



Hablemos de la muerte: del puño gráfico al Google Meet La errática *ratio* legal en la Ley N.º 31338 que permite el uso de medios audiovisuales para confeccionar testamentos en sede notarial

Let's talk about death: From the handwriting to the Google Meet.
The erratic legal *ratio* in Law N.º 31338 that allows the use of audiovisual media
to draw up wills in a notarial headquarter

Nicolás Rojas Jurado^[*]

Apunte ud. señor escribano,
apunte ud. con la pluma en la mano^[**].

Alex Valle. El Testamento

Hasta el último día y hasta la última hora.

Soy un viejo solitario a quien nadie ama, enfermo, resentido y cansado de vivir.

Estoy preparado para el más allá; tiene que ser mejor que esto^[***].

John Grisham. El Testamento

Testamento es una de las cosas del mundo en que mas deben los homes haber cordura quando lo facen, et eso es por dos razones: la una porque en ellos muestran qual es la su postrimera voluntat, et la otra porque después que los han fecho, si se mueren, non pueden otra vez tornar a endeeszarlos nin a facerlos de cabo.

Partida VI, Alfonso X «El Sabio».

[*] Abogado por la UNMSM. Investigador independiente.

[**] De autor desconocido, es parte de un cancionero folclórico burlesco, una de sus versiones corresponde a la del actor nacional Alex Valle, véase: Canal discos terribles (24 de agosto del 2020). Alex Valle – El Testamento. Apunte Ud. Sr. escribano. [archivo de video]. <https://www.youtube.com/watch?v=vax0DkxEilw> (Consulta: 30 de noviembre del 2021).

[***] Grisham, John. El Testamento. (traducción de M. Antonia Menini). 1.ª reimpresión. Barcelona: Ediciones Grupo Zeta, p. 7.

Resumen: La Ley N.º 31338 modifica el Libro IV del Código Civil peruano, en el extremo de posibilitar que, en la confección de testamento por escritura pública, en adición a la exigencia de confección de puño gráfico, este pueda ser realizado también mediante auxilio de medios tecnológicos. El acto no solo es benigno sino inexorable, y nada tiene que ver con la *ratio* que lo sustenta: privilegiar su uso, bajando costos de confección.

Palabras clave: testamento, oralidad, costos, tecnología, escribanos.

Abstract: Law N.º 31338 modifies Book IV of the peruvian Civil Code, to the extent of making it possible that in the preparation of wills by public deed, in addition to the requirement of handwriting, it can also be done through the aid of technological means. The act is not only benign but inexorable, it has nothing to do with costs or with favoring the use of wills.

Key words: will, orality, cost, technology, notaries.

I. TESTAMENTO, EL VIEJO CONOCIDO

La práctica testamentaria se inició como acto jurídico, a la vez, como acto espiritual; ha sido instrumento ordenador, evangelizador, aparejador y ciertamente testimonial. Hoy constituye un referente para la genealogía, paleontografía, y es clave para el llamado estudio sobre mentalidades; considerado, además, una fuente histórica abierta para nuevas líneas de investigación, como por ejemplo, la posición social de la mujer a través de sus actos patrimoniales, junto a otras fuentes, como los registros parroquiales que permiten otear la memoria escrita y, con ello, cernir la intimidad de los grupos de poder y la élite de una época determinada. Los testamentos, como acto escribanil, ya no representan la buena muerte, su apogeo medieval pletórico de formalismos solo pueden entenderse a partir del contexto de alta religiosidad e instituciones hoy en *desuetudo*, como: capellanías, mandas, funciones, manos muertas, mayorazgos, censos, enfiteusis. El testamento, como oferta legal, hoy compite con la sucesión intestada, también llamada declaratoria de herederos; es decir, las reglas otorgadas por el sistema legal para los casos de los muertos intestados, que significan, para nuestro mercado local, aproximadamente el 90 % del universo de muertos. Las razones alternan entre formalidad, seguridad, desconfianza, deshonra y costos; y, sin

embargo, solo este último criterio (costo) ha servido para la construcción del texto legal que nos ocupa.

Como acto jurídico, fue y ahora lo es en menor grado, un vehículo estratégico de transmisión hereditaria y preservación patrimonial, una forma de establecer legados y privilegiar herederos, constituir albaceas, realizar actos sujetos a condición, y acaso reconocer hijos o deudas. El abanico no siempre fue restringido, pues con antelación se podía establecer mandas, cofradías, cláusulas pías, obras de caridad, cartas dotales, capellanías, etc. Exportado de occidente, las partidas de Alfonso X, «El Sabio», constituyeron por mucho tiempo las únicas reglas legales para su regulación; a su vez, esta concepción legal, aunado al interés de la iglesia por su difusión, fueron introducidas en estos lares por el virrey Francisco de Toledo (1575), así como por textos evangelizadores, que constituyeron la única forma de protección de patrimonio hasta la regulación de las reglas sucesoras del Código Civil en el siglo XIX. Es importante enfatizar que el concepto de patrimonio comprendió no solo los bienes raíces o dominiales, sino todo tipo de pertenencia, incluso la ropa, siendo que algunas de las prendas pasaban de generación en generación a modo de herencia. Ciertamente, hablamos hasta de marcadores de pertenencia de clase social, como número de criados,

biblioteca, esclavos, cuadros, reconocimiento de hidalguía, y hasta la simbólica bacínica (de plata) de la abuela^[1].

Como acto espiritual ha sido indistintamente una expresión de fragilidad, una forma de medir la intensidad de la religión, un intento por la supervivencia del linaje, un reflejo de cosmovisión y de asumir los asuntos paganos, un modo de garantizar la supervivencia del linaje, el tender puentes hacia otras generaciones, una forma de hacer frente al pavor de la muerte, un acto liberador de consciencia, un rito de tránsito, una carrera de salvación, un camino despejado al cielo, una necesidad de llegar ante el juicio divino libre de acusaciones y pecados, pasaporte para el Más Allá y, desde siempre, «un remedio para el alma»^[2].

II. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS

Fueron las Siete Partidas de Alfonso X, «El Sabio», la fuente legal reguladora, específicamente la sexta partida, enteramente dedicada a testamentos y herencias, la que sobrevive a toda la legislación americana de fuente hispana hasta el siglo XIX.

A decir de Invernizzi (s.f.):

Dentro de esa tradición se concibe el testamento, al igual que toda carta o escritura notarial, como un instrumento de la justicia que sirve al propósito fundamental de ésta [sic] que es mantener el mundo ´enderezado´ esto es, sujeto al orden que Dios le confirió en la Creación (...) (p. 2).

En esta línea, la misma autora, respecto del texto testamentario, sostiene que este «se constituye, así como medio de regulación, control y disciplinamiento de los comportamientos y las existencias individuales y de la vida social» (Invernizzi, s.f., p. 3). El testamento se concibe, así como imagen de vida enredada, como modelo de buen vivir, esto es, vivir con arreglo al plan divino.

A su vez, la costumbre de redactar testamentos, desde el siglo XIII, «fue alentada y promovida de forma muy activa por parte de la Iglesia —gran beneficiaria de las mandas piadosas de los difuntos— en Concilios, como los de Narbona o Albi, celebrados en 1227 y 1254, respectivamente» (Navarro, 2014, p. 233). Esto no resulta extraño si se considera que la Iglesia «ofrece un panorama desolador al castigo, al infierno, entre monstruos espeluznantes y fuego eterno» (Coria, s.f., p. 4). En este punto y siguiendo al autor, el concepto de aparejamiento constituiría el fundamento anímico del testamento, ya que ayuda al hombre a encontrar descanso eterno y lo aparta del infierno. La muerte, finalmente, como los demás males, es considerada resultado del pecado original.

Fue el virrey Francisco de Toledo (1575), quien, a través de sus «ordenanzas generales para la vida común en los pueblos de Dios»:

Dispuso que las autoridades indígenas visiten a los enfermos y les aconsejen hacer testamentos como suelen hacer los españoles, y dejar a sus hijos^[3] en concordia, y sus bienes a recaudo; además se ordene que hubiera escribanos de cabildo en los pueblos indígenas y que una de sus respon-

[1] En este punto, la lista es interminable, como palangana, lavabo, mate, cubertería, lienzo, que eran heredados de generación en generación.

[2] Molina (1984), p. 59, como se citó en Zarate (ob. citada, s/f, p. 12).

[3] En ausencia de hijos, el heredero podría ser el alma: En este caso, se disponía que, una vez pagados los legados y mandas del testamento, el remanente de los bienes los heredase el alma, lo que implicaba que los bienes se vendiesen en almoneda, y con el dinero resultante se dijese misas o estableciesen otras mandas piadosas por la intención del testador. A título de ejemplo, véase: Archivo General de Notarías de la ciudad de México (en adelante: AGNCM), Antonio Alonso, 5 de mayo de 1573 (Martínez, 1998, p. 197).

sabilidades fuera el de hacer testamentos (Borja, 2020, p. 6).

Así las cosas, se registran testamentos desde 1545 entre los miembros de la élite andina (Kerstin, 2006, p. 4).

En esa línea evangelizadora, la aparición del Confesionario Mayor en lengua castellana y mexicana de Fray Alfonso de Molina (1565), ideado, según el mismo texto, «para lumbre e instrucción de los ministros de esta iglesia y utilidad de los naturales^[4]»; se insistía entre los pecados que «te tienen puesto en peligro y te dan mucha aflicción^[5]»; la obligación del escribano de recordar al moribundo que hacer testamento era, ante todo, un «remedio para el alma^[6]».

En este entender, el testamento encuentra afincamiento en el sistema legal peruano con el primer Código Civil (1852), el mismo que reguló el testamento verbal, y que debía de realizarse ante 5 testigos (dos de los cuales debían ser vecinos del testador) o 6 (si solo hay un vecino) en un solo acto, sin solución de continuidad; esto último es aún una fórmula vigente en la actualidad.

La idea de morir intestado, habría mutado en la modernidad a un acto de deshonra, en es-

pecífico al concepto medieval de considerar deshonroso morir intestado (Flores, 2018, p. 29).

La ley bajo comentario y este artículo en específico desarrollan el testamento otorgado ante notario que tendrá publicidad registral, es decir, el que exige mayor cuota de formalidad para el testador. Este concepto —en nuestra opinión— es clave, debido al estado de percepción/credibilidad legal del sistema por los ciudadanos/usuarios. En general, la sociedad peruana enfrenta cuotas de informalidad que alcanzaron, para el año 2018, una tasa de 65.70 %, ello acorde con la Encuesta Nacional de Hogares (Enaho), idéntico resultado que para el año 2017 (Flores, 2019), siendo esto así, una línea de entendimiento de la poca receptividad de la oferta testamentaria sería la asociación con lo formal; *mutatis mutandi* la sucesión intestada estaría asociada con una forma «informal».

3. La regla legal contenida en la Ley N.º 31338

El pasado 11/08/2021 fue publicada la Ley N.º 31338^[7], la vigente representación congresal hizo suya el pasado proyecto de Ley N.º

^[4] La cita íntegra es: «Queriendo yo y deseando en algo aprovechar y servir, como más mínimo capellán de vuestra señoría, considerada la oscuridad y dificultad de la dicha lengua destos (sic) naturales y frasis (sic) de hablar suyo, muy diferente en muchas cosas de nuestra lengua castellana y latina, con las cuales midiéndola habría gran diferencia y desigualdad (como es manifiesto a los que de esta lengua tienen clara noticia) me pareció hacer una obra útil y provechosa que son dos Confessionarios para lumbre e instrucción de los ministros de esta iglesia y utilidad de los naturales, y los dichos ministros sepan los propios y naturales vocablos que se requieren para preguntar y entender en la administración del sacramento de la penitencia». Fray Alonso de Molina, Confesionario Mayor en la lengua mexicana y castellana. (1569), Introducción de Roberto Moreno de los Arcos, México, UNAM, 1984, p. 2, como se citó en Máynez (pág. 3, s/f), véase: <https://nahuatl.historicas.unam.mx/index.php/ecn/article/view/9214/8592>.

^[5] La cita corresponde a Confesionario 6v-7, como se citó en: Teología. Revista de la Facultad de Teología de la Pontificia Universidad Católica Argentina José Cubas 3543 Tomo XVI. N.º 33 1419 Buenos Aires. Sumario República Argentina año 1979: 1er semestre, p. 32. Véase: <https://docplayer.es/94250188-Teologia-revista-de-la-facultad-de-teologia-de-la-pontificia-universidad-catollca-argentina-1419-buenos-aires-sumario.html>

^[6] Véase cita pie de página 4.

^[7] Este trabajo constituye un desarrollo del post denominado: Modificación legislativa para el buen morir. La Ley N.º 31338 o el secretismo de los costos testamentarios, del mismo autor, véase: https://www.instagram.com/p/CU783MTIv1C/?utm_medium=copy_link

7653/2020-CR —que proponía la modificación del Código Civil—, así como del Decreto Legislativo N.º 1049, a través del cual se regula un tema baladí: flexibilizar el *ars notariae*, en el extremo de permitir que los testamentos, en adición a la antediluviana práctica escribanil de ser redactado por puño gráfico, se valgan del apoyo del uso de tecnologías.

La idea no era nueva, con antelación otro proyecto de ley (937/2016/CR) mantenía idéntica postura, del mismo modo que un puñado de tesis de pregrado clarineaban por dicha reforma, en armonía con la era digital, también llamada «segunda oralidad». La idea es coherente con lo establecido por la Ley N.º 27291 (24 de junio del 2000), que modifica el artículo 141 del Código Civil, señalando lo siguiente:

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

Y por Ley N.º 26612 (21 de junio de 1996), que modifica el artículo 234 del Código Procesal Civil, se establece lo siguiente:

Son documentos los escritos públicos o privados, los impresos, fotocopias, facsímil o fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas cinematográficas, microformas, tanto en la modalidad de microfilm como en la modalidad de soportes informáticos y otras reproducciones de audio o video, la telemática en general y demás objetos que recojan, contengan o representen algún hecho o actividad humana o su resultado.

La *ratio*, acorde a la exposición de motivos del referido proyecto (7653/2020-CR), está construida sobre la idea *pro notario*: facilitar y simplificar el procedimiento notarial de otorgamiento de testamento por escritura pública (*ibidem*, ítem 5). En específico, el acto de re-

dacción testamentaria —que era acaso el más básico y simplista del catálogo escribanil— si se tiene en cuenta que consiste en el acto elemental de ejecutar el *ars dictandi*, con la sola exigencia de que esto se realice de puño y letra, y además en acto continuo. De acuerdo con la motivación legislativa, este acto demandaba no solo «esfuerzo físico, sino también tiempo»; de aquí que la introducción de la tecnología apuntaba a reducir costos.

Más allá del discurso reductor de tiempos, la oralidad ha sido presentada como inexorable tendencia, siendo este argumento real y suficiente; su vocación totalizante ha copado todas las áreas del derecho y demás humanidades. Sin embargo, el legislador apostó por una interpretación finalística, la cual es sugerir que la oferta notarial —que como se dijo, se guía por criterios de oferta y demanda, y no por tarifario— descendería a partir de simplificar la confección del mismo; esto es, reducir o eliminar el uso de la grafía.

Sin embargo, aspirar a la reducción de costos del servicio testamentario —que se rige por leyes de mercado—, y cuyo costo no consta en la exposición de motivos, no parece un buen *leitmotiv* para sustento de reforma legal, más cuanto este dato no aparece en la bibliografía existente y menos en los tarifarios de los oficios.

No estar sujeto a tarifarios, para el gremio notarial, es casi un *derecho adquirido*, y junto a otras *zonas liberadas* han constituido un privilegio de la práctica escribanil peruana. La lista de conquistas ganadas se puede rastrear: no existencia de mesa de partes única, no exigencia de motivación, excusabilidad para prestar un servicio, criterio diferenciado de jubilación, monopolio de la función fedante, incremento de funciones no contenciosas, etc. Recordemos que el notario es un operador híbrido; esto es, un particular que desarrolla servicio público; y, efectivamente, de acuerdo con lo establecido por Resolución N.º 1005-2012/SC2- INDECOPI, fojas 47:

El notario ejerce actividad privada en la medida que sus relaciones con los clientes y la forma cómo encamina sus actividades

es congruente con la actividad económica que desarrollan los agentes en el mercado, compitiendo frente a otros notarios por lograr la preferencia de los consumidores y fijando sus precios según la oferta y demanda que existe en el mercado (Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual, 2012).

1. Del puño y letra a la tecnología

Es importante, además, sostener que la exigencia legal de escribir de *puño y letra* constituye acaso la última reminiscencia de la escrituralidad afincada en el sistema legal peruano; la norma regula la revejida práctica que todavía merodea en pocos recovecos legales. Así, tenemos el testamento ológrafo, que exige sea totalmente escrito, fechado y firmado por el testado sin intervención de otro medio técnico (véase artículo 770 del Código Civil). La firma, tradicionalmente ológrafa, ha pasado a segundo plano y está en franca retirada frente a las firmas digitales^[8], llamadas electrónicas, empoderadas por la reciente pandemia. Las actas^[9] levantadas por operadores para diligencias extramuros son acaso los últimos actos donde la exigencia de puño y letra se mantiene. En esta línea, pasó inadvertido que las partidas del registro civil —tradicionalmente llenadas de puño y letra— sean reemplazadas por partidas electrónicas, a partir de las certificaciones expedidas por RENIEC^[10].

El uso de las tecnologías tiene carácter totalizante. Concebido como segunda oralidad, ha inundado haciendo disruptiva la manera de entender la práctica legal. Ofrece comodidad,

rapidez y previene situaciones de contingencia, como por ejemplo, el innecesario contacto.

La vieja idea bíblica de que la verdad en sí misma estaba contenida en el texto ha sido reemplazada por el internet 5.0, la *cibercultura* y la narrativa digital.

IV. EL TESTAMENTO NOTARIAL: EXCUSABILIDAD E INCENTIVOS

El notario peruano, como agente de mercado, puede negarse en la prestación de sus servicios sin siquiera motivar su negación, como efectivamente suele ocurrir. Una característica adicional de este servicio es el ser personalísimo, lo que quiere decir que el servicio no puede ser delegado en personal adscrito al oficio; no obstante, a partir de una ficción, el notario, con la ayuda de colaboradores, puede desarrollar varios actos a la vez. En otro trabajo^[11] hemos advertido cómo un oficio notarial puede tener pocos o muchos colaboradores y cómo las actividades se pueden desarrollar exponencialmente. Piénsese, por ejemplo, en la escriturización, donde el notario se convierte en dador de fe. Solamente para este servicio merecería dedicación exclusiva, sin perjuicio de otras actividades colaterales, como el diligenciamiento de cartas, protestos de letras, extensión/certificación de actas, legalizaciones. Como regla general, convengamos que el notario puede ser dador de fe en más de un acto a la vez, lo que lo convierte en un operador *multitasking*.

El acto de confeccionar un testamento en sede notarial, contrariamente al cotidiano ajeteo que exige la práctica abogadil, obliga

[8] Reguladas por Ley N.º 27269 de 28 de mayo del 2000.

[9] Casi todos los operadores legales tienen esa atribución. Véase acta de inspección, levantamiento de cadáver, protesto, lanzamiento, inspección, sorteo, verificación, toma de dicho, etc.

[10] En sede registral, SUNARP, la práctica de tomos y llenado a mano fue zanjada en 1971 con la sustitución del tomo por las fichas registrales.

[11] ROJAS JURADO, N. (2021). Notarios al rescate. *YachaQ Revista de Derecho*, (12), 129-146. <https://doi.org/10.51343/yq.vi12.775>

a su hacedor al sosiego y proximidad, esto último conocido en el *argot* como principio de intermediación, que si se quiere, es un *deja vu* a la vieja escuela escribanil, un servicio *vintage* que exige una atención exclusiva de escucha activa y función hegemónica de la mano transcriptor, no es para menos cuando se habla de la muerte^[12]. Y es que el testador es en el imaginario, un geronte próximo al otro barrio^[13], escoltado de dos testigos silentes^[14] —casi decorativos—, discursiva, balbucea, fabula contrito imponiendo ritmo, velocidad y vigor a la mano escribanil que la transcribe/traduce/alienta y despide. Por definición, la mano que escribe no interrumpe, no distrae, no obstaculiza; el turno, *ceteribus paribus*, toma 45-90 minutos y el costo del ticket depende del caso concreto^[15], pero siempre se dirán *sotto vose*. Ciertamente, además del tiempo consumido y la intermediación personalísima, el único insumo exigido es el papel especial adquirido de su proveedor y controlador: el Colegio de Notario. Lo antes expuesto exige —como es evidente— coordinación previa, acaso una ayuda memoria sobre el destino deseado del patrimonio o

los asuntos que se deseen encargar, para poder discernir si el servicio es aceptado. Acerca del lugar de su confección, el notario puede trasladarse al domicilio del testador o donde este se encuentre, como centro hospitalario, penitenciaria, aeropuerto o lugar donde se le requiera. Esto vino funcionado de esa manera hasta la reciente pandemia del Covid-19, que obligó a guarecer sin contacto; esto es, sin intermediación. Dicho esto, queda claro que el notario peruano y, en general, los operadores legales se vieron restringidos en aplicar el principio de intermediación, bajo riesgo de exponer su propia salud, lo que queda salvado con la Ley N.º 31338, la que permite la redacción de testamento por videoconferencia o cualquier soporte tecnológico. Es importante sostener que, en la legislación peruana, no existe regla que autorice el uso de medios electrónicos o legislación para pandemia, a diferencia de la ley española, que en el artículo 701 del Código Civil^[16] establece que, en caso de epidemia, puede otorgar testamentos sin intervención de notarios, ante 3 testigos mayores de 16 años.

[12] La meditación sobre la muerte era parte integrante del formulismo testamentario, conjuntamente con la súplica y la declaración de fe. El siguiente ejemplo respecto de lo expuesto por un actor recientemente convertido al cristianismo: El testamento de Sayri Tupac:

[E]stando enfermo en la cama de una enfermedad qual Dios Nuestro Señor fué seruida de me la dar, y en mi sana memoria y entendimiento, [meditación:] y temiéndome de la muerte, ques cosa natural, [declaración de fe:] creyendo como creo en la Sanctissima Trinidad, como fiel christiano, [súplica:] y tomando como tomo y rescio por auogada y señora mía a la Virgen Sancta María, madre de Dios y señora nuestra, a la qual suplico sea ynterçesora y abogada por mí pecador, y su bendito Hijo nuestro Señor Jesuchristo, para que me perdone mis pecados y rescia y admita mi ánima pecadora en su sancta gloria [fórmula semejante a la encomendación:] para que la crió y rredimió por su preçiosa sangre y muerte y passión, y me dé gracia para que en su sancta fee y sin tentacion ni vision del enemigo malo acaue los días de la mi vida. (Testamento de Sayri Tupac [1558] 1965: 14, como se citó en Kerstin, 2006, p. 8)

[13] El otro barrio, el país de los calvos, son referencias coloquiales al morir.

[14] La presencia de testigos es también objeto de cuestionamiento, pues es innecesaria, debido a que la fe del notario es suficiente, toda vez que la presencia de estos atente contra el principio de confidencialidad y reserva, porque se corre el riesgo de divulgación y porque el acto jurídico es confidencial. (Flores, 2018, p. 105-115)

[15] Expresión abogadil usada como *frase cliché* para hacer referencia a las especiales características de un asunto, como complejidad, oportunidad, etc. [definición personal]

[16] Conviene precisar que el Código Civil español data de 1889 y fue incorporado debido a la peste, cólera y gripe española que afectaron España en el siglo XIX.

1. El pretendido resurgimiento de la práctica testamentaria

La Ley N.º 31338 apuesta por revitalizar el uso testamentario como opción frente a las reglas sucesoras ordinarias para sucesión intestada; *prima facie*, parece pretender competir en costos, aunque —como se dijo— no establece el costo testamentario y menos el de la sucesión intestada, por lo que no se puede establecer comparación alguna. El legislador presupone que el costo del testamento está en función del tiempo que demanda su redacción, aun cuando de la lectura del dictamen no se desprenda muestreo de costo o equivalente. La exposición de motivos tiene como *desiderátum* que el testador «cuente con una herramienta legal más versátil y accesible que reduce el tiempo y abarata los costos del acto formal del testamento» (p. 20). La pregunta se cae de madura: ¿Cuánto cuesta un testamento notarial en el Perú? Los notarios se excusan echando mano del viejo recurso legal: el *caso concreto*. A mayor insistencia, optarán por hablar directamente con el interesado, o luego de ver el patrimonio a distribuir. Coincidimos, empero, con una peregrina respuesta encontrada en la web: Los costos de un testamento, para Lima, varían entre 1500-2500 soles para actos básicos^[17]. Contrariamente, el costo del proceso de sucesión intestada es igual o menor; empero, el tiempo requerido es mayor en comparación a un testamento, ya que no es un acto sino un procedimiento que implica publicaciones periodísticas, anotación preventiva, plazo para oponerse y finalmente inscripción.

En segundo lugar, un argumento no expuesto por el legislador es la aparente ventaja del testamento respecto de la sucesión, en cuanto a seguridad.

Por último, tampoco se ha hecho referencia al pretendido valor que se atribuye de desincentivar conflictos o controversias entre los herederos; esto es, los pleitos y desavenencias por la herencia.

2. El formulismo testamentario

Los medievalistas concibieron el desarrollo de formularios, práctica extendida y alentada a la fecha actual, que originalmente fueron definidos como «conjunto de fórmulas jurídico-literarias estereotipadas, reunidas en libros, florilegios o manuales teórico-prácticos y de tipo didáctico por abogados, notarios, jueces, redactores profesionales» (Mártir, 2015, p. 16).

Esta práctica se introdujo en América, a través de las ya comentadas ordenanzas del virrey Francisco de Toledo (1575), que aparejaban un modelo y consejos para el cumplimiento testamentario. El notario debía realizar preguntas necesarias y cumplir un formulario, el mismo que incluía, acorde con Kerstin (2006), el preámbulo o protocolo inicial, que básicamente era una innovación a Dios; la notificación (*notificatio*) que determina el tipo de documento que es y la identificación del testador, cláusulas sobre el entierro, misas, mandas pías, cláusulas sobre bienes y herederos, designación de albacea y revocación de testamentos anteriores, y, finalmente la *data y validatio*. Esto como fórmula resumida, en la época inicial se comenzaba con la denominada cabeza de testamento, que comprende la invocación y notificación, intitulación con declaración de facultades y preámbulos. El uso de invocaciones es atribuido a San Pablo, como iniciador, y se advierte en la fórmula siguiente: «Y todo cuanto hacéis de palabra o de obra, hacedlo en nombre del Señor Jesús dando gracias a Dios padre de Él^[18]». De

[17] Véase: BaneadosForosPeru. ¿Cuánto cuesta un testamento notarial? <https://www.baneadosforosperu.com/temas/%C2%BFcu%C3%A1nto-cuesta-un-testamento-notarial.71499/>

[18] Los Coloneses, 3.17.

acuerdo con Mártir (2015), esto se convirtió en una fórmula de confianza y de presagio favorable, tanto para el que escribía como para el que recibía el documento, una solicitud de amparo divino (p. 180).

V. LA POCA RECEPTIVIDAD DE LA PRÁCTICA TESTAMENTARIA

La poca receptividad de la práctica testamentaria —como lo ha entendido el criterio legislativo bajo comentario— ha sido atribuida a ser muy onerosa; no obstante, ser presentado como una opción de mayor seguridad frente a su contraparte, la sucesión intestada. En una entrevista radial, el decano del Colegio de Notarios de Lima (2011) sostiene que el testamento otorgado por escritura pública «otorga mayor seguridad y se ejecuta inmediatamente de fallecida la persona» (Colegio de Notarios de Lima, 2011, 1m.55s.).

El testamento ya no tiene como utilidad la salvación de almas y menos la invocación religiosa, su eficacia está en el sosiego previsor de zanjar todos los asuntos terrenales pendientes; empero, aun con noble propósito, no goza de aceptación y preferencia del público; así lo ha notado el Proyecto de Ley N.º 937/2016/CR, y así parece estar reflejado en las propias estadísticas. En este sentido, se tiene que, en el lapso discurrido entre 1998-2015 (17 años) respecto de un universo de 570 979 actos sucesorios, solo 53 458 fueron actos testamentarios; es decir, solo el 9 % respecto del 91 % de sucesión intestada, siendo las ciudades con práctica más extendida las comprendidas en las zonas registrales de Lima, Arequipa, Cusco, Trujillo y Chiclayo.

En Lima, el porcentaje de incidencia de las sucesiones testamentarias respecto a las sucesiones intestadas es de 12.27 % para el año 2016; 12.38 % para el año 2017; 12.22 % para

el año 2018; 12.21 % para el año 2019, el año 2020 y siguiente; no obstante, el hecho público de la pandemia no parece haber incrementado las estadísticas; véase el cuadro siguiente:

Cuadro N.º 1
Comparativo de testamento contra
sucesiones para la ciudad de Lima 2020-2021

	Testamentos	%	Suc. intestada	Total
Ene-20	453	12.66	3124	3577
Feb-20	403	12.25	2886	3289
Mar-20	254	14.18	1537	1791
Abr-20	0	0.00	0	0
May-20	0	0.00	124	124
Jun-20	129	12.95	867	996
Jul-20	469	16.82	2319	2788
Ago-20	463	12.15	3347	3810
Set-20	431	8.68	4532	4963
Oct-20	484	8.62	5129	5613
Nov-20	461	8.11	5220	5681
Dic-20	481	9.62	4518	4999
Ene-21	402	9.12	4007	4409
Feb-21	320	7.78	3794	4114
Mar-21	455	8.24	5065	5520
Abr-21	414	7.27	5278	5692
May-21	458	7.05	6034	6492
Jun-21	495	6.49	7129	7624
Jul-21	494	7.18	6386	6880

Fuente: Elaboración propia. Con base en la información de SUNARP. Carta N.º 467-2021-SUNARP-Z.R. N.º IX/UC de fecha 27/08/2021 (H.T. N.º 032975). Memorandum N.º 974-2021-SUNARP-Z.R. N.º IX-UTI.

Luego se tiene que, en los últimos treinta años, los rangos de preferencia testamentaria han estado entre 6.49 % al 16.82 %, estadística que no discrimina el sexo^[19] de los testadores, la edad, el estado de salud^[20], el lugar

[19] Esta prevalencia es detectada en otros momentos, al respecto se advierte una feminización en el grupo de testadores en el bajo medievo de 46 % de hombres respecto de 54 % mujeres. (Navarro, 2014, p. 234)

[20] En general se solía considerar que las personas sanas que otorgan testamento son diligentes debido a una empresa, viaje o exposición a riesgo, en este grupo entran las mujeres embarazadas o estado de buena

de su redacción, o la incidencia del tiempo en su dación^[21]. La estadística refleja un aumento, debido al justificado temor propio de la pandemia Covid 19; sin embargo, esto es solo una hipótesis de trabajo, surgen otras interrogantes que desbordan entre trabajo, como: ¿Hasta qué punto el Covid-19 cambió nuestra forma de enfrentar la muerte? ¿Esta afecta a todos los grupos sociales por igual y, en específico, al hombre y la mujer? ¿La actitud frente a la muerte comprometió a los gerontes o, en general, a personas de toda edad?

VI. CONCLUSIONES

- La Ley N.º 31338 es consecuencia directa de la inexorable vocación totalizante de las tecnologías hacia todas las ramas de la acción humana. No era necesario construir otra argumentación adicional para motivarla; empero, al haber escogido la motivación económica, mínimamente se debió realizar un estudio económico, un levantamiento de datos que meritúe la valuación del costo del servicio, de modo tal que se valide el argumento de abaratamiento de costos. La motivación, por tanto, es errática.
- El uso del testamento no es una práctica extendida en la población peruana, tampoco existe evidencia de que en el pasado lo fuera. Para el caso de Lima, en la actualidad fluctúa entre 9 % y 12 %, siendo que, después al acto de pandemia, las *ratios* han descendido. No existe trabajo que documente las razones por la cual no es elegible, no existe evidencia alguna que la razón sea sus [altos] costos, puesto que existe secretismo para ello.
- No existe difusión respecto de los beneficios del testamento, tampoco difusión sobre sus precios y menos incentivos, como la realización de los mismos en sede hospitalaria, asilo, casa de reposo, centro penitenciario, donde tendría que trasladarse el notario para su confección. En México existe, a manera de campaña de concientización, una semana dedicada a los testamentos, aquí no solo no existe publicidad, sino tampoco estrategias para difundir su uso.
- El no uso de los testamentos puede entenderse también como un desapego a lo formal o, dicho de otra manera, los efectos de una informalidad que nos gobierna y que encuentra arista en un problema mayor, como es la desconfianza hacia el sistema legal, la predictibilidad, el rechazo a la cultura de pleitos y litigios.
- No existe razón alguna para incentivar el uso de testamento frente a la sucesión intestada, no se puede hablar de economía cuando, en principio, el acto de sucesión intestada es más económico.
- La seguridad que brindarían los testamentos ha sido construida sobre un menor índice de cuestionamientos judiciales respecto de las sucesiones; empero, no forma parte de la motivación y no existen trabajos que documenten este hecho.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Archivo General de la Nación - Perú. (14 de septiembre 2021). *Conversatorio «Testamento y Genealogías»*. Facebook. <https://www>.

esperanza con la inquietud de fallecimiento durante el parto. Se debe entender que las personas enfermas lo son únicamente de cuerpo y se encuentran lucidas, usando formulas testamentarias antiguas: sana de voluntad, de buen seso, de buen entendimiento y memoria. En general no se tiene información sobre el estado de salud de los testadores, esto es si su última voluntad la otorgan sanos o enfermos.

[21] En un estudio testamentario del año 1488 encuentra que el 60 % de las actas testamentarias, se otorgaron en los meses de junio y julio, debido a que «(...) el verano era la época más propicia para que el agente transmisor de esta enfermedad se desarrollara más fácilmente (...)» (Navarro, 2014, p. 239).

- facebook.com/watch/live/?ref=watch_permalink&v=861730024408953
- Borja, R. E. (2020). La mujer indígena de Ica a inicios de la colonia: sus testamentos. *Anuario jurídico y económico escurialense*, (53), 181-196. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7450114>
- Colegio de Notarios de Lima. (03 de octubre del 2011). *Entrevista al Dr. Mario Romero - Radio Capital – Testamentos*. [Archivo de Video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=IQjxGS8afMA>
- Coria, J. (1982). El Testamento como fuente de estudios sobre mentalidades. S. XIII al XV. *Miscelánea Medieval Murciana*, (9), 193-219. <https://revistas.um.es/mimemur/article/view/j5641/5501>
- Flores, C. O. (2018). *Necesidad de modificar el otorgamiento del testamento por escritura pública para garantizar el principio de confidencialidad y reserva* [Tesis para optar el grado de maestro, Universidad San Agustín de Arequipa]. <http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/8337/DEMflmoco2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Gómez, S. (s.f.). *Un momento ideal para acordarse de los santos. Cuando la muerte llega. La cláusula testamentaria de la intercesión en la España moderna* [Archivo PDF]. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2831868>
- Guerrero, Y. (2016). *Testamentos de mujeres: Una fuente para el análisis de las estrategias familiares y de las redes de poder formal e informal de la nobleza castellana* [Archivo PDF]. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5773962>
- Invernizzi, L. (s.f.). *Imágenes de mujeres en testamentos chilenos siglo XVII*. Universidad de Chile. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/122876>
- Martínez, M. (1996). *Estudio Preliminar. Los inicios de la literatura notarial novohispana y la política de escrituras de Nicolás de Yrolo Calar*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Históricas. https://www.historicas.unam.mx/publicaciones/publicadigital/libros/324/324_04_02_EstudioPreliminar.pdf
- Martínez, M. (Coord) (1998). *Las capellanías en la ciudad de México en el siglo XVI y la inversión de sus bienes dotales*. UNAM. véase: https://www.academia.edu/14119760/Las_capellan%C3%ADas_en_la_ciudad_de_M%C3%A9xico_en_el_siglo_XVI_y_la_inversi%C3%B3n_de_sus_bienes_dotales
- Mártir, M. J. (2015). *Los testamentos en formularios notariales castellanos del siglo XVI*. https://codoli.com/wp-content/uploads/Los_Testamentos_en_los_Formularios_Notariales_Castellanos_del_Siglo_XVI.pdf
- Navarro, B. (2014). *La sociedad media e inferior en Córdoba durante el siglo XV. Familia y vida cotidiana*. [Tesis doctoral, Universidad de Córdoba], véase: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=67918>
- Nowack, K. (2006). «Como cristiano que soy»: Testamentos de la elite indígena en el Perú del siglo XVI. *Indiana* (23) ,51-77. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=247018073003>
- Pavón, J. (2004). *El testamento, un símbolo de la peregrinatio*. véase: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=993692>
- Piñeyro, P. (2013). Los testamentos como fuente para la historia social de la nobleza. Un ejemplo metodológico: tres mandas de los valladares del siglo XV. *Cuadernos de Estudios Gallegos*, 126, 125-169. <https://estudiosgallegos.revistas.csic.es/index.php/estudiosgallegos/article/view/355/364>
- Proyecto de Ley N.º 937/2016-CR. Proyecto de Ley que facilita el otorgamiento de Testamento por Escritura Pública. véase: https://leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/

Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0093720170207.pdf

Proyecto de Ley N.º 7653/2020-CR. Proyecto de ley que modifica el artículo 696 del Código Civil y el artículo 38 del Decreto Legislativo N.º 1049, Decreto Legislativo del Notariado, con el fin de simplificar el otorgamiento de testamento por escritura pública. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/07/Proyecto-de-Ley-07653-2021-LP.pdf>

Zarate Toscano, V. (s/f). *La presencia de la muerte en los documentos*.

Mora, J. M. L. (s/f). *El Colegio de México*. Instituto de Investigaciones. https://www.jstor.org/stable/pdf/j.ctv3dnqcd.4.pdf?refreqid=excelsior%3Aa288ccbb766916731e02c462813423f7&ab_segments=&origin=

Zavala, M. (2014). «*En el nombre de Dios Todopoderoso*». *Actitudes ante la muerte en la población ibaguereña de 1800 a 1850*. [Tesis de Maestría. Universidad Nacional de Colombia]. <http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/8337/DEMflmoco2.pdf?sequence=1&isAllowed=y>