

**UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES
ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS**



**“UNIFICACIÓN DEL PROCESO DE APERTURA Y PUBLICACIÓN DE
TESTAMENTO CERRADO EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA”**

**TRABAJO DE GRADO PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO (A) EN CIENCIAS JURÍDICAS**

PRESENTADO POR:

**INGRID YAZMIN LÓPEZ ECHEVERRÍA.
RAFAEL ARMANDO DOMINGUEZ TEJADA.
CRISTINA NOHEMI PERAZA RIVAS.**

DOCENTE ASESOR:

LIC. MANUEL ALEJANDRO CEA MORALES.

CIUDAD UNIVERSITARIA, SAN SALVADOR, OCTUBRE 2019.

TRIBUNAL CALIFICADOR

**LIC. JOSÉ GILBERTO JOMA BONILLA.
(PRESIDENTE)**

**LICDA. CLAUDIA JEANNETTE VIDES LANDAVERDE.
(SECRETARIO)**

**LIC. MANUEL ALEJANDRO CEA MORALES.
(VOCAL)**

UNIVERSIDAD DE EL SALVADOR

MSC. ROGER ARMANDO ARIAS ALVARADO.

RECTOR

DR. MANUEL DE JESÚS JOYA ÁBREGO.

VICERRECTOR ACADÉMICO

ING. NELSON BERNABÉ GRANADOS.

VICERRECTOR ADMINISTRATIVO

LIC. CRISTÓBAL HERNÁN RÍOS BENÍTEZ.

SECRETARIO GENERAL

LIC. RAFAEL HUMBERTO PEÑA MARÍN.

FISCAL GENERAL

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA Y CIENCIAS SOCIALES

DRA. EVELYN BEATRIZ FARFÁN MATA.

DECANA

MSC. JUAN JOSÉ CASTRO GALDÁMEZ.

SECRETARIO

LIC. RENÉ MAURICIO MEJÍA MÉNDEZ.

DIRECTOR DE LA ESCUELA DE CIENCIAS JURÍDICAS

LICDA. DIGNA REINA CONTRERAS DE CORNEJO.

DIRECTORA DE PROCESOS DE GRADUACIÓN

LICDA. MARÍA MAGDALENA MORALES.

**COORDINADORA DE PROCESO DE GRADUACIÓN DE LA ESCUELA DE
CIENCIAS JURÍDICAS**

AGRADECIMIENTOS

Todo ha sido por tú gracia y tú misericordia, Dios. Desde el inicio de mí carrera hasta el día de hoy, he visto tu mano actuar en mi vida y gracias te doy por ello, sin duda alguna la gloria es toda tuya. Gracias por permitirme entregarles este logro a mamá y a papá. Virgencita María, por su valiosa intercesión para que los dones de la sabiduría y el entendimiento que provienen del Espíritu Santo, fueran derramados sobre mí y mis amigos compañeros de tesis.

Gracias a mí padre, Nelson Danilo López, porque nunca cortó mis alas y confió plenamente en mí, por los sacrificios que tuvo que hacer para verme culminar ésta travesía; a mí madre Ofelia Echeverría de López, por su apoyo incondicional, motivación y ejemplo, sin ustedes no podría haberlo logrado. Ambos me han dado el mejor ejemplo de lucha, perseverancia y humildad, por eso, este logro es de ustedes, los amo con mi vida entera.

A mis hermanos, Danilo López y Kiari López, por amarme, comprenderme y ayudarme en la manera que les fue posible en el transcurso de mí carrera. A mis compañeros y amigos de tesis, Mimi Peraza y Rafael Domínguez, por el esfuerzo en conjunto para alcanzar la meta, pero también por la paciencia, ayuda y comprensión que me brindaron, son los ángeles que Dios me envió, son los mejores.

A nuestro asesor, Manuel Alejandro Cea Morales, por su disponibilidad para revisar nuestros avances, por su guía en la investigación, por su paciencia y apoyo que han sido fundamentales para culminar este proceso. Dios bendiga siempre su vida.

Ingrid Yazmin López Echeverría.

AGRADECIMIENTOS

Doy gracias a Dios, nuestro Padre celestial y creador por sus infinitas bendiciones, porque me permite culminar una etapa más en mi formación académica y profesional, porque sin él no hubiera llegado donde me encuentro ahora.

Gracias a mis padres, a mi madre **Rosa Lilian Tejada de Domínguez**, por su inmenso amor, su ayuda y apoyo incondicional a lo largo de mi formación académica y profesional, porque siempre creyó en mi e hizo todo lo que estuviera en sus manos para que siempre me encontrará bien. A mi padre **Napoleón Armando Domínguez Ruano**, por su apoyo, fe incondicional en mi persona y sobre todo su increíble sacrificio para que yo pudiera formarme como profesional, por ser ese modelo de hombre y profesional ejemplar que aspiro ser algún día.

Gracias a mi hermano Victor Armando Domínguez Tejada, a mi cuñada Yesenia Judith Vasquez Guerra, al resto de mi familia y amigos, porque siempre que necesite de ellos estuvieron para mí, me apoyaron, creyeron en mi hicieron todo lo que estuvo en sus manos para yo pudiera alcanzar este éxito. **Gracias a mi novia Ingrid Yoselin Martínez Molina y a su familia**, por llevarme siempre en sus oraciones. A mi novia por su amor, apoyo y fe incondicional desde el momento que nos conocimos, por el tiempo que dedico a ayudarme, por hacerme sentir especial y decirme en todo momento que era el mejor de todos. **Gracias a mis compañeras de tesis y amigas durante toda la carrera Cristina Nohemi Peraza Rivas e Ingrid Yazmin López Echeverria**, por su amistad sincera e incondicional, por aceptar este reto conmigo, por los momentos buenos y no tan buenos, por su paciencia, su compromiso y su comprensión en todo momento.

Rafael Armando Dominguez Tejada.

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por su amor y su infinita bondad, porque nunca me ha abandonado y siempre me lleva de su mano, gracias por darme una excelente familia, por permitirme conocer excelentes profesores y amigos, pero sobre todo gracias porque has llenado mi corazón con la luz de tu espíritu permitiéndome culminar esta meta como profesional.

A mis padres y hermanos, las palabras nunca serán suficientes para expresar lo agradecida que estoy con ustedes, su lucha y sacrificio ahora se reflejan al culminar mi carrera; a mi padre Víctor Manuel Peraza, por siempre impulsarme a ser mejor, por querer siempre que mis hermanos y yo triunfemos como profesionales, muchas gracias colega; a mi madre Dora Cristina Rivas, gracias por tu amor y tu apoyo incondicional, sé que nunca dudaste de mí y esperaste paciente por este momento, cada uno de tus consejos los guardo en mi mente y corazón y espero poder recompensar cada uno de los sacrificios que has hecho por mí, gracias mamá.

A mis compañeros de tesis, Yaz y Rafita, por aceptar navegar este barco conmigo, sin duda le agradeceré a Dios siempre por haberme dado a unos excelentes compañeros y amigos, todos los años compartimos entre aulas, clases, catedráticos, tareas, muchas veces risas y otras con mucho estrés, pero logramos finalizar esta aventura juntos y con mucho éxito. Estoy muy orgullosa de poderlos llamar mis amigos y colegas, les deseo siempre éxito en todo lo que hagan. A nuestro docente asesor de tesis, Manuel Alejandro Cea Morales, por guiarnos en nuestro trabajo de investigación con sabiduría, por su disponibilidad, interés y por siempre creer en nosotros, todo esto no sería posible sin su excelente asesoría.

Cristina Nohemi Peraza Rivas.

INDICE

RESUMEN

ABREVIATURAS Y SIGLAS

INTRODUCCIÓNi

CAPITULO I

EVOLUCION HISTÓRICA Y TEÓRICA DE LA INSTITUCIÓN

JURÍDICA DE TESTAMENTO CERRADO1

1. Evolución histórica.....	1
1.2. Etimología.....	1
2.1. Concepto de testamento.....	2
2.3. Concepto de testamento en la legislación salvadoreña.....	4
1.4. Aspectos históricos del testamento.....	7
1.4.1. El testamento en los pueblos orientales.....	7
1.4.2. El testamento en el derecho romano.....	8
1.4.3. Formas del testamento en el derecho imperial.....	9
1.4.4. El testamento en el código de napoleón.....	9
1.5. Características de los testamentos.....	10
1.5.1. Acto individual.....	10
1.5.2. Acto jurídico unilateral.....	11
1.5.3. Acto solemne.....	12
1.5.4. Acto revocable.....	12
1.5.5. Acto mortis causa.....	14
1.5.6. Es un acto de disposición de bienes.....	14
1.5.7. Libre testamentifacción.....	17
1.6. Clasificación de los testamentos.....	18
1.6.1. Testamento solemne.....	18
1.6.2. Testamentos privilegiados.....	20
1.6.3. Testamento militar.....	22
1.6.3. Testamento marítimo.....	24
1.6.5. Otros tipos de testamento.....	25
1.6.6. Testamento ológrafo.....	26
1.6.7. Testamento rural.....	27

1.6.8. Testamento aeronáutico	28
1.6.9. Testamento consular	28
1.6.10. Testamento que se otorga en tiempo de peste.....	29
1.6.11. Testamento llamado “ad pías causa”	29
1.7. Formalidades de los testamentos	29
1.7.1. Capacidad para testar.....	30
1.7.2. Voluntad libre de vicios	32
1.7.2.1. Error	33
1.7.2.2. Fuerza.....	34
1.7.2.3. Dolo.....	34

CAPITULO II

RÉGIMEN LEGAL DEL TESTAMENTO CERRADO EN EL

SALVADOR.....	35
2. Testamento cerrado.....	35
2.1. Precedentes del testamento cerrado en El Salvador.....	35
2.1.1. El testamento cerrado otorgado ante escribano	36
2.2. Definición de testamento cerrado en El Salvador	38
2.3. Características del testamento cerrado	40
2.3.1. Carácter secreto	40
2.3.2. Privado y público.....	41
2.3.3. Acto escrito	41
2.3.4. Acto notarial.....	42
2.4. Capacidad para otorgar testamento cerrado	43
2.5. Solemnidades del testamento cerrado	46
2.5.1. Otorgamiento ante notario o funcionario.....	46
2.5.2. Escrito o firmado por el testador	47
2.5.3. El testador debe elaborar dos ejemplares del testamento	47
2.5.4. Los dos ejemplares del testamento, en cubiertas separadas, deben ser presentadas por el testador al notario y testigos.....	48
2.5.5. Las cubiertas del testamento deberán estar cerradas o se cerrarán exteriormente.....	49
2.5.6. Legalización de las cubiertas	50
2.5.7. Acta de legalización en el protocolo del notario	51
2.5.8. Unidad del acto	52
2.5.9. Presencia durante el otorgamiento del testamento, además del testador, en un mismo notario y unos mismos testigos	52

2.5.10. Firmas del testador y testigos sobre las cubiertas legalizadas y en el acta levantada por el notario en su protocolo	53
2.6. Fases de formación del testamento	53
2.6.1. Fase privada	53
2.6.2. Fase pública de otorgamiento	55
2.7. Formalidades posteriores al otorgamiento	57
2.8. Casos especiales	59
2.8.1. Testamento de las personas que no pueden ser entendidas de viva voz	59
2.8.1.1. Testamento del mudo	59
2.8.1.2. Testamento del que no habla el idioma castellano	60

CAPITULO III

COMPARACIÓN DE LA LEGISLACIÓN INTERNA SOBRE EL PROCESO DE APERTURA Y PUBLICACIÓN DE TESTAMENTO

CERRADO CON LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA	61
3. Derecho comparado	61
3.1. Análisis jurídico normativo en la legislación salvadoreña	61
3.2. Análisis jurídico comparado con la legislación chilena	71
3.2.1. Competencia territorial y material	72
3.2.2. Prueba de la muerte	73
3.2.3. Presentación ante juez competente y reconocimiento de firmas	73
3.3. Análisis jurídico comparado con la legislación colombiana	74
3.3.1. Competencia	74
3.3.2. Prueba de la muerte	74
3.3.3. Custodia del testamento cerrado	75
3.3.4. Apertura del testamento cerrado	75
3.3.5. Solicitud de apertura o publicación del testamento cerrado	75
3.3.6. Procedimiento para la apertura del testamento cerrado	76
3.3.7. Procedimiento	76
3.3.8. Acta	76
3.3.9. Comparecencia de testigos y notario al momento de la apertura del testamento cerrado	77
3.3.10. Protocolización de la actuación de la apertura y publicación del testamento cerrado	77
3.3.11. Oposición a la apertura	77
3.3.12. Remisión a sede judicial	78
3.3.13. Protocolización y registro ordenada por juez	78

3.4. Análisis jurídico comparado con la legislación nicaragüense	78
3.4.1. Ámbito de aplicación	79
3.4.2. Legitimación	79
3.4.3. Competencia	80
3.4.4. Reglas procedimentales y resolución	80
3.4.4.1. Presentación del testamento ante juez competente	81
3.4.4.2. Prueba del fallecimiento del testador y citación de interesados	81
3.4.4.3. Citación y comparecencia de notario autorizante, testigos y examen del testamento	82
3.4.4.4. La incomparecencia del notario autorizante o de los testigos instrumentales	83
3.4.4.5. Apertura, lectura y protocolización del testamento cerrado....	84
3.4.4.6. Suspensión del proceso, rechazo de la protocolización y restricción del acto de lectura del testamento	85
3.5. Análisis jurídico comparado con la legislación guatemalteca	86
2.5.1. Examen de la cubierta y sellos	86
3.5.2. Citación al notario y testigos	86
3.5.3. Diligencias previas a la apertura	87
3.5.4. Apertura en caso de no presentarse el notario ni testigos	87
3.5.5. Apertura del testamento	88
3.5.6. Protocolización del testamento	88
3.5.7. Trámites el proceso testamentario	88

CAPITULO IV

ANÁLISIS DE LA UNIFICACIÓN DEL PROCESO DE LA

APERTURA Y PUBLICACIÓN DE TESTAMENTO CERRADO EN

LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA

4. Análisis constitucional.....	89
4.1. Investigación de campo	98
4.2. Análisis de legislación comparada entre Guatemala y Nicaragua	101
4.3. Propuesta de solución	105
4.3.1. Competencia.....	108
4.3.2. Legitimación.....	108
4.3.3. Solicitud y sus requisitos.....	109
4.3.4. Admisibilidad y señalamiento para la audiencia de reconocimiento de firmas	110

4.3.5. La audiencia única	111
4.3.5.1. Incomparecencia.....	111
4.3.5.2. Desarrollo de la audiencia.....	112
4.3.6. Actos posteriores a la celebración de la audiencia	113
4.3.6.1. Presentación de las publicaciones y protocolización del testamento cerrado	113
4.3.7. Casos especiales.....	114
4.3.7.1. Oposición a la apertura del testamento.....	114
4.3.7.2. Incomparecencia de los testigos instrumentales y notario o funcionario autorizante a la audiencia.....	114
CONCLUSIONES	117
RECOMENDACIONES.....	119
BIBLIOGRAFIA	121

RESUMEN

En El Salvador, el Código de Procedimientos Civiles regulaba lo relativo al testamento cerrado en el Título VII “De otros Varios Procedimientos Sumarios”, Capítulo XXVI, dentro del cual se establecía la manera de proceder a la apertura y publicación del testamento cerrado otorgado en El Salvador, sin embargo, con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, dicho procedimiento quedo sin regulación, dejando un vacío legal, sin embargo, la problemática que generó la no inclusión de estas instituciones jurídicas ha sido propicia para que el vacío legal se vea reflejado en el desuso de las mismas, minimizando las opciones que la ley brindaba, lo que se traduce asimismo en un retroceso en cuanto a diversidad y selección.

Es importante mencionar que el principal problema radica en que debido a la falta de la regulación de este trámite, cada Juzgador competente resuelve bajo su propio razonamiento de cómo debería proceder. Tal es el caso encontrado en el Juzgado Primero de lo Civil y Mercantil en el año dos mil quince, en la que el Juez aplicó la analogía y la interpretación para poder darle trámite a estas diligencias, sin embargo, esta práctica representa un alto riesgo que se traduce en vulneración a Derechos Constitucionales que poseen los herederos y legatarios del causante, tales como el principio de legalidad, debido proceso, seguridad jurídica, entre otros.

El método de comparación de leyes foráneas fue posible estructurar una reforma al Código Procesal Civil y Mercantil, para poder adecuar, en el mismo, un Proceso de Apertura y Publicación del Testamento Cerrado con características propias, garantizando un proceso ágil en el que no se vean vulnerados tan fácilmente los principios y derechos del causante y sus herederos o legatarios.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

ABREVIATURAS

ART.	ARTÍCULO
C.C.	CÓDIGO CIVIL
CN.	CONSTITUCIÓN
C.C.E.	CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL
C.C.A.	CÓDIGO CIVIL ARGENTINO.
C.C.C.	CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO
C.C.C.H.	CÓDIGO CIVIL CHILENO
C.P.C.	CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES
C.PR.C.C.H.	CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL CHILENO
C.P.C.M.	CODIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL
C.P.C.M.G.	CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE GUATEMALA
C.P.C.M.N.	CÓDIGO PROCESAL CIVIL Y MERCANTIL DE NICARAGUA
EJ.	EJEMPLO
INC.	INCISO
L.N.	LEY DE NOTARIADO
PR.	PROCESO
VOL.	VOLUMEN

SIGLAS

RNPN	REGISTRO NACIONAL DE LAS PERSONAS NATURALES
------	--

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación denominado “Unificación del Proceso de Apertura y Publicación de Testamento Cerrado en El Salvador” ha sido realizado con el propósito de encontrar los diversos criterios y la falta de regulación expresa de dicho trámite, a fin de solventar los vacíos legales que dejó la derogatoria del Código de Procedimientos Civiles de 1988, que recogía en el Libro II, Título VII, Capítulo XXVI, del artículo 867 al 897, la forma de proceder para la apertura y publicación del testamento cerrado, y de igual manera unificar los criterios de los Jueces de lo Civil y Mercantil, y de los Notarios de la República, a la hora de promover, impulsar y fenecer este procedimiento sucesorio.

Asimismo, en el desarrollo del trabajo investigativo se señalan las vulneraciones y transgresiones a algunos principios y garantías constitucionales del derecho procesal, que se suscitan en la práctica jurídica por carecer la norma adjetiva y sustantiva de un proceso previamente establecido con las formalidades de ley.

A partir de una investigación de carácter documental y de campo, en la que se realiza un análisis exhaustivo de los datos obtenidos, tratando de identificar los elementos esenciales del problema y la solución propuesta, se seccionó el contenido de la investigación en cuatro capítulos de la siguiente manera:

En el primer capítulo, que se ha denominado la “Evolución histórica y teórica del testamento cerrado”, se abordan subtemas como las definiciones y conceptos del testamento en general, aspectos históricos, características y clasificación, con esto se pretende demostrar que la debida regulación en las

distintas formas de testar ha sido necesaria desde tiempos remotos, pues todo ser humano necesita transmitir sus bienes por causa de muerte.

El segundo capítulo denominado “Régimen legal del testamento cerrado en El Salvador” aborda los subtemas del testamento cerrado como tal, sus precedentes históricos, análisis de la definición legal, y la que se brinda a los distintos autores con las que finalmente fue posible estructurar una nueva que recoge los aspectos importantes del testamento cerrado, también se abordan las características y la capacidad para testar en esta clase de testamento, se desarrollan las solemnidades para poder otorgarlo y los casos especiales.

“Comparación de la legislación interna sobre el proceso de apertura y publicación del testamento cerrado con la legislación extranjera”, se titula el tercer capítulo, se trata del estudio exhaustivo de los pasos que según lo regulado en el Código de Procedimientos Civiles derogado, eran los que debían seguirse para la apertura y publicación de testamento cerrado, estos elementos fueron analizados y explicados cronológicamente tomando en cuenta que bajo la necesidad de superar el problema que atañe, posteriormente se desarrolló una comparación con las legislaciones de países como Colombia, Nicaragua y Guatemala. Lo que permitió tener una visión amplia de la manera de proceder ante el otorgamiento de testamentos cerrados, indicando paso a paso y conforme a la legislación correspondiente la Apertura y Publicación de Testamento Cerrado.

Finalmente, el cuarto capítulo se titula “Análisis de la Unificación del Proceso de la Apertura y Publicación de Testamento Cerrado en la Legislación Salvadoreña”. En este último capítulo se abordan aspectos de suma importancia y que son parte clave en este trabajo de investigación, ya que en

este se analizan los distintos aspectos y la posible solución al problema. En este capítulo se aborda el problema desde una perspectiva jurisprudencial, se explica el resultado de la investigación de campo realizada, y cuántos son los casos aproximadamente en los que se corre el riesgo de sufrir vulneración de derechos y principios.

Además, se realiza un análisis más detenido de legislaciones que resuelven este tipo de trámite de forma procesal y no procedimental, resaltando sus semejanzas y diferencias, finalmente se estructura una propuesta de solución.

Las conclusiones son las afirmaciones de las hipótesis y objetivos que se lograron comprobar en el desarrollo de la investigación y seguidamente se encuentran las recomendaciones para la solución eficaz del vacío legal.

CAPITULO I

EVOLUCION HISTÓRICA Y TEÓRICA DE LA INSTITUCIÓN JURÍDICA DE TESTAMENTO CERRADO

Este capítulo tiene como propósito iniciar el estudio de los aspectos generales del Testamento Cerrado en El Salvador, a partir del desarrollo de su evolución histórica y teórica. Para lo que resulta importante abordar desde las definiciones y conceptos del testamento en general, aspectos históricos, características y su clasificación de acuerdo al Código Civil.

1. Evolución histórica

1.2. Etimología

Existen muchas discrepancias a la hora de definir cuál es la etimología de la palabra testamento, ya que a través del tiempo, muchos autores han tomado diversos significados que no difieren tanto al hacer las respectivas comparaciones entre sí; la primera valoración es la de Justiniano, quien estimó que proviene de una palabra compuesta del latín “testatiomentis” que significa testimonio de la mente, la cual es retomada por diversos autores romanos¹, y otros más conocidos.²

También se deriva del latín “testamentum” que significa testimonio de la voluntad, también es derivado de “testibusmentis” haciendo relación a una

¹“René Abeliuk, *Derecho Sucesorio: Explicaciones de clases revisadas por el profesor Manuel Somarriva Undurraga*, 2º edición, (Editorial Nascimento, Santiago, Chile: 1961), 157. Establece “que el origen etimológico del término deriva de dos expresiones latinas: “testatiomentis”, que quiere decir testimonio de la voluntad”.

²Roberto Romero Carrillo, *Nociones de Derecho Hereditario* 3ª ed. (Ministerio de Justicia El Salvador:), 137, Manifiesta que “La palabra testamento del latín (testamentum) según algunos autores es una palabra compuesta, viene de “testatio” y “mentis”, y significa entonces, “testimonio de la voluntad”.

declaración que se hace antes un número determinado de testigos, y también “testari”³. Se dice que la palabra testamento se hace derivar de las voces latinas “testadio y mentis”⁴ que significaría testimonio de la voluntad y otros, que creen en que es un simple juego de palabras lo han derivado de “testibusmentio” ya que en aquel tiempo los testigos no eran utilizados solamente como medio probatorio, sino más bien se probaba la declaración del testador.⁵

Se considera que tiene más valor la etimología testibusmentis apoyándose en la consideración que el testamento desde el principio, fue una declaración hecha ante testigos, y que al inicio de su existencia dichos testigos tenían un papel de aporte o colaboración y no estaban tan limitados solo a testar como ahora sino que también probaban la declaración que ellos hacían del testador del que quería que fuera su heredero.⁶

En ese sentido, se puede decir que no existe uniformidad en interpretaciones brindadas por los distintos autores sobre la etimología de la palabra testamento; sin embargo, al analizar estas posturas, las diferencias encontradas en sus significados no son tan divergentes.

2.1. Concepto de testamento

Las personas transmiten sus bienes para después de sus días a través del testamento. Sin embargo, el concepto de testamento se ha formado y mol-

³Guillermo Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* 30ª ed, (Editorial Heliasta Argentina:, 1981), 441.

⁴Ramón Meza Barros, *Manual de la Sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos* 9ª ed., (Ed Jurídica de Chile, Chile: 2008), 47. Dicen que las partidas: “testatio et mentis son dos palabras en latín que quieren decir en romance como testimonio de la voluntad del ome. E destas palabras fue tomado el nome de testamento”. Pero no cabe duda que esta etimología es totalmente falsa.

⁵José Guillermo Fiallos Valdés, *“Los testamentos solemnes en la legislación salvadoreña”* (tesis doctoral, Universidad de El Salvador, 1974), 22.

⁶Ibíd.

deado por diferentes autores y épocas a través de la historia, es por esto que es importante comenzar definiendo el testamento desde la época del impero romano, se definió el testamento como “la justa expresión de la voluntad, sobre lo que se quiere que se haga después de la muerte”, esta definición es muy parecida a la del autor, el definió el testamento como “La manifestación legitima de la propia voluntad, hecha solemnemente para hacerla valida después de la muerte”⁷

Se expone los siguientes conceptos legales: como muestrario legal, el Cód. Civ. esp., determina que: “El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes, o de parte de ellas, se llama testamento”. “Por su parte, el Cód. Civ. Arg., expresa: “El testamento es un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone de todo o parte de sus bienes para después de su muerte”.⁸

La sucesión testada, es “la transmisión que hace el causante de sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles a las personas que designa en su testamento.”⁹

Se señala que “El testamento es un acto jurídico unilateral, personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz transmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte a sus herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para después de la misma”.¹⁰

⁷Eugene Petit, *Tratado Elemental de Derecho Romano*, 9ª ed., (Ed. Nacional, México, 1966). 514.

⁸Cabanellas, *Diccionario Enciclopédico*, 388.

⁹Meza, *Manual de la Sucesión*, 47.

¹⁰Rafael Rojina Villegas, *Compendio de Derecho Civil II, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones*, 40º ed., (Porrúa, México, 2008), 421. Dice que “el Código Civil mexicano define al testamento en los términos indicados, aunque no dice que sea un acto jurídico unilateral, sino simplemente que es un acto. Naturalmente que se caracteriza como acto jurídico porque es una manifestación de voluntad que se hace con la intención de producir consecuencias de derecho; y es unilateral porque solo interviene una manifestación de voluntad”.

Para otros estudios del derecho el testamento es “un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte”.¹¹

El autor en su tesis de los testamentos solemnes expresó: “Modernamente se ha centrado el concepto de testamento, en ser un acto de ordenación sucesoria general, pues no obsta a la validez y eficacia de la disposición testamentaria el silencio de la ordenación de bienes”.¹²

2.3. Concepto de testamento en la legislación salvadoreña

En la legislación salvadoreña el concepto de testamento ha sufrido ciertos cambios con el paso del tiempo y las reformas; el primer concepto que cabe señalar es el del Código de 1860 donde se definió el testamento en el artículo 978 diciendo: *“El testamento es un acto más o menos solemne, en que una persona dispone del todo o una parte de sus bienes para que tenga pleno efecto después de sus días, conservando la facultad de revocar las disposiciones contenidas en el, mientras viva”*. Esta definición dice exactamente lo mismo que lo establecido en el artículo 999 del Código chileno de donde fue tomada por el legislador de Código Civil salvadoreño.¹³ De esta definición se puede observar que el legislador sentó el precedente de que el testamento es un acto jurídico, sin embargo, diversos autores consideran el testamento como un contrato¹⁴.

¹¹Martín Andrés Font, *Guía de Estudio de Sucesiones: programa desarrollado de la materia*, 4ª ed., (Estudio, Buenos Aires, 2007), 159.

¹²Fiallos, “*Los testamentos solemnes*”, 29.

¹³*Ibíd.*, 31.

¹⁴El mismo autor, define la sucesión testamentaria como “un negocio por causa de muerte que se llama testamento, en virtud del cual una persona capaz, por su sola voluntad libre, dispone de sus relaciones transmisibles para después de su muerte”. José Arce y Cervantes, *de las Sucesiones*, 4ª ed., (Porrúa, México, 1996), 133. La palabra negocio conlleva un acuerdo de voluntades (contrato), que como se explica en el texto, en la legislación salvadoreña no es aplicable debido a la falta de existencia del acuerdo de voluntades en el testamento.

La legislación salvadoreña, concibió desde sus orígenes hasta la fecha al testamento como un acto jurídico, y no puede considerarse como contrato por las diferencias que existen entre ambas instituciones, una de ellas es precisamente que para el otorgamiento del testamento no existe acuerdo de voluntades, ya que es el testador quien decide cómo y a quien transmitir su patrimonio, sin necesidad de contar con el consentimiento de los herederos; a diferencia del contrato en el que debe necesariamente existir acuerdo de voluntades entre los contratantes, pues se está frente a una convención cuyo objetivo primordial es originar obligaciones. Si bien es cierto existen contratos unilaterales, en estos únicamente resulta obligado quien lo suscribe, siendo la diferencia con el testamento que quien otorga el mismo no resulta obligado en lo absoluto.

Otra diferencia fundamental es lo relativo a la transmisión y transferencia, la transmisión puede ser tanto a título universal como particular, está dispuesta únicamente para el testamento debido a que es el único acto en virtud del cual puede transmitirse la totalidad del patrimonio de una persona a otra después de su muerte. Para los contratos se tiene la figura de la transferencia, destinada a los acuerdos de voluntades entre vivos. Ahora bien, debe entenderse que la transferencia no puede ser a título universal, ya que ninguna persona puede existir sin patrimonio.¹⁵

A raíz de la reforma que sufrió la Ley del 4 de agosto de 1902, se modificó el concepto, teniendo como resultado el siguiente texto: “Se llama testamento la declaración que una persona hace de última voluntad, especialmente en lo que toca a la trasmisión de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días”.

¹⁵Ibíd, 34 - 35.

“El testador puede disponer libremente de sus bienes a favor de una o varias personas que tengan la capacidad legal para heredar, sin perjuicio de las reducciones a que se haya sujeto su patrimonio con arreglo a la ley”.¹⁶

Entre las razones que la comisión autora del proyecto de reforma presentó, se encuentran: Que la utilización de la frase “menos solemne”, se empleó erróneamente, debido a que el fin era establecer para algunos testamentos los requisitos exigidos para otorgarlos eran menos que para otros, concluyendo que eran innecesarios. La segunda razón buscaba evitar que la norma se entendiera de forma taxativa, por lo que al modificar su texto, se logró incluir otra clase de disposiciones, como el reconocimiento de hijos ilegítimos o el nombramiento de tutores o curadores.

El segundo inciso introduce la figura de la libre testamentifacción, que dio paso a la siguiente reforma formulada por la Ley del 21 de junio de 1907, en el inciso primero, ofreciendo la siguiente definición: “Art. 996. Se llama testamento la declaración que, con las formalidades que la ley establece, hace una persona de su última voluntad, especialmente en lo que toca a la transmisión de sus bienes, para que tenga pleno efecto después de sus días.

El testador puede disponer libremente de sus bienes a favor de una o varias personas que tengan la capacidad legal para heredar, sin perjuicios de las reducciones a que se haya sujeto su patrimonio con arreglo a la ley”. La reforma cumplió con el objetivo de ser clara y precisa en cuanto a definir el testamento, a pesar que se le han dirigido varias críticas por no incluir elementos como los caracteres jurídicos, han sido erróneas, a partir de que el legislador en los artículos posteriores brinda precisión de los requisitos de validez para el otorgamiento del testamento.¹⁷

¹⁶Fiallos, “*Los testamentos solemnes*”, 37.

¹⁷Ibíd., 26.

1.4. Aspectos históricos del testamento

1.4.1. El testamento en los pueblos orientales

“Los pueblos orientales antiguos no conocieron el testamento, pero si se tuvo una vaga idea de él, porque aun siendo la propiedad rigurosamente familiar existía la tendencia del jefe de familia de disponer de los bienes de algún modo.”¹⁸

“Contra tales hechos señalados por la Biblia, los que han hecho pensar que los hebreos conocieron el testamento, se opone la institución del Jubileo, que era la fiesta pública que celebraban al terminar cada período de siete semanas de años, o sea al comenzar el año quincuagésimo; en dicho año no se sembraba ni se segaba, y todos los predios vendidos o de cualquier manera enajenados volvían a su antiguo dueño, y los esclavos hebreos con sus mujeres e hijos recobraban la libertad”¹⁹ ... “Por ello, dicha institución es la demostración más palmaria de que ese pueblo no conoció el testamento, pues con ella se obtenía la conservación de la propiedad en el círculo familiar y lo único que permitía era la distribución que podía hacer el padre entre sus hijos”.²⁰

“Los egipcios no conocieron el testamento en su organización jurídico social, porque la propiedad era de familia, y esta una asociación de copropietarios, de tal modo que si se quería disponer a favor de extraños tenía que introducirseles por medio de la adopción. Lo mismo sucedía con los pueblos

¹⁸ *Ibíd.*, 19.

¹⁹ *Ibíd.* Algunos opinan que los hebreos conocieron el testamento por las referencias que aparecen en la Biblia, así según el Génesis, Jacob dio a su hijo José la porción de tierras que había conquistado combatiendo a los amorreos: ‘Yo te doy de mejora sobre tus hermanos aquella porción que conquisté del amorreo con mi espada y mi arco’ (Génesis, capítulo XLVIII).

²⁰ *Ibíd.*

*que habitaban en las riveras del Tigris y el Eufratos, o sea las culturas de la Mesopotamia, los persas y los hindúes”.*²¹

*“En Grecia parece que el testamento fue conocido hasta una época muy avanzada, siendo en Esparta conocido hasta en la época de la Guerra de Peloponeso; y en Atenas fue introducido por Solón en el caso de que una persona no tuviera hijos legítimos.”*²²

*Los testamentos que Diógenes Laercio atribuye a Platón y a Aristóteles, son sumamente interesantes para ver su sentido moral y religioso, mediante los cuales se reconoce, entre otros aspectos, un parentesco notable con los testamentos indianos.*²³

1.4.2. El testamento en el derecho romano

*“Es hasta en Roma que se aceptó que una persona pudiera disponer de sus bienes para después de su muerte por una razón que preside a muchos de los actos jurídicos romanos; porque estos estimaban indispensable mantener el culto doméstico y entonces echaban mano de todos los medios imaginables para conservarlo. No se podía morir sin dejar quien los continuara y de ahí que el culto domestico ya se encuentra en la adopción en el matrimonio por uso y por último en el establecimiento del testamento.”*²⁴

“La evolución del testamento en Roma consiste, en cuanto a las formas testamentarias; y para el estudio de ellas se han dividido en las siguientes: a)

²¹Ibíd.

²²Ibíd.

²³Aquiles Horacio Guaglianone, *“Historia y legislación de la legítima. Fuentes Antiguas.”* (Tesis laureada con el premio Eduardo Prayones y recomendada al Premio Facultad, Buenos Aires, 1940), 81. Pareciera que la matriz de los testamentos no hubiesen sufrido grandes cambios en dos mil años, desde el siglo IV a. C. hasta mediados del siglo XIX.

²⁴Fiallos, *“Los testamentos solemnes”*, 20.

Formas del testamento en el antiguo derecho, b) Formas del testamento en el Derecho pretorio,²⁵ y, código c) Formas del testamento en el Derecho Imperial”.

1.4.3. Formas del testamento en el derecho imperial

Las constituciones imperiales, o más propiamente las de Teodosio II, determinaron que se daría la *bonorum possessio*²⁶ en calidad de heredero a la persona que presentara un testamento escrito y abierto, firmado por el testador y siete testigos, y sellado por todos ellos; o que se reconocería la calidad de heredero a la persona que presentara un testamento escrito y cerrado, siempre que en la cubierta estuviera firmado por el testador y siete testigos y sellado por todos ellos.

1.4.4. El testamento en el código de napoleón

Desde el origen del testamento existieron muchas restricciones para testar, hasta que el liberalismo innovó con la libre testamentifacción, pero no de forma absoluta, ya que desde los tiempos en Roma, se estableció la Ley falcidia, esta ley prohibía hacer liberalidades que alcanzaran más de los tres cuartos de la herencia, para que al heredero le quedara por lo menos un cuarto (llamada la cuarta falcidia)²⁷.

Otro ejemplo en un ámbito nacional se encuentra en la Sala de lo Constitucional de El Salvador, la referida Sala aclara que “la libertad de testar

²⁵Cabanellas, *Diccionario Jurídico Elemental*, 450. Pretor consiste en Magistrado que ejercía jurisdicción en la antigua Roma o en las provincias a ella sometidas.

²⁶Diccionario, ley derecho.org. (España, 2018). <https://diccionario.leyderecho.org/bonorum-possessio/>. El significado de Bonorum possessio es: el modo honorario de posesión de los bienes hereditarios instituido con el fin de proteger a las personas que el pretor consideraba habían de obtener la posesión de la herencia, incluso en contra del “iuscivile”. "Bonorum Possessio"

²⁷Carlos Adrián Velis, *Sucesiones en el Derecho Salvadoreño*, 2ªed, (Editorial Jurídica, El Salvador, 2012) 98-107.

no es un derecho absoluto, sino condicionado a las leyes secundarias, ya que el Art.22 Cn. Prescribe que se dispondrá libremente de los bienes conforme la ley²⁸ y testar es disponer de los bienes.

1.5. Características de los testamentos

1.5.1. Acto individual

Una de las principales características de los testamentos otorgados en El Salvador es la de ser un acto “personalísimo”, de su propia definición se puede observar que el testamento debe ser otorgado por una sola persona, y que además tiene su fundamento legal en el Art. 1000 del Código Civil²⁹, en el que establece: *“El testamento es un acto de una sola persona. Así, son nulas todas las disposiciones contenidas en un testamento otorgado por dos o más personas, ya sean en beneficio recíproco de los otorgantes o de terceras personas”*.³⁰

En ese sentido, el autor en su libro “Curso de Derecho Civil, Derecho Sucesorio” dice que este carácter personalísimo que poseen los testamentos trae consigo dos consecuencias jurídicas de interés:³¹

- a) La Ley no acepta los testamentos mancomunados ni las disposiciones captatorias.
- b) En el testamento no cabe la representación judicial.

²⁸Sala de lo Constitucional, Sentencia de Amparo, Referencia: 734-2015 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016). *“La libre testamentifacción no es absoluta, y que dentro de sus límites está la obligación del testador de designar a su testamento, la cuantía de los alimentos que por ley está en deber de suministrar a ciertas personas”*.

²⁹Romero, *Nociones de Derecho Hereditario*, 140.

³⁰ Código Civil, (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, decreto legislativo N° 7, 1859).artículo 1000.

³¹Abeliuk, *Derecho Sucesorio*,158.

La primera consecuencia se refiere a que, el legislador en el artículo 1000 del Código Civil, rechazó de manera expresa los testamentos mancomunados o conjuntos, es decir, los que se otorgan por dos o más personas, tampoco es aceptada la figura de las disposiciones captatorias, mismas que el legislador reflejó en el artículo 1042 *“las disposiciones captatorias no valdrán. Se entenderán por tales aquellas en que el testador asigna alguna parte de sus bienes a condición de que el asignatario le deje por testamento alguna parte de los suyos”*.

Respecto de la segunda consecuencia, el artículo 1001 del Código Civil, dispone que *“la facultad de testar es indelegable. Así, no puede conferirse poder para testar”*, si bien es cierto todos los actos jurídicos pueden realizarse por medio de representante, el testamento es la excepción a esta regla general debido a su carácter de acto personalísimo, no tiene cabida la representación jurídica.

1.5.2. Acto jurídico unilateral

El testamento es un acto jurídico unilateral, es decir que para nacer a la vida jurídica basta con la sola declaración de voluntad del testador para que tenga lugar la transmisión, pues no se trata de una declaración de voluntad *recepticia*; sin embargo, es necesario que las disposiciones testamentarias sean aceptadas por aquellos a quienes son ofrecidas para que puedan surtir efectos jurídicos³².

Este carácter unipersonal del testamento se refuerza con la prohibición de los testamentos conjuntos, es decir, un solo acto realizado por más de una

³²Romero, *Nociones de Derecho Hereditario*, 140. La voluntad recepticia es aquella en la que dicha declaración de voluntad, debe dirigirse a un destinatario determinado, para ser eficaz, lo que supone su comunicación o notificación a este.

persona; si bien es cierto, existe dicha prohibición, pero no limita a los testamentos hechos recíprocamente por dos o más testadores en actos separados, siempre y cuando no afecte su revocabilidad, ya que como se planteó al principio, si el testamento pudiera ser hecho por varias personas, solo el concurso de todas sus voluntades podría modificarlo, lo que limitaría su revocabilidad.³³

1.5.3. Acto solemne

Para que el testamento posea existencia y validez tiene que cumplir con ciertos requisitos ya establecidos por la ley, es decir, que todas estas formalidades deben cumplirse so pena de nulidad y son exigidos siempre, no solo cuando se trate de un testamento en Escritura Pública sino también cuando se trate de testamentos cerrados, testamento ológrafos, entre otros.³⁴

Se define solemnidad como *“las formalidades exigidas por la ley, para cada una de las especies de testamento”*. El código Civil establece solemnidades prescritas para cada tipo de testamento que regula la legislación, hay tres requisitos que se establecen en todos los casos, como la escritura del acto, la presencia de testigos y la autorización por funcionario, que son las que constituyen su esencia y como se ha mencionado anteriormente de no cumplirse una de ellas se declararían nulos.³⁵

1.5.4. Acto revocable

Una característica esencial del testamento es la de ser un acto revocable, esta característica es considerada de orden público debido a que contiene la

³³Ibíd.

³⁴Augusto Ferrero Costa, *Manual de Derecho de Sucesiones* 2ª ed. (Gaseta Jurídica- Grijley, España, Madrid, 1999), 161,162.

³⁵Marcos Córdova, et. al., *“Derecho Sucesorio, Tomo II”*, 2ª ed., (Edt. Universitaria Argentina, 1991), 21.

última voluntad del testador y se consolida con la muerte del causante, siempre y cuando no sea revocada. Esto no quiere decir que el testamento sea un “simple proyecto” o una simple declaración de voluntad hasta el momento de la muerte, si no que desde antes de esta, ya es considerado por autores como un acto perfecto, que puede ser anulado solamente con un cambio de voluntad, y que a su vez sea una ficción, en el sentido que se tome como redactado en el momento de la muerte, ya que es imposible testar en esa situación.³⁶

En vista de que la última voluntad del causante comúnmente se considera cambiante, mutable y esencialmente ambulatoria, el artículo 998 del Código Civil dice que *“Todas las disposiciones testamentarias son esencialmente revocables, sin embargo de que el testador exprese en el testamento la determinación de no revocarlas.”* En la misma disposición enuncia dos supuestos más: 1) Las cláusulas derogatorias de sus disposiciones futuras se tendrán por no escritas, aunque se confirmen con juramento, y 2) si en un testamento anterior se hubiere ordenado que no valga su revocación si no se hiciera con ciertas palabras o señales, se mirara esta disposición como no escrita”.³⁷

Es importante aclarar en este punto, que solamente son revocables las disposiciones testamentarias, pues las declaraciones de voluntad no lo son en su totalidad; no son revocables las declaraciones de voluntad que implican confesiones, como por ejemplo el reconocimiento de un hijo o de

³⁶Ibíd., 24.

³⁷Romero, *Nociones de Derecho Hereditario*, 142. *“Esas cláusulas, que se llamaban cláusulas “ad-cautelam”, eran admitidas en el Derecho Antiguo y tenían por objeto proteger al testador de las presiones que pudieran hacerse para que revocara su testamento. La revocación no valía si en ella no aparecía la señal, que podía consistir en ciertas expresiones como “por el amor de Dios”, “Jesús, María y José”, “en nombre de Dios”..., pues su omisión indicaba que el testador había sido obligado a hacerla”.*

una deuda. La revocabilidad del testamento es una medida muy eficaz para garantizar la libre testamentifacción al causante.³⁸

1.5.5. Acto mortis causa

El testamento es un acto Mortis Causa, el Código Civil lo regula como “la declaración que hace una persona de su última voluntad” y que además, “tiene pleno efecto después de sus días”,³⁹ es decir, que este acto jurídico se entiende como la voluntad definitiva del testador mientras no sea modificada y surte efectos bajo la “conditio juris” de la muerte.⁴⁰ Es considerado de última voluntad, ya que el testador lo plasma y subsiste hasta después de su muerte siempre y cuando no se revoque, la muerte es la que origina que se produzcan sus efectos y las disposiciones propiamente testamentarias, ya que no puede producirse ninguno antes de este suceso, todo esto es lógico, ya que es considerado un modo de adquirir el dominio de los bienes basado precisamente en el fallecimiento del causante.⁴¹

1.5.6. Es un acto de disposición de bienes

Se dice que el testamento tiene por objeto fundamental, pero no único, disponer de los bienes. El Código Civil regula la disposición de bienes, ya sea de forma total o parcial, la primera de ellas se refiere a cuando el

³⁸Córdova, *Derecho Sucesorio*, 25.

³⁹Código Civil, artículo 996.

⁴⁰Arce, *De las Sucesiones*, 56.

⁴¹Abeliuk, *Derecho Sucesorio*, 160. “¿Quiere decir con ello que el testamento produce la totalidad de sus efectos una vez a fallecido el causante, y que antes de su muerte puede tener otros efectos que no sean totales? Se puede citar dos casos en que el testamento produce algunos efectos en vida del causante: 1° El reconocimiento voluntario de hijo que se efectúa en un testamento abierto. En este caso, el testamento va a producir un efecto en vida del causante: otorgar al hijo el carácter natural; 2° Las donaciones revocables y legados entregados por el causante en vida a los beneficiados con derecho a ellos. Contemplan esta situación los artículos 1140 y 1142.

testador dispone íntegramente de la totalidad de sus bienes sin restricción alguna; es decir, una sucesión testamentaria, pero si el testador dispone solo de un porcentaje de su caudal relicto, entonces la sucesión es en parte testada y la otra parte intestada.⁴²

Cabe preguntarse en este punto si, ¿un acto que cumple con todos los requisitos que se exigen para un testamento, lo es, aunque no exista en él una cláusula en la que se disponga de bienes o si la cláusula coexiste con otras disposiciones de carácter extra patrimonial?.

Se caracteriza esta clase de testamento como una “previsión subordinada al advenimiento de la muerte” ya que en realidad, todas las cláusulas que no impliquen disponer de bienes (reconocimiento de hijos, nombramiento de tutor o curador) dentro del género de los testamentos constituyen especies.

Es decir, que todo acto en el que la finalidad sea el cumplimiento de sus cláusulas para después de la muerte del testador en las que se cumple con todo los requisitos de fondo y forma que exige la Ley es un testamento, independientemente de que se haya o no dispuesto de los bienes.⁴³

El autor considera que, al emitirse el precepto de esa manera se cometió una “inexactitud” ya que como se menciona anteriormente, el objeto fundamental del testamento no debe ser solo la disposición de los bienes, pues existen testamentos en los que no se dispone ni en todo, ni en parte de los bienes ya que son otorgados con otros fines como: para nombrar albacea o partidor de la sucesión, guardador de los hijos o para reconocimiento voluntario, por lo que, considerar el objeto del testamento únicamente a la disposición de bienes sería limitar el precepto y dejar fuera estos elementos.

⁴²Código Civil, artículo 996.

⁴³Córdova, *Derecho Sucesorio*, 26.

En El Salvador, respecto a esta característica del testamento, se tiene por regla general que las cláusulas que comprenden el mismo son eminentemente dispositivas por ser ese el objeto principal o la razón más común de su otorgamiento, pero hay excepciones o situaciones especiales que recoge la ley, que pueden ser parte del contenido del testamento y no tienen un carácter dispositivo sino decisorio o impositivo por parte de testador. En la legislación salvadoreña algunos de estos casos son:

- a) El reconocimiento voluntario de un hijo, que perfectamente puede plasmarse en el cuerpo del testamento de conformidad al artículo 143 numeral 5° del Código de Familia;⁴⁴
- b) La constitución de una fundación sin fin de lucro de conformidad a lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro;⁴⁵
- c) El nombramiento de un partidor cuando el difunto de la sucesión que se desea dividir por los herederos, disponga en el testamento la persona que desempeñara dicho cargo según lo regulado en el Artículo 1203.⁴⁶
- d) La constitución o confirmación de un fideicomiso que tiene lugar en el propio testamento de acuerdo al artículo 1234 romanos II y III del Código de Comercio.⁴⁷

⁴⁴Código de Familia, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, Decreto N° 677, D. O. N° 231 Tomo N° 321, 1993,) artículo 143 numeral 5°.

⁴⁵Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, Decreto N° 894.- D. O. N° 238 Tomo N° 333, 1996), artículo 19.

⁴⁶Código Civil, artículo 1203.

⁴⁷ Código de Comercio (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, 1970) artículo 1234.

1.5.7. Libre testamentifacción

El causante no puede restringir su voluntad, ni obligarse por contrato o convenio de no testar, y peor aún, testar bajo condiciones o transmitir por testamento solo una parte de sus bienes a los herederos legítimos, pues el testamento es un acto libre, y el causante puede disponer de sus bienes y derechos, declarar o cumplir deberes de la manera que mejor le parezca sin que tenga que intervenir otra persona.⁴⁸

En el Código Civil Salvadoreño se comenzó a regular la libre testamentifacción a partir del 4 de agosto de 1902,⁴⁹ y se elevó a la categoría de derecho constitucional en la Carta Magna de 1950.

En el año 1902, el Código Civil Salvadoreño sufrió una serie de reformas muy importantes, entre las que la Comisión autora tomó a bien introducir la libre testamentifacción por considerarla importantísima y trascendental, consecuencia del derecho de propiedad; argumentando que *“la libertad de testar en nada puede afectar el cumplimiento de los deberes para con la familia en cuyo favor se ha mantenido las restricciones legales que ahora se suprimen. La Ley siempre queda garantizando los alimentos congruos de los hijos, de los ascendientes y del cónyuge sobreviviente en condiciones*

⁴⁸Rojina, *Compendio de Derecho Civil*, 424. “El testamento es un acto libre, no puede el testador obligarse por contrato o por convenio a no testar, o a testar bajo ciertas condiciones, o bien a transmitir por testamento solo parte de sus bienes y reservar otra parte para sus herederos legítimos. Cualquier pacto que en este sentido se restrinja la facultad libre de testar, o que implique renuncia de ella, es también inexistente por una imposibilidad jurídica, en virtud de que hay una norma en el derecho positivo, que impide que el acto de renuncia o de restricción a testar se lleva a cabo”. En la legislación salvadoreña se encuentra el fundamento legal para la Libre Testamentifacción en la Constitución de la República en el Art. 22 Cn., y en Código Civil en el Art. 996 Inc. 2°.

⁴⁹Mauricio Guzmán, *Estudio Preliminar del Código Civil de El Salvador*, 2 ed. (Editorial Instituto de Cultura Hispánica, España, Madrid, 1959), 23. “Siempre en el año mencionado por Ley del 4 de agosto se instituyó la libertad de testar en esta forma: “el testador puede disponer libremente de todos sus bienes a favor de una o varias personas que tengan capacidad legal para heredar, sin perjuicio de las reducciones a que se halla sujeto su patrimonio con arreglo a la Ley”.

*amplias conforme a su condición social para dar así satisfacción forzosa a estos deberes”.*⁵⁰

Como consecuencia de esta reforma, quedaron derogadas todas las disposiciones relativas a las asignaciones forzosas y solo quedó vigente la cuota de alimentos sucesora, por considerar dicha comisión que pretender que se aplique de manera forzosa una asignación que no se funda en ningún derecho, es llevar la protección hasta el atentado;⁵¹ es decir, que bajos estos argumentos se reformo el código para regular la libre testamentifacción y se suprimieron todas las disposiciones relativas a la porción conyugal, las legítimas, la cuarta de mejoras y la acción de reforma del testamento.⁵²

1.6. Clasificación de los testamentos

1.6.1. Testamento solemne

Se denomina testamento solemne, a aquel en el que se han cumplido a cabalidad todos los requisitos establecidos previamente por la Ley;⁵³ el

⁵⁰Ibíd., 24.

⁵¹Ibíd. “No puede entenderse que la Ley sea más solícita y provisoria respecto de los hijos que su propio padre en la distribución de sus bienes, cuando, por el contrario, solo éste puede apreciar debidamente las diversas condiciones y situaciones de los miembros de su familia para hacer la distribución conveniente; y aunque se prive a estos de la seguridad de heredar, tal circunstancia, lejos de ser en su contra, tiene que redundar en su provecho, sea para estimularlos a procurarse por sí mismos un modo de vivir independiente, o bien para impedir que bajo la esperanza de herencia se abandonen a la disposición

⁵²Porción conyugal: Es aquella parte del patrimonio del causante que la ley designa al cónyuge sobreviviente que carece de lo necesario para su propia subsistencia. Legítimas: es la porción de bienes de la que el testador no puede disponer debido a que la ley la ha reservado a determinados herederos, llamados herederos forzosos o legitimarios. La cuarta de mejoras: está comprendida por un 25% de los bienes del causante o donante, quien hace la distribución que quiera entre sus hijos legítimos y naturales y los descendientes legítimos.

⁵³Font, *Guía de Estudio de Sucesiones*, 171. “El testamento no solo requiere de ciertas formalidades exigidas por la ley (acto formal), sino que, además, ante el incumplimiento de alguna formalidad, el testamento pierde su validez (solemne). El testamento siempre debe otorgarse por escrito, está prohibido el testamento verbal. Si no se exigieran en el testamento ciertas formalidades, podría ocurrir que muchos documentos fuesen considerados testamentos sin que fuera esa la voluntad del testador”.

Código Civil salvadoreño lo define así: “*el testamento solemne es aquel en que se han observado todas las solemnidades que la Ley ordinariamente requiere; el menos solemne o privilegiado es aquel en que pueden omitirse algunas de estas solemnidades, por consideración a circunstancias particulares determinadas expresamente por la ley*”⁵⁴; algunos autores señalan esta definición como impropia, ya que consideran que un acto jurídico es solemne o no lo es; además que al clasificar un testamento de esta manera, puede dar lugar a una interpretación errónea del mismo, es decir, que puede entenderse que las solemnidades del testamento son potestativas del testador, pero ello no es así, pues realmente se refiere a que no es potestad del testador omitir solemnidades de ley, sino que, es el legislador quien omite ciertos requisitos para otorgar un testamento “menos solemne”.

Según el Código Civil los testamentos solemnes que pueden ser otorgados en El Salvador son el testamento abierto, nuncupativo⁵⁵ o público, que es aquel en el que el testador hace saber su última declaración de voluntad ante un notario y tres testigos,⁵⁶ y el testamento cerrado, en este último el testador hace su declaración de forma privada, en un sobre cerrado, en este no es necesario que el notario y testigos tengan conocimiento de la voluntad del testador.⁵⁷

Si bien es cierto, cada testamento tiene sus particularidades, existen requisitos que no pueden faltar en ningún testamento solemne, ya sea abierto o cerrado, tales como los prescritos por el Código, el primero de ellos

⁵⁴Artículo 1005.

⁵⁵Ibíd. Esta denominación no le es muy propia ya que el verdadero testamento nuncupativo es el verbal, pero se acepta porque el testador nombra a su heredero ante las personas que según la Ley deben presenciarlo.

⁵⁶Rojina, *Compendio de Derecho Civil*, 443.

⁵⁷Abeliuk, *Derecho Sucesorio*, 171

se encuentra en el artículo 1006 del Código Civil, “*el testamento solemne es siempre escrito*”, debe otorgarse ante notario⁵⁸ y a falta de este, ante un Juez de primera instancia o Juez de Paz y los testigos requeridos por la ley según la clase de testamento, los testigos pueden ser de cualquier sexo, y deben cumplir con los requisitos del artículo 34 de la Ley de Notariado.

Es decir, ser mayores de dieciocho años, conocidos del notario y domiciliados en el país, esta última solemnidad se exceptúa en los casos de testamento otorgado en país extranjero, además tienen que saber leer y escribir, hablar el idioma castellano y tener una profesión u oficio, la última condición especial es la de que los testigos deben conocer al testador tal y como lo establece el artículo 40 de la Ley de Notariado.⁵⁹

1.6.2. Testamentos privilegiados

Los testamentos privilegiados son aquellos que pueden utilizarse en situaciones excepcionales, varios autores lo define así: “*testamentos*

⁵⁸Romero, *Nociones de Derecho Hereditario*, 151. “En esto hay una gran impropiedad, porque en el fondo se está diciendo de que el hecho de que un testamento sea solemne o menos solemne, queda al arbitrio del testador, en esta forma: si quiere que su testamento sea solemne, tiene que cumplir u observar todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere, pero si lo quiere hacer menos solemne solo tiene que omitir algunas de esas solemnidades a su antojo, lo cual es absurdo. Lo que realmente ocurre es que no es el testador el que “puede omitir” alguna de las solemnidades que la ley ordinariamente requiere, sino que las omitió el legislador, dejando solo algunas para el testamento menos solemne, pero estas “algunas que prescribe para los testamentos privilegiados tienen que ser cumplidas por el testador”.

⁵⁹Romero, *Nociones de Derecho Hereditario*, 152. “El artículo 1007 del Código, ha sido modificado tácitamente por la Ley de Notariado, se establecían incapacidades especiales para testigos de testamento y la habilidad putativa de los mismos en ciertos casos. Sobre la habilidad putativa para ser testigo de un testamento, de la que trata el penúltimo inciso del artículo citado, puede decirse que actualmente también existe un caso de habilidad putativa de los testigos de testamento que consiste en que cuando aquel es cerrado y en él se deja una asignación a uno de los testigos, esto se convierte en interesado en el acto, y debería inhabilitarlo como tal testigo, y como consecuencia el testamento devendría nulo, pero no es así, porque la causa de la inhabilidad no era conocida cuando el testamento fue otorgado, ya que el testador no está obligado cuando usa esta forma testamentaria a hacer saber sus disposiciones; en consecuencia, como su interés no era conocido, era hábil putativamente.”.

*privilegiados o menos solemnes son aquellos en que se pueden omitir algunas de las formalidades requeridas ordinariamente, en atención a circunstancias especiales, determinadas expresamente por la Ley*⁶⁰. La característica fundamental del testamento especial o privilegiado es que su validez se encuentra sujeta a un periodo de tiempo, vencido dicho periodo se produce la caducidad del testamento, es decir, cuando se trata del testamento privilegiado se entiende que es un testamento de urgencia, que es admitido por la ley debido a que las circunstancias del otorgamiento se dan en un tiempo corto en el que se vuelve imposible otorgarlo con las solemnidades que los testamentos ordinarios lo requieren.

Es esa, precisamente, la diferencia fundamental del testamento privilegiado o menos solemne con los testamentos solemnes, ya que estos últimos solo quedan sin efecto cuando se revocan, mientras que los privilegiados caducan sin necesidad de revocarlos, es decir, que caduca cuando el testador sobrevive a un determinado tiempo previamente establecido por la ley.⁶¹

El Art. 1025 del Código Civil de El Salvador, regula como testamentos privilegiados solamente el militar y el marítimo, debiendo comprenderse que ambos pueden ser abiertos o cerrados, teniendo importancia esto por las personas ante quienes se otorga, el número de testigos en cada uno de ellos; y el lugar de otorgