio a un determinado grupo de especialista en Derecho Notarial, puesto que a través de sus experiencias lograremos obtener valiosa información que será de utilidad para nuestro tema investigado.

2.4. Caracterización de sujetos

2.4.1. Población

La población utilizada en la presente investigación estuvo compuesta por la comunidad jurídica especialistas en Derecho Notarial, inscritos en el ICAL de Lambayeque, que corresponde a:

CATEGORÍA	CANTIDAD
Notarios	15
Abogados especialistas en Derecho Notarial	412
Total Poblacional	427

2.5. Muestra

Según (Hernández, Fernández & Baptista, 2016) "la muestra es, en esencia, un subgrupo de la población. Señalemos que es un subconjunto de compendios que forman parte de ese conjunto definido en sus características al que llamamos población.

En la tabla anterior se muestra una extensa población, se aplicó la siguiente fórmula:

$$n=\frac{z^2pq\ N}{e^2\ (N-1)+z^2pq}$$

$$n=\frac{(1.96)^2(0.15)(0.85)\ 427}{(0.05)^2(427-1)+(1.96)^2(0.15)(0.85)}$$

$$n=\frac{(3.8416)\ (0.15)\ (0.85)\ 427}{(0.0025)(426)+(3.84)(0.1275)}$$

$$n=\frac{209.146308}{1.065+0.4896}$$

$$n=\frac{209.146308}{1.5546}$$

$n = 135$ Abogados Especializados en Derecho Notarial

2.5.1. Unidad de estudio

Mi unidad de estudio está conformada por Notarios y Abogados Especialistas en Derecho Notarial de la Provincia de Chiclayo.

2.6. Técnica e instrumentos de datos

2.6.1. Técnica: La entrevista

La entrevista es un instrumento de recolección de datos a partir de la interacción de dos partes entre: el entrevistador y el entrevistado, si bien es un cuestionario, este mecanismo supone la intervención de una persona calificada que deberá conducir la aplicación del instrumento. Esta figura es una especie de mediador que guía la recolección de información, organiza y controla la aplicación del cuestionario y registra las respuestas.

2.6.2. Instrumento: La encuesta

Es una técnica que se utiliza para determinar tendencias en el objeto de estudio en un conjunto de preguntas dirigidas a una muestra representativa de la población por instituciones con el fin de conocer estados de opinión o hechos específicos.

2.7. Procedimiento para la recolección de datos

Para la recopilación de información y la elaboración de la presente tesis, se llevó a cabo por medio de encuestas, realizada a los Notarios y abogados especialistas en Derecho Notarial de la Provincia de Chiclayo.

2.8. Procedimientos de análisis de datos

Una vez recopilado los datos, necesité organizar mi información correctamente, para lo cual utilicé diferentes técnicas de procesamientos de datos, y así plasmar el conocimiento estadístico, utilizando diversos programas como Word, Excel y SPSS.

2.9. Criterios Éticos

2.9.1. Consentimiento informado

Mediante una explicación previa, se le hizo conocer los participantes (en este caso al Notario y/o abogados) sobre lo que se les iba a realizar y expresaron su consentimiento.

2.9.2. Información

Se le extendió y exteriorizó la finalidad y propósitos de la presente investigación para que entendiera lo que se buscaba con su participación.

2.9.3. Voluntariedad

Este punto es el más importante pues a través de su consentimiento plasmado en su cuestionario, se demuestra que su participación es totalmente voluntaria para colaborar con la investigación puesta en marcha.

2.9.4. Justicia

La investigación tiende a ser justa porque el beneficio directo será para los futuros testadores, por ende, el beneficio es justo para todos en general.

2.10. Criterios de rigor

Dada la importancia de la información y la relevancia de la investigación, se busca que los datos tengan un alto grado de confiabilidad de 95% (z=1.96) y el nivel de error que se considera es un valor típico de 5% (e=0.05), sumado a ello que las fuentes de información secundarias están respaldadas con lo que indica las partes de referencias bibliográfica.

III.REPORTE DE RESULTADOS

3.1. Resultado de tablas y figuras

3.1.1. Variable independiente: "Modificatoria Art. 696 CC."

TABLA 1: Elaboración de un testamento.

¿Considera Ud. que es necesario los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento, si el Notario es el que da fe de la capacidad, conocimiento y libertad del otorgante?

	Frecuencia	Porcentaje
TOTALMENTE DESACUERDO	41	30,4
DESACUERDO	38	28,1
NO DE ACUERDO / NO DESACUERDO	18	13,3
DE ACUERDO	14	10,4
TOTALMENTE DE ACUERDO	24	17,8
Total	135	100,0

Fuente: *Cuestionario aplicado a la comunidad especializada en materia Notarial Chiclayo 2018*

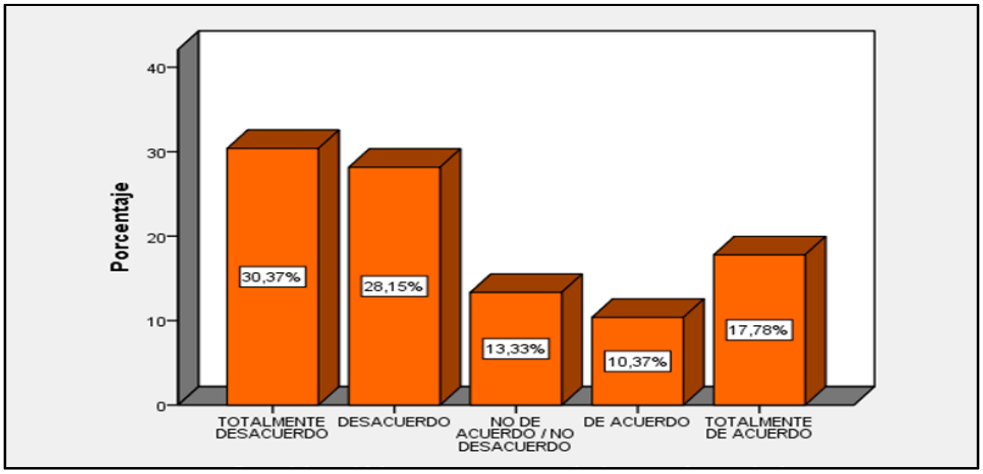

Figura 1: Los resultados obtenidos a la pregunta: Consideran necesario los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento, si el Notario es el que da fe de la capacidad, conocimiento y libertad del otorgante, arrojó lo siguiente: El 17,78% estuvo totalmente de acuerdo con la medida de la pregunta; el 10,37% estuvo de acuerdo; el 13,33% no estuvo de acuerdo ni en desacuerdo; el 28,15% estuvo en desacuerdo y el 30,37% estuvo totalmente en desacuerdo.

Fuente: Cuestionario aplicado a la comunidad especializada en materia Notarial de Chiclayo 2018.

TABLA 2: La voluntad del testador.

¿Considera Ud. que deba tenerse en cuenta la voluntad del testador en decidir si desea prescindir de la participación de los testigos instrumentales para la elaboración del testamento por escritura pública?

	Frecuencia	Porcentaje
TOTALMENTE DESACUERDO	1	0,7
DESACUERDO	19	14,1
NO DE ACUERDO / NO DESACUERDO	16	11,9
DE ACUERDO	24	17,8
TOTALMENTE DE ACUERDO	75	55,6
Total	135	100,0

Fuente: *Cuestionario aplicado a la comunidad especializada en materia Notarial Chiclayo 2018*

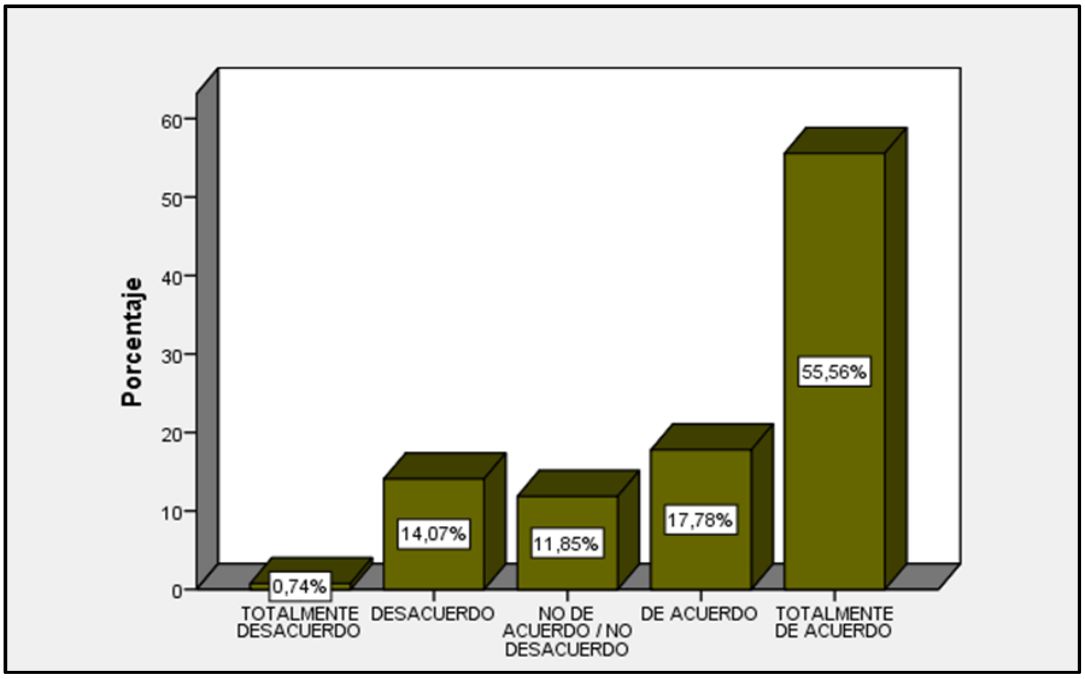

Figura 2: Los resultados obtenidos a la pregunta: Consideran que deba tenerse en cuenta la voluntad del testador en decidir si desea prescindir de la participación de los testigos instrumentales para la elaboración del testamento por escritura pública, arrojó lo siguiente: El 55,56% estuvo totalmente de acuerdo con la medida de la pregunta; el 17,78% estuvo de acuerdo; el 11,85% no estuvo de acuerdo ni en desacuerdo; el 14,07% estuvo en desacuerdo y el 0,74% estuvo totalmente en desacuerdo.

Fuente: *Cuestionario aplicado a la comunidad especializada en materia Notarial de Chiclayo 2018.*

TABLA 3: Notario Público un profesional indigno de confianza.

¿Cree Ud. que se le estaría considerando al notario público un profesional indigno de confianza al requerir testigos instrumentales para dar seguridad jurídica del testamento?

	Frecuencia	Porcentaje
DESACUERDO	25	18,5
NO DE ACUERDO / NO DESACUERDO	12	8,9
DE ACUERDO	10	7,4
TOTALMENTE DE ACUERDO	88	65,2
Total	135	100,0

Fuente: *Cuestionario aplicado a la comunidad especializada en materia Notarial Chiclayo 2018*

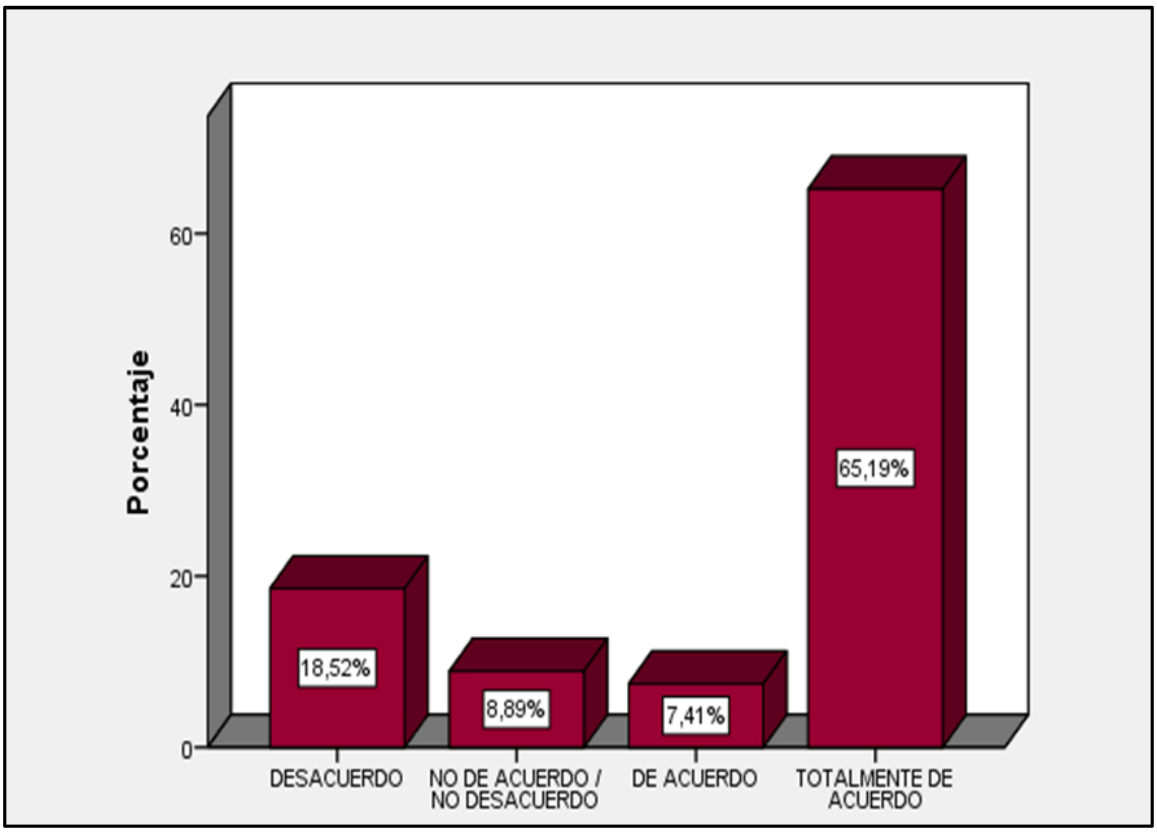

Figura 3 Los resultados obtenidos a la pregunta: Creen que se estaría considerando al notario público un profesional indigno de confianza al requerir testigos instrumentales para dar seguridad jurídica del testamento, arrojó lo siguiente: El 65,19% estuvo totalmente de acuerdo con la medida de la pregunta; el 7,41% estuvo de acuerdo; el 8,89% no estuvo de acuerdo ni en desacuerdo y el 18,52% estuvo en desacuerdo.

Fuente: *Cuestionario aplicado a la comunidad especializada en materia Notarial de Chiclayo 2018.*

TABLA 4: Protocolización del acto.

¿Considera Ud. que debería ser válida la declaración de voluntad del testador con la sola protocolización del acto por parte del Notario?

	Frecuencia	Porcentaje
TOTALMENTE DESACUERDO	1	0,7
DESACUERDO	10	7,4
NO DE ACUERDO / NO DESACUERDO	7	5,2
DE ACUERDO	33	24,4
TOTALMENTE DE ACUERDO	84	62,2
Total	135	100,0

Fuente: *Cuestionario aplicado a la comunidad especializada en materia Notarial Chiclayo 2018*

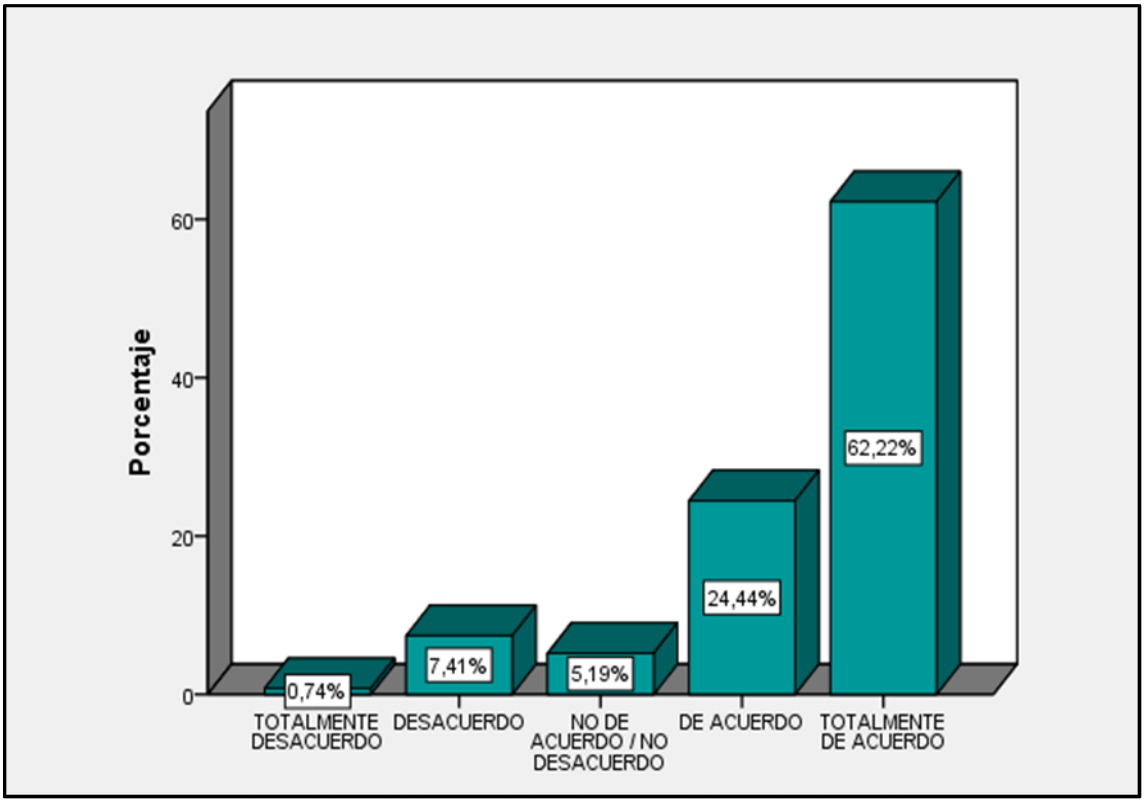

Figura 4: Los resultados obtenidos a la pregunta: Consideran que debería ser válida la declaración de voluntad del testador con la sola protocolización del acto por parte del Notario, arrojó lo siguiente: El 62,22% estuvo totalmente de acuerdo con la medida de la pregunta; el 24,44% estuvo de acuerdo; el 5,19% no estuvo de acuerdo ni en desacuerdo; el 7,41% estuvo en desacuerdo y el 0,74% estuvo totalmente en desacuerdo.

Fuente: *Cuestionario aplicado a la comunidad especializada en materia Notarial de Chiclayo 2018.*

TABLA 5: La fe pública del notario.

¿Considera Ud. que al requerir testigos instrumentales en la elaboración de un testamento notarial se estaría vulnerando la fe pública del notario?

	Frecuencia	Porcentaje
DESACUERDO	19	14,1
NO DE ACUERDO / NO DESACUERDO	15	11,1
DE ACUERDO	22	16,3
TOTALMENTE DE ACUERDO	79	58,5
Total	135	100,0

Fuente: *Cuestionario aplicado a la comunidad especializada en materia Notarial Chiclayo 2018*

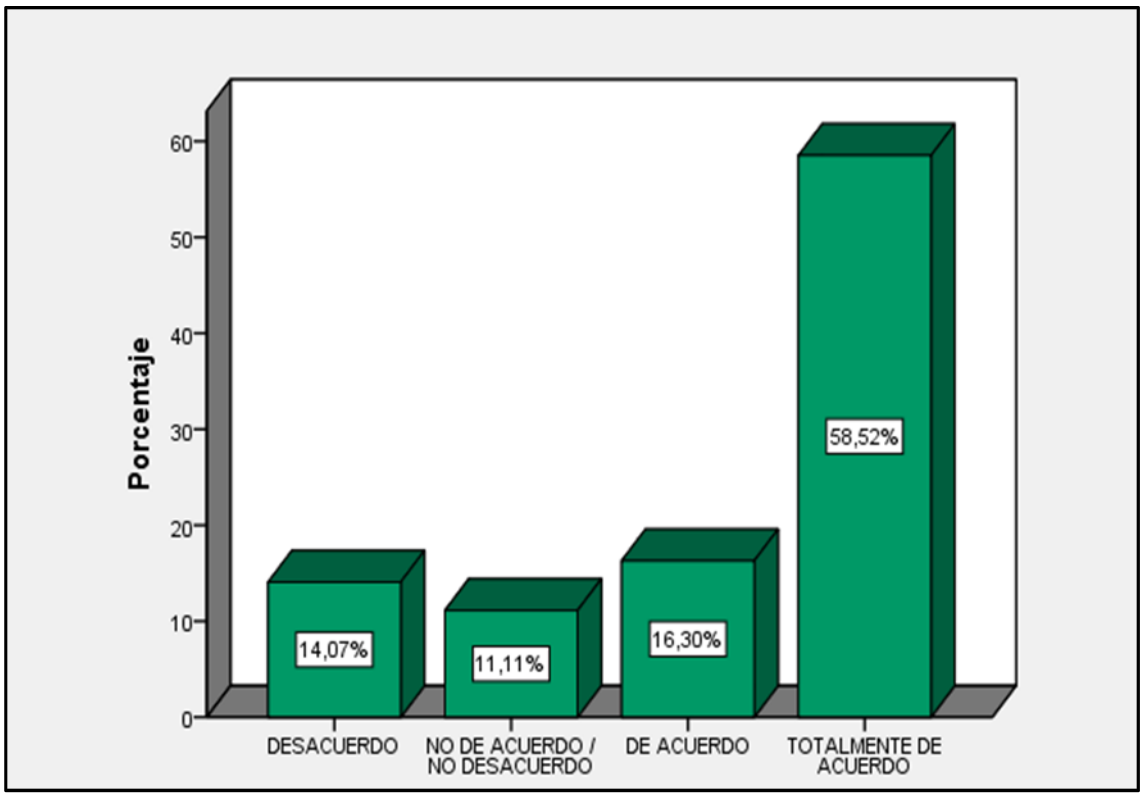

Figura 5: Los resultados obtenidos a la pregunta: Consideran que al requerir testigos instrumentales en la elaboración de un testamento notarial se estaría vulnerando la fe pública del notario, arrojó lo siguiente: El 58,52% estuvo totalmente de acuerdo con la medida de la pregunta; el 16,30% estuvo de acuerdo; el 11,11% no estuvo de acuerdo ni en desacuerdo y el 14,07% estuvo en desacuerdo.

Fuente: *Cuestionario aplicado a la comunidad especializada en materia Notarial de Chiclayo 2018.*

3.1.2. Variable dependiente: “ Testigos instrumentales”

TABLA 6: Principio de confidencialidad.

¿Cree Ud. que la presencia de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento notarial atenta contra el principio de confidencialidad de dicho acto?

	Frecuencia	Porcentaje
TOTALMENTE DESACUERDO	2	1,5
DESACUERDO	17	12,6
NO DE ACUERDO / NO DESACUERDO	14	10,4
DE ACUERDO	21	15,6
TOTALMENTE DE ACUERDO	81	60,0
Total	135	100,0

Fuente: *Cuestionario aplicado a la comunidad especializada en materia Notarial Chiclayo 2018*

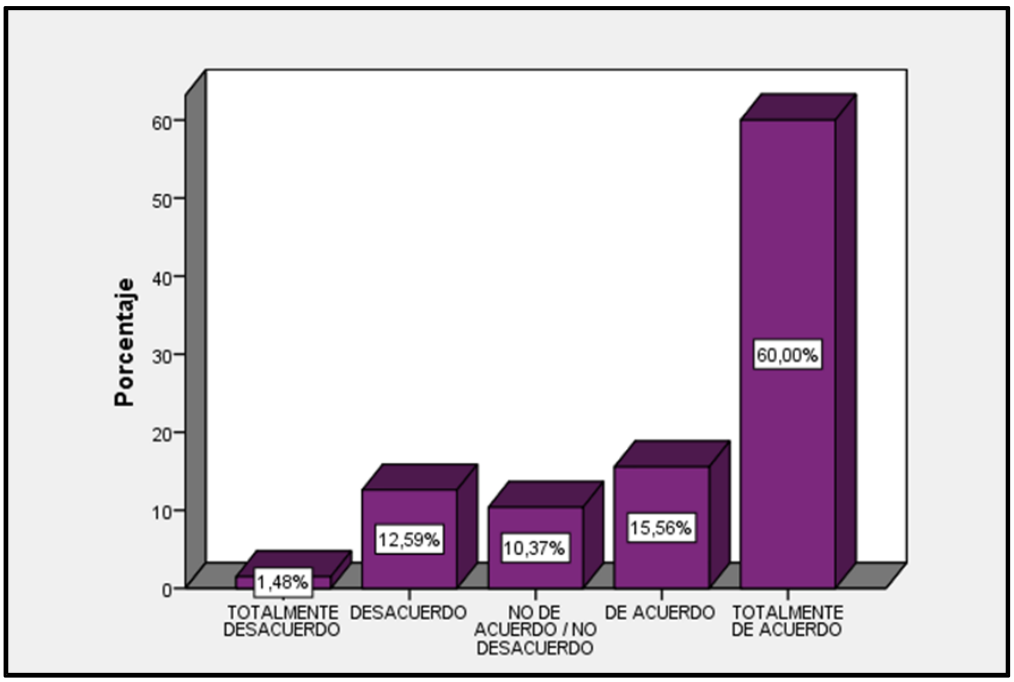

Figura 6 Los resultados obtenidos a la pregunta: Creen que la presencia de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento notarial atenta contra el principio de confidencialidad de dicho acto, arrojó lo siguiente: El 60,00% estuvo totalmente de acuerdo con la medida de la pregunta; el 15,56% estuvo de acuerdo; el 10,37% no estuvo de acuerdo ni en desacuerdo; el 12,59% estuvo en desacuerdo y el 1,48% estuvo totalmente en desacuerdo.

Fuente: *Cuestionario aplicado a la comunidad especializada en materia Notarial de*

TABLA 7: Obstáculo para que la gente teste.

¿Considera Ud. que la participación obligatoria de los testigos instrumentales se ha convertido en un obstáculo para que la gente teste?

	Frecuencia	Porcentaje
TOTALMENTE DESACUERDO	2	1,5
DESACUERDO	20	14,8
NO DE ACUERDO / NO DESACUERDO	7	5,2
DE ACUERDO	47	34,8
TOTALMENTE DE ACUERDO	59	43,7
Total	135	100,0

Fuente: *Cuestionario aplicado a la comunidad especializada en materia Notarial Chiclayo 2018*

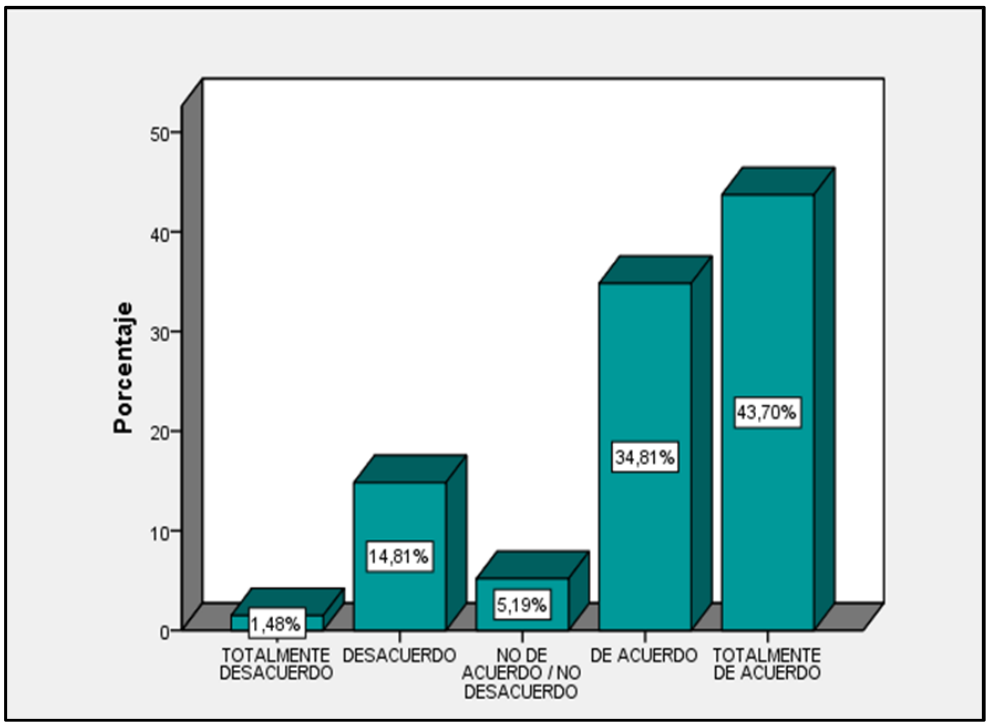

Figura 7: Los resultados obtenidos a la pregunta: Consideran que la participación obligatoria de los testigos instrumentales se ha convertido en un obstáculo para que la gente teste, arrojó lo siguiente: El 43,70% estuvo totalmente de acuerdo con la medida de la pregunta; el 34,81% estuvo de acuerdo; el 5,19% no estuvo de acuerdo ni en desacuerdo; el 14,81% estuvo en desacuerdo y el 1,48% estuvo totalmente en desacuerdo.

Fuente: *Cuestionario aplicado a la comunidad especializada en materia Notarial de Chiclayo 2018.*

TABLA 8: Libre capacidad legal para testar.

¿Cree Ud. que con el requisito de los testigos instrumentales para la elaboración de un testamento notarial se esté atentando contra la libre capacidad legal para testar?

	Frecuencia	Porcentaje
TOTALMENTE DESACUERDO	1	0,7
DESACUERDO	10	7,4
NO DE ACUERDO / NO DESACUERDO	6	4,4
DE ACUERDO	39	28,9
TOTALMENTE DE ACUERDO	79	58,5
Total	135	100,0

Fuente: *Cuestionario aplicado a la comunidad especializada en materia Notarial Chiclayo 2018*

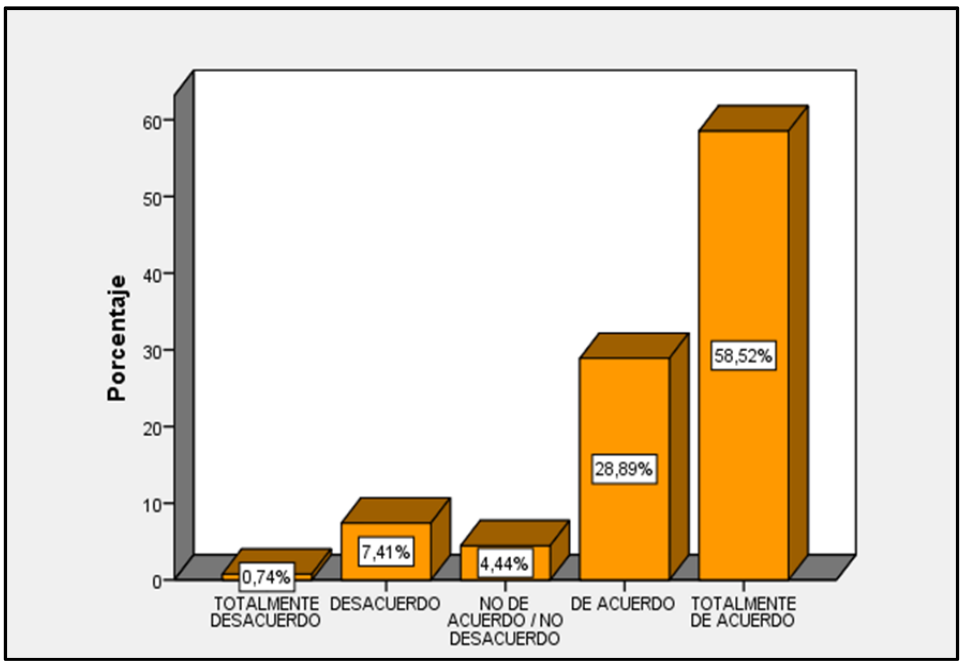

***Figura 8*:** Los resultados obtenidos a la pregunta: Creen que con el requisito de los testigos instrumentales para la elaboración de un testamento notarial se esté atentando contra la libre capacidad legal para testar, arrojó lo siguiente: El 58,52% estuvo totalmente de acuerdo con la medida de la pregunta; el 28,89% estuvo de acuerdo; el 4,44% no estuvo de acuerdo ni en desacuerdo; el 7,41% estuvo en desacuerdo y el 0,74% estuvo totalmente en desacuerdo.

Fuente: *Cuestionario aplicado a la comunidad especializada en materia Notarial Chiclayo 2018.*

TABLA 9: Libre disposición de bienes

¿Cree Ud. que, con el requisito de los testigos instrumentales para la elaboración de un testamento notarial, se esté atentando contra la libre disposición de sus bienes?

	Frecuencia	Porcentaje
TOTALMENTE DESACUERDO	1	0,7
DESACUERDO	15	11,1
NO DE ACUERDO / NO DESACUERDO	8	5,9
DE ACUERDO	46	34,1
TOTALMENTE DE ACUERDO	65	48,1
Total	135	100,0

Fuente: *Cuestionario aplicado a la comunidad especializada en materia Notarial Chiclayo 2018*

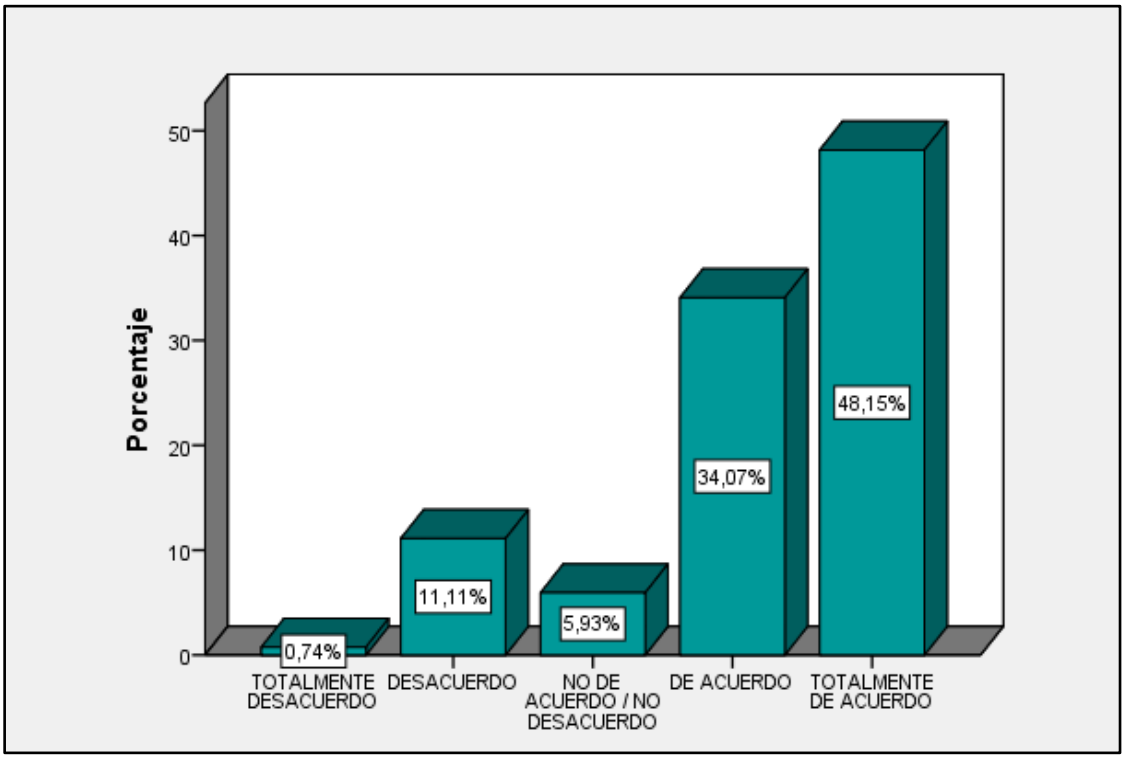

Figura 9: Los resultados obtenidos a la pregunta: Creen que, con el requisito de los testigos instrumentales para la elaboración de un testamento notarial, se esté atentando contra la libre disposición de sus bienes, arrojó lo siguiente: El 48,15 estuvo totalmente de acuerdo con la medida de la pregunta; el 34,07% estuvo de acuerdo; el 5,93% no estuvo de acuerdo ni en desacuerdo; el 11,11% estuvo en desacuerdo y el 0,74% estuvo totalmente en desacuerdo.

Fuente: *Cuestionario aplicado a la comunidad especializada en materia Notarial Chiclayo 2018.*

TABLA 10: Modificatoria del Art. 696 del Código Civil

¿Está de acuerdo en que debería modificarse el Art. 696 del código civil, a fin de que la participación de los testigos instrumentales no sea un requisito obligatorio para la elaboración de un testamento notarial, si no que esto sea a solicitud del testador?

	Frecuencia	Porcentaje
DESACUERDO	26	19,3
NO DE ACUERDO / NO DESACUERDO	7	5,2
DE ACUERDO	19	14,1
TOTALMENTE DE ACUERDO	83	61,5
Total	135	100,0

Fuente: *Cuestionario aplicado a la comunidad especializada en materia Notarial Chiclayo 2018*

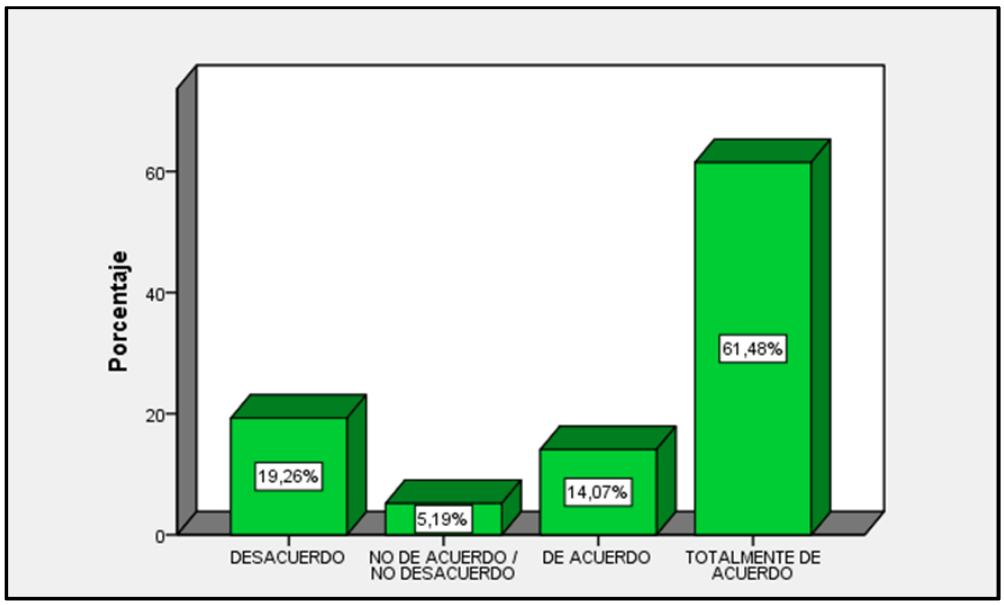

Figura 10: Los resultados obtenidos a la pregunta: Están de acuerdo en que debería modificarse el Art. 696 del código civil, a fin de que la participación de los testigos instrumentales no sea un requisito obligatorio para la elaboración de un testamento notarial, si no que esto sea a solicitud del testador, arrojó lo siguiente: El 61,48 estuvo totalmente de acuerdo con la medida de la pregunta; el 14,07% estuvo de acuerdo; el 5,19% no estuvo de acuerdo ni en desacuerdo y el 19,26% estuvo en desacuerdo.

Fuente: *Cuestionario aplicado a la comunidad especializada en materia Notarial Chiclayo 2018.*

3.2. Discusión de resultados

La presente investigación se consolida por los resultados alcanzados por los informantes, la misma que está basada en la manifestación de la voluntad del testador respecto a la participación de los testigos instrumentales para elaborar testamentos por escritura pública y su modificatoria del artículo 696 del código civil; donde tenemos que:

Mamani (2011), En su tesis denominada "La necesidad de modificar la ley del notariado del 5 de marzo de 1858, con relación a los testigos instrumentales y de conocimiento", llegó a la siguiente conclusión: Los que sostienen la supresión de los testigos instrumentales y de conocimiento, califican a estos testigos instrumentales de agentes inconscientes, como dependientes del Notario o de instrumento pasivos, que solo servían y sirven para dar un vano aparato al acto a que concurren y a quienes no se les exige condiciones rigurosas. Asimismo, manifiesta que, si se mantuvieran a los testigos instrumentales y de conocimiento en los actos notariales, el Notario quedará reducido a un mero custodio de los documentados que se hallan en su archivo y en tal supuesto solo podrá dar certificación de ellos, pero no de fe notarial", en suma, se propugna la no participación de los testigos, porque como sabemos la "Fe Publica Notarial", es indivisible.

Esta investigación se consolida con la tabla Nº 1, la misma que hace referencia a la siguiente interrogante: ¿Considera que es necesaria la participación de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento, si el Notario es el que da fe de la capacidad, conocimiento y libertad del otorgante?, obteniéndose como resultados lo siguiente: el 28,15% y 30,37% se encuentran en desacuerdo y totalmente desacuerdo respectivamente, en que se requiera la participación de los testigos instrumentales en la elaboración del testamento por escritura pública, toda vez que el Notario es el que da fe de la capacidad, conocimiento y libertad del testador, con lo cual se determina la irrelevancia de este requisito.

Asimismo dicha tesis, guarda relación con la siguiente interrogante de la tabla Nº 3, realizada a los entrevistados en la presente investigación: ¿Creen que

se le estaría considerando al notario público un profesional indigno de confianza al requerir testigos instrumentales para dar seguridad jurídica del testamento?; obteniéndose como resultado que el 65,19% estuvo totalmente de acuerdo con la medida de la pregunta, concluyéndose que de seguir considerándose a los testigos instrumentales un requisito obligatorio para la elaboración de un testamento por escritura pública, se le estaría considerando al notario público un profesional indigno de confianza.

Lo que a su vez está relacionado con la interrogante signada en la tabla Nº 5, referente a que: ¿Considera Ud. que al requerir testigos instrumentales en la elaboración de un testamento notarial se estaría vulnerando la fe pública del notario?, obteniendo los siguientes resultados: el 16,30% y 58,52% estuvieron de acuerdo y totalmente de acuerdo respectivamente con dicha interrogante, toda vez que como ya sabemos, quien da fe de los actos es el notario y no los testigos, dado que la "Fe Publica Notarial", es indivisible.

Ardón (2014). En su tesis titulada "Efectos que se producen cuando el notario establece a su juicio la capacidad mental y volitiva del testador para autorizar el testamento", llegó a la siguiente conclusión: El notario es responsable de la construcción técnica del instrumento público del cual es su verdadero creador, solo una actuación conforme a las normas deontológicas éticas y jurídicas harán merito a la excelencia profesional y a la confianza que le ha sido depositada por el Estado. Es el notario como profesional del derecho a quien por disposición legal le corresponde determinar la capacidad mental y volitiva del testador requerida en la autorización del testamento común abierto como requisitos esenciales para su validez. Es la capacidad para testar la que corresponde a toda persona que tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento con arreglo a las disposiciones legales.

Consolidando nuestra investigación con la tabla Nº 4, la misma que hace referencia a la siguiente interrogante: ¿Considera Ud. que debería ser válida la declaración de voluntad del testador con la sola protocolización del acto por parte del Notario?, obteniéndose como resultados lo siguiente: el 24,44% y el 62,22% estuvieron de acuerdo y totalmente de acuerdo con la medida de la pregunta; toda vez que el notario es el responsable de la construcción técnica del

instrumento público del cual es su verdadero creador, solo una actuación conforme a las normas deontológicas éticas y jurídicas harán merito a la excelencia profesional y a la confianza que le ha sido depositada por el Estado (fe pública).

Asimismo dicha investigación se ve reflejada en la interrogante de la tabla 8, referente a que: ¿Cree Ud. que con el requisito de los testigos instrumentales para la elaboración de un testamento notarial se esté atentando contra la libre capacidad legal para testar?, en donde obtuvimos el siguiente resultado: el 28,89% y el 58,52% estuvieron de acuerdo y totalmente de acuerdo con la medida de la pregunta; en donde se establece que con dicho requisito de los testigos instrumentales si se estaría atentando contra la libre capacidad legal para testar, siendo que dicha capacidad le corresponde a toda persona que tiene la facultad de disponer de sus bienes.

Casanueva (2014), En su tesis titulada "Análisis legal y jurisprudencial en el ordenamiento civil común español de la categoría jurídica de la nulidad parcial del testamento", llegó a la siguiente conclusión: El testamento es un negocio jurídico unilateral, pues las partes que intervienen en él se reducen a una sola: el testador, que es quien hace uso de la autonomía de la voluntad que le corresponde, en este caso de cara a organizar su sucesión.

Esta investigación se consolida con la tabla Nº 2, la misma que hace referencia a la siguiente interrogante: ¿Considera Ud. que deba tenerse en cuenta la voluntad del testador en decidir si desea prescindir de la participación de los testigos instrumentales para la elaboración del testamento por escritura pública?, obteniéndose como resultados lo siguiente: el 17,78% y el 55,56% estuvieron de acuerdo y totalmente de acuerdo con la medida de la pregunta, lo que coincide con la investigación de Casanueva descrita en el párrafo anterior, en la que refiere que el testamento es un negocio jurídico unilateral, pues las partes que intervienen en él se reducen a una sola: el testador, por lo tanto resulta necesario tener en cuenta la voluntad de este testador de decidir si desea prescindir o no de la participación de los testigos en la elaboración de su testamento.

De igual forma, esta investigación se consolida con la tabla Nº 7, la misma que hace referencia a la siguiente interrogante: ¿Considera Ud. que la participación obligatoria de los testigos instrumentales se ha convertido en un obstáculo para que la gente teste?, obteniéndose como resultados lo siguiente: el 34,81% y el 43,70% estuvieron de acuerdo y totalmente de acuerdo con la medida de la pregunta, y basándose en que el testamento en un acto unilateral, tenemos que la participación obligatoria de los testigos instrumentales es innecesaria , convirtiéndose así en un obstáculo para que la gente teste.

Jiménez (2014). En su tesis titulada "Causas de la inaplicación del testamento por escritura pública en la sucesión mortis causa huacho 2011-2015", llegó a la siguiente conclusión: Asimismo cabe resaltar que mediante otorgamiento de testamento no sólo se puede disponer de los bienes sino también se puede realizar actos jurídicos que pueden ser totalmente ajenos a una disposición de bienes. Así tenemos por citar casos como: el nombramiento de tutor, el reconocimiento de hijos extramatrimoniales, entre otros.

Esta investigación se consolida con la tabla Nº 9, la misma que hace referencia a la siguiente interrogante: ¿Cree Ud. que, con el requisito de los testigos instrumentales para la elaboración de un testamento notarial, se esté atentando contra la libre disposición de sus bienes?, obteniéndose como resultados lo siguiente: el 34,07% y el 48,15% estuvieron de acuerdo y totalmente de acuerdo en que se está atentando contra la libre disposición de sus bienes, encontrándonos en la necesidad de subsanar esta vulneración, teniendo en cuanta que en el otorgamiento del testamento no sólo se puede disponerse de los bienes, sino también se realizan actos jurídicos que pueden ser totalmente ajenos a ello, tales como el nombramiento de tutor, el reconocimiento de hijos extramatrimoniales, entre otros.

Mayorga (2015). En su tesis titulada "Ejercicio de apertura y publicación del testamento cerrado. Reforma", llegó a la siguiente conclusión: El testamento es un acto jurídico, mediante el cual una persona dispone sus bienes, para que se cumpla su voluntad después de sus días, es decir cuando haya fallecido. El testamento se realiza en un escrito que solo conoce su contenido el otorgante,

razón por la cual debe ubicarse en un sobre cerrado, en cuya cubierta firmarán el notario y los testigos concurrentes.

Esta investigación se consolida con la tabla Nº 6, la misma que hace referencia a la siguiente interrogante: ¿Cree Ud. que la presencia de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento notarial atenta contra el principio de confidencialidad de dicho acto?, obteniéndose como resultados lo siguiente: el 15,56% y el 60,00% estuvieron de acuerdo y totalmente de acuerdo en que se está atentando contra la confidencialidad del testamento, toda vez que al requerir la presencia de testigos para la formulación del testamento por escritura pública, estas personas están tomando conocimiento del contenido del mismo, y por ende se pone en riesgo la confidencialidad del acto.

Teniendo en cuenta las investigaciones anteriormente descritas, así como las diversas interrogantes a los informantes, se llega a la conclusión que todas ellas consolidan a los resultados obtenidos en la tabla 10, cuya interrogante es la siguiente: ¿Está de acuerdo en que debería modificarse el Art. 696 del código civil, a fin de que la participación de los testigos instrumentales no sea un requisito obligatorio para la elaboración de un testamento notarial, si no que esto sea a solicitud del testador?, obteniéndose como resultados lo siguiente: el 14,07% y el 61,48% estuvieron de acuerdo y totalmente de acuerdo en que debería de modificarse el Art. 696 del código civil y lograr la presencia de testigos en la elaboración del testamento notarial sea únicamente a solicitud del otorgante.

3.3. Propuesta

Se propone un Proyecto de Ley a fin de modificar el artículo 696, inciso 1, del Código Civil, el cual tiene por objetivo tener en cuenta la manifestación de la voluntad del testador en la participación de los testigos instrumentales para la elaboración del testamento por escritura pública, siendo que dicha participación solo sea a solicitud del otorgante.

Por lo tanto, se plantea modificar el artículo 696 del Código Civil de la siguiente forma:

Actualmente estipula:

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.**

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.

3. Que el notario escriba el testamento de su puño y letra, en su registro de escrituras públicas.

4. Que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, los testigos y el notario.

5. Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario que éste elija.

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 asentimiento u observaciones a través de ajustes razonables o apoyos en caso lo requiera.

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.

8. Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto".

9. Que, en los casos en que el apoyo de la persona con discapacidad sea un beneficiario, se requiere el consentimiento del juez.

Proyecto de Ley:

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 y el notario y los testigos hábiles, **quedando este último a voluntad del testador, salvo en los casos que el testador sufra de algún tipo de discapacidad, en donde su participación será requisito obligatorio.**

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.

3. Que el notario escriba el testamento de su puño y letra, en su registro de escrituras públicas.

4. Que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, los testigos y el notario.

5. Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario que éste elija.

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 asentimiento u observaciones a través de ajustes razonables o apoyos en caso lo requiera.

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.

8. Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto".

9. Que, en los casos en que el apoyo de la persona con discapacidad sea un beneficiario, se requiere el consentimiento del juez.

CODIGO CIVIL VIGENTE	PROYECTO DE LEY
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. 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. 3. Que el notario escriba el testamento de su puño y letra, en su registro de	**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 y el notario y los testigos hábiles, **quedando este último a voluntad del testador, salvo en los casos que el testador sufra de algún tipo de discapacidad, en donde su participación será requisito obligatorio.** 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

3.4. Conclusiones

- Como resultado de la realización de la presente investigación quedo demostrado que resulta necesario proponer un proyecto de ley para obtener la modificatoria del artículo 696 del código civil y modificar la participación obligatoria de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento por escritura pública, a fin de lograr que la presencia de testigos en la elaboración del testamento notarial sea únicamente a solicitud del otorgante.

- El estado actual de la participación obligatoria de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento por escritura pública en el Perú, radica en la de un simple espectador del acto, toda vez que la persona que da fe del acto es el Notario Público, convirtiéndose de dicha manera en un obstáculo para que la gente teste, atentándose con su presencia contra la libre capacidad de testar y la libre disposición de bienes.

- El factor influyente para la participación obligatoria de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento por escritura pública en el Perú, es el requisito de solemnidad del acto, la cual está referida a la obligación de cumplir con todas las formalidades exigidas por ley para la elaboración del testamento, requisitos que necesariamente deben cumplirse,
- dado que su inobservancia genera nulidad absoluta del acto.

- Se ha diseñado el Proyecto de Ley a fin de modificar el artículo 696, inciso 1, del Código Civil, el cual tiene por objetivo tener en cuenta la manifestación de la voluntad del testador en la participación de los testigos instrumentales para la elaboración del testamento por escritura pública,
- siendo que dicha participación solo sea a solicitud del otorgante.

- Como resultado de la modificatoria del artículo 696 de Código Civil para modificar la participación obligatoria de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento por escritura pública en el Perú, tenemos que aumentará el número de testadores, se lograra una mayor confidencialidad del acto, disminuirá el número de procesos judiciales por sucesiones intestadas y se le ratificara la fe pública al notario.

3.5. Recomendaciones:

- Se recomienda tener en cuenta este trabajo de investigación a fin de que sirva de iniciativa para lograr presentar un Proyecto de Ley para obtener la modificatoria del artículo 696 del código civil, inc. 1, agregándose que la presencia de los testigos instrumentales solo sea a solicitud del testador.

- Analizar y discutir el estado actual de la participación obligatoria de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento por escritura pública en el Perú.

- Evaluar los factores influyentes para la participación obligatoria de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento por escritura pública en el Perú, toda vez que en la actualidad dicha participación radica en el mero cumplimiento de las formalidades del acto, toda vez que el notario es el que da la fe pública, y esta es indivisible.

- Elaborar un Proyecto de Ley para modificar el artículo 696 (formalidades del testamento), inciso 1, del Código Civil, a fin de que la participación de los testigos instrumentales en la elaboración del testamento por escritura pública sea a solicitud del testador y no un requisito obligatorio, salvo en los casos que el testador sufra de algún tipo de discapacidad.

- Lograr la modificatoria del artículo 696 de Código Civil, con lo que se aumentará el número de testadores, se logrará una mayor confidencialidad del acto, disminuirá el número de procesos judiciales por sucesiones intestadas y se le ratificara la fe pública al notario.

BIBLIOGRAFÍA

Acedo, A. (2014). Derecho de Sucesiones: Herencia y Testamento". Editorial Dykinson. Madrid.

Aguilar, B. (2014). Derecho de Sucesiones. Primera Edición. Lima. Recuperado desde: https://issuu.com/edicioneslegales.com.pe/docs/derecho_de_sucesiones

Alarcón, G. y Solís, J. (1996). Derecho Notarial. Lima. Recuperado desde: https://issuu.com/publicacionmodelo/docs/libro_de_derecho_notarial

Alarcón, L. (2014) El testamento según nuestro Código Civil Peruano. Disponible en http://www.monografias.com/trabajos28/testamento-peru/testamento-peru.shtml

Amado, E. (2016). Derecho De Sucesiones. Tomo II. Ediciones Legales. Perú.

Ambroise, H. (2004) Derecho Civil Testamento y clases especiales de liberalidades, Costa Rica: Jurídica Universitaria.

Aspud, M. (2001). Temas de Derecho Notarial. Quinta Edición. Ilustre Colegio Notarial de Granada. Granada.

Ardón, Z. (2014). *Efectos que se producen cuando el notario establece a su juicio la capacidad mental y volitiva del testador para autorizar el testamento común abierto.* (Tesis para optar el grado de Abogada y Notaria, Universidad de San Carlos de Guatemala). Recuperado de:

http://biblioteca.oj.gob.gt/digitales/41152.pdf

Arce, Javier. Derecho de Sucesiones. Séptima edición. Disponible en https://es.scribd.com/doc/305857777/De-las-Sucesiones-Jose-Arce-y-Cervantes-rtf

Arias, M. (1995). Exégesis Del Código Civil Peruano. Gaceta Jurídica. Lima.

Barandiaran, J. (2002). Tratado de Derecho Civil. Gaceta Jurídica. Lima.

Becerra, E. (1996). El notariado latino y la seguridad jurídica. Colegio de Notario de Lima. Lima.

Bellido, L. (2009) .Reconocimiento de derechos sucesorios a las uniones de hecho declaradas judicial o notarialmente. Chiclayo. Disponible en file:///C:/Users/Isabel/Downloads/389-3796-1-PB.pdf

Biblioteca Jurídica Virtual Del Instituto De Investigaciones Jurídicas De La Unam. El Testamento. Disponible en https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3771/2.pdf

Bolás, J. (2000). Firma electrónica, comercio electrónico y fe pública notarial. Revista Jurídica del Notariado, Nº 26.

Borda, G. (1994). Tratado de Derecho Civil: Sucesiones. Tomo II. Editorial Abeledo - Perrot.

Bulnes, M. (2015). Transferencia de participaciones mortis causa a favor de los sucesores en la sociedad civil de responsabilidad limitada: un análisis desde el derecho sucesorio. Disponible en http://www.usat.edu.pe/files/revista/ius/2015-I/paper01.pdf

Cabanillas, A. (2002) Estudios Jurídicos En Homenaje al profesor Luis Diez Canseco. Thomson Civitas. Lima.

Calderón, A. (2001). Lecciones de Derecho Hereditario. Editorial UNAB. Colombia.

Carmona, Marco. (2014). Los derechos sucesorios en las uniones de hecho y las causas de desheredación. Disponible http://revistas.uss.edu.pe/index.php/tzh/article/viewFile/270/290

Carpio, A. Derecho Notarial. Editorial San Marcos. Lima

Casanueva, I. (2014). Análisis legal jurisprudencial en el ordenamiento civil común español de la Categoría de la nulidad parcial del testamento. (Para optener el grado de Doctor, Universidad de Extramadura). Recuperado de:

http://biblioteca.unex.es/tesis/8477237624.pdf

Castillo, Luis. (2017). Breve Historia del Derecho Notarial. Segunda Edición. Lima. Disponible en:

https://issuu.com/danielporles/docs/breve_historia_del_derecho_notarial

Canil, A. Los Testamentos y el Nuevo Código Civil y Comercial. Colegio de Escribanos de Catamarca. Argentina. Disponible en http://www.escribanoscatamarca.com.ar/index.php/publicaciones/17-los-testamentos-y-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial

Centro De Información Jurídica En Línea. Testigos de conocimiento Testigos Instrumentales e Interpretas en el Derecho Notarial. Disponible en file:///C:/Users/d/Downloads/testigos_de_conocimiento_testigos_instrumentales_e_interpretes_en_el_derecho_notarial.%20(1).pdf

Código Civil Comentado. (2010). Derecho de Sucesiones. Tomo IV. Editorial Gaceta Jurídica. 3° Edición. Lima.

Coello, C. (2011). Revista Jurídica. Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Disponible en:

http://www.revistajuridicaonline.com/2007/07/el-notario-pblico-funcin-y-desarrollo-histrico/

Cornejo, A. (2001). Derecho Registral. Editorial Astrea. Argentina.

Domínguez, R. (1990). Derecho Sucesorio. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile. 1era Edición. Chile.

Echecopar, L. (1999). Derecho de Sucesiones. Gaceta Jurídica. Perú

El Notario. (2005). Libertad de Testar. Hacia una solución justa y equilibrada.

Disponible en:

http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-2/3371-libertad-de-testar-hacia-una-solucion-justa-y-equilibrada-0-747536617096082

Estrada, J. (2013). Separata de apuntes de cátedra del Curso de Derecho de Sucesiones. Civil VII. Universidad Privada Antenor Orrego. Trujillo.

Fernández, C. (2014) Manual de Derecho de Sucesiones. 1era Edición.

Ferrero, Augusto (2002) Tratado de Derecho de Sucesiones. Lima – Perú: GRIJLEY.

Ferreira, M. (1993). La idoneidad de los testigos en los testamentos. Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valladolid. Núm. 617.España.Disponible https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/idoneidad-testigos-testamentos-325824

Fernández, B (1995). Derecho Notarial. Setima Edición. Editorial Porrúa. México

Flores, O. (2011). Clases De Testamentos. Guatemala. Disponible en http://biblio3.url.edu.gt/Tesis/2011/07/01/Flores-Olivia.pdf

Faus, M. Concepto, Naturaleza y Contenido del Testamento. Disponible en http://vlex.com/vid/concepto-naturaleza-contenido-testamento-226990

Galarza, C. (2016). La incorporación al Código Civil de nuevas formas tecnológicas de soporte audiovisual para el otorgamiento del testamento en el Perú". Lima. Disponible en http://repositorio.uwiener.edu.pe/bitstream/handle/123456789/340/T061_47420352_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Gonzales, G (2011). Derecho notarial. Ediciones Legales. Lima-Perú

Gonzales, G. (2000).El Principio de Fe Pública Registral: Una necesaria aclaración. En: Temas de Derecho Registral. Ediciones Legales. 1ra Edición, Lima.

Gonzales, G y Ochoa, J. (2011). Derecho Notarial: Temas Actuales. Ediciones Legales. Lima.

Gonzales, J. (2014). Manual de Derecho Registral y Notarial. Primera Edición. Lima. Disponible en:

https://issuu.com/edicioneslegales.com.pe/docs/registral_hoy

Guzmán, R. (2017). Aportes de la Tecnología al Notariado y a la Seguridad Jurídica. Lima. Disponible en: http://www.derecho.usmp.edu.pe/instituto/articulos_2016/tecnologia.pdf

Guzmán, S. (2003). Derecho Notarial .Volumen II. Editorial Colorgraf. Bolivia.

Ibort, I. (2016). La libertad de testar en Cataluña. Disponible en file:///C:/Users/HOUSE/Downloads/Mem%C3%B2ria%20(1).pdf

La Ferrieri, A. (2008). Uso de Derecho Notarial. Primera Edición. Disponible en https://issuu.com/jorgealejandrozelaya/docs/manual_de_derecho_notarial

La Ley. Prescindir de los testigos en el testamento por escritura pública. Gaceta Jurídica. Disponible en http://laley.pe/not/3801/no-seria-necesaria-presencia-de-testigos-en-el-testamento-por-escritura-publica

Lohmann, J. (2002).Derecho de sucesiones. Sucesión testamentaria. Fondo Editorial. PUCP. Lima.

Lohmann, J. (2010). Código Civil Comentado .Tomo IV. Tercera Edición. Gaceta Jurídica S.A. Lima.

Pérez, L. Estructura del instrumento público notarial: una aproximación desde el Derecho español y el Derecho cubano. Facultad de Derecho Universidad de La Habana.

Puig, F. (1976). Compendio de Derecho Civil Español. Tomo VI. Madrid: Ediciones Piramide S.A.

Mallqui, M. (2015). Consideraciones generales sobre la importancia del derecho notarial en el Perú". Disponible en http://www.usat.edu.pe/files/revista/ius/2015-I/paper08.pdf

Moler, K. (2017). Análisis comparativo de los límites jurídicos en la libertad de disposición testamentaria del código civil peruano y el common law. Arequipa.

Morales, H. (2011). El Contenido Del Testamento. Guatemala. Disponible en http://biblio3.url.edu.gt/Tesis/2011/07/01/Morales-Heidi.pdf

Mamani, A. (2011). *La necesidad de modificar la Ley del Notariado con relación a los testigos instrumentales*. Universidad mayor de San Marcos.

Núñez, G (2011). El Decreto Legislativo 1049 y la sentencia del Tribunal Constitucional. Gaceta Jurídica, Lima-Perú.

Núñez, G (2015). Comentarios a la ley del notariado. Gaceta notarial, Lima-Perú.

Ortiz, R. (2003). Los artículos 141 y 141-A del Código Civil y la firma digital". Lima-Perú. Recuperado de:

http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/123456789/597/MENDOZA_LUNA_AMILCAR_LOSARTICULOS.pdf?sequence=7

Ortiz, R. (2000). Supresión de Testigos Instrumentales. Revista de Derecho Notarial. México. Recuperado de:

https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv

Pérez, B. (1995). Derecho Notarial. Setima Edición. México.

Pérez, L. (2010).El Derecho de sucesiones en Iberoamérica: Tensiones y retos. Editorial Temis S.A.

Pérez, L. (2004). El acto jurídico testamentario contenido e interpretación. Pontificia Universidad Javeriana Bogotá. Colombia.

Rodríguez, A. (1996). Formación del instrumento público. Validez, eficacia y libre circulación del negocio jurídico así documentado, incluso en las relaciones de Derecho Internacional Privado. Estudios Jurídicos III. Consejo General del Notariado Español. Madrid.

Rodríguez, Antonio (2000). La firma electrónica. Revista de Derecho Privado. Madrid.

Semanario Judicial De La Federación. Testamentos, Testigos Instrumentales y de Identidad .Volumen CXXIX. México. Disponible en http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/269/269370.pdf

Sotomayor, C. Función Notarial – Concepto e Importancia. Editorial Gráfica Bilitz S.A. Perú.

Tambini, M. (2006) Manual de Derecho Notarial. Lima - Perú, Editorial Nomos & Thesis. Lima.

Torres, F. Escritura Pública. Disponible en ipc.pe/inmobiliario2011/ESCRITURA%20PUBLICA%20AGENTE.doc

Vidal, F. (2013). La Interpretación del Acto Testamentario". Lima: Revista Oficial del Poder Judicial.

Zambrano, V. Sucesiones Y Testamentos en el Derecho Internacional Privado. Revista de la Pontificia Universidad Católica. Disponible en revistas.pucp.edu.pe/index.php/agendainternacional/article/download/7137/7337

Zannoni, E. (2010) .Manual de Derecho de las Sucesiones. 5ª edición actualizada y ampliada, 2ª reimpresión. Editorial Astrea.

ANEXOS

1.- MATRIZ DE CONSISTENCIA

<table>
<tr><th>TÍTULO</th><th>PROBLEMA</th><th>OBJETIVOS</th><th>HIPÓTESIS</th><th>VARIABLES</th><th>DIMENSIONES</th><th>TIPO Y DISEÑO DE INVESTIGACIÓN</th><th>POBLACIÓN Y MUESTRA</th></tr>
<tr>
<td rowspan="5">Manifestación de voluntad del testador respecto a los testigos instrumentales para elaborar testamentos por escritura pública y su modificatoria del Articulo 696 del Código Civil.</td>
<td rowspan="5">¿Cómo modificar la participación obligatoria de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento por escritura pública en el Perú?</td>
<td><u>GENERAL:</u>

Proponer la modificatoria del art. 696° del Código Civil para modificar la participación obligatoria de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento por escritura pública en el Perú</td>
<td rowspan="5">La modificatoria del art. 696° del Código Civil modificaría la participación obligatoria de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento por escritura pública en el Perú</td>
<td rowspan="3">Independiente:

LA MODIFICATORIA DEL ART. 696° DEL CÓDIGO CIVIL</td>
<td>testador</td>
<td rowspan="5">Tipo de investigación.-

Mixto.

Diseño de investigación.-

No experimental
Explorativa
Descriptiva
Explicativo.</td>
<td rowspan="5">Población. el 5 % de abogados especialistas en derecho notarial pertenecientes al ICAL resultando ser 412

Muestra. después de aplicar la fórmula correspondiente como muestra resulta 133 abogados especialistas

Unidad de Estudio. Individuos vinculado al derecho Notarial</td>
</tr>
<tr>
<td><u>ESPECÍFICOS:</u>

1.-Diagnosticar el estado actual de la participación obligatoria de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento por escritura pública en el Perú

2.-Identificar los factores influyentes en la participación obligatoria de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento por escritura pública en el Perú</td>
<td>notario</td>
</tr>
<tr>
<td>la fe pública notarial</td>
</tr>
<tr>
<td>Confidencialidad del acto</td>
<td rowspan="2">Dependiente:
LA PARTICIPACIÓN OBLIGATORIA DE LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES EN LA ELABORACIÓN DE UN TESTAMENTO POR ESCRITURA PÚBLICA</td>
</tr>
<tr>
<td>3.-Diseñar la modificatoria del art. 696° del Código Civil para modificar la participación de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento por escritura pública en el Perú

4.-Estimar los resultados que generará la modificatoria del art. 696° del Código Civil para modificar la participación obligatoria de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento por escritura pública en el Perú</td>
<td>Capacidad para comparecer como testigo</td>
</tr>
</table>

2.- ENCUESTA

UNIVERSIDAD SEÑOR DE SIPÁN

"MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD DEL TESTADOR RESPECTO A LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES PARA ELABORAR TESTAMENTOS POR ESCRITURA PÚBLICA Y SU MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 696 DEL CÓDIGO CIVIL."

La presente encuesta tiene como finalidad recopilar información importante sobre el tema de investigación**: "MANIFESTACIÓN DE VOLUNTAD DEL TESTADOR RESPECTO A LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES PARA ELABORAR TESTAMENTOS POR ESCRITURA PÚBLICA Y SU MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 696 DEL CÓDIGO CIVIL"**; al respecto se le sugiere que en los enunciados que a continuación se acompaña marque con una "X" la opción que usted desee conveniente.

1.- TOTALMENTE EN DESACUERDO; **2.- DESACUERDO;**
3.- NO DE ACUERDO/ NO DESACUERDO **4.- DE ACUERDO;**

5.- TOTALMENTE DE ACUERDO

MODIFICATORIA DEL ART. 696° DEL CÓDIGO CIVIL	TD	D	NA/ND	A	TA
NOTARIO	1	2	3	4	5
1.- ¿Está de acuerdo en que debería modificarse el Art. 696 del código civil, a fin de que la participación de los testigos instrumentales no sea un requisito obligatorio para la elaboración de un testamento notarial, si no que esto sea a solicitud del testador?					
2.- ¿Considera relevante la participación de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento notarial por escritura pública?					
3.- ¿Cree Ud. que, con el requisito de los testigos instrumentales para la elaboración de un testamento notarial, se esté atentando contra la libre disposición de sus bienes?					
4.- ¿Cree Ud. que si se mantuvieran a los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento notarial, el Notario quedaría reducido a un mero custodio de los documentos que se hallan en sus archivos?					

5.- ¿Cree Ud. que es imprescindible la intervención de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento notarial por escritura pública?					
6.- ¿Considera Ud. que son complejos los requisitos exigidos por la normatividad vigente para elaborar un testamento por escritura pública?					
LA FE PÚBLICA NOTARIAL					
7.- ¿El Notario, es el profesional del derecho que está autorizado para dar fe de los actos y contratos que ante él se celebran?					
8.- ¿Considera Ud. que es necesario los testigos si el Notario es el que da fe de la capacidad, conocimiento y libertad del otorgante?					
9.- ¿Está de acuerdo que este contemplado en el Código Civil y en la Ley del Notariado la participación obligatoria de los testigos instrumentales en un testamento, si la persona que da fe del acto es el notario?					
10.- ¿Considera Ud. que al requerir testigos instrumentales en la elaboración de un testamento notarial se estaría vulnerando la fe pública del notario?					
11.- ¿Cree Ud. que los testigos instrumentales permiten asegurar la libertad y la seguridad jurídica del testamento?					
12.- ¿Cree Ud. que se le estaría considerando al notario público un profesional indigno de confianza al requerir testigos instrumentales para dar seguridad jurídica del testamento?					
13.- ¿Considera Ud. que debería ser válida la declaración de voluntad del testador con la sola protocolización del acto por parte del Notario?					
EL TESTADOR					
14.- ¿Considera Ud. que si el testador se encuentra en pleno uso de sus capacidades físicas y/o mentales, sea necesaria la presencia obligatoria de los testigos instrumentales para la elaboración de su testamento notarial por escritura pública?					
15.- ¿Considera Ud. que los testadores presentan sus testigos por voluntad propia al solicitar la elaboración de su testamento notarial por escritura pública?					
16.- ¿Considera Ud. que deba tenerse en cuenta la voluntad del testador en decidir si desea prescindir de la participación de los testigos instrumentales para la elaboración del testamento por escritura pública?.					

17.- Cree Ud. que con el requisito de los testigos instrumentales para la elaboración de un testamento notarial se esté atentando contra la libre capacidad legal para testar?					
18.- ¿Cree Ud. que uno de los motivos por la cual la población no realiza su testamento por Escritura Pública, se deba a la presencia obligatoria de testigos instrumentales en la elaboración del mismo?					
19.- ¿Considera Ud. que la no obligatoriedad de los testigos instrumentales para la elaboración del testamento notarial por escritura Pública, evitaría al testador convencer a los testigos para que concurran al otorgamiento del mismo?					
20.- ¿Cree Ud. que el testador se ve obligado a ofrecer una bonificación económica a los testigos instrumentales a fin de que participen en la elaboración del testamento notarial?					
21.- ¿Considera Ud. que se deberían de simplificar los requisitos exigidos por la normatividad vigente para la elaboración de un testamento por escritura pública?					
LA PARTICIPACIÓN OBLIGATORIA DE LOS TESTIGOS INSTRUMENTALES EN LA ELABORACIÓN DE UN TESTAMENTO POR ESCRITURA PÚBLICA					
CONFIDENCIALIDAD DEL ACTO					
22.- ¿Cree Ud. que la presencia de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento notarial atenta contra el principio de confidencialidad de dicho acto?					
23.- ¿Cree Ud. que los testigos instrumentales guarden el secreto del contenido del acto notarial?					
24.- ¿Ud. cree que en la actualidad el contenido del testamento notarial por escritura pública sea totalmente confidencial?					
CAPACIDAD PARA COMPARECER COMO TESTIGO					
25.- ¿Considera usted que la participación de los testigos instrumentales en la elaboración de un testamento Notarial sea de forma espontánea y desinteresada, sin pretender un fin económico por su tiempo?					
26.- ¿Cree Ud. que la función de los testigos instrumentales en general, es la de presenciar la elaboración del testamento notarial, a fin de cumplir con los requisitos exigidos por ley?					
27.- ¿Considera Ud. que la participación obligatoria de los testigos instrumentales se ha convertido en un obstáculo para que la gente teste?					

28.- ¿Está de acuerdo en que los testigos instrumentales que participan en la elaboración del testamento por escritura pública, no deban ser pariente del testador hasta el cuarto grado de consanguinidad (primos hermanos) o segundo de afinidad (cuñados entre sí)?					
29.- ¿Considera Ud. Que El testador exprese por sí mismo su voluntad al disponer la repartición de sus bienes en presencia de dos testigos instrumentales?					
30.- ¿Considera Ud. que la Función del testigo instrumental en la elaboración del testamento notarial, queda limitada a la de un mero espectador?					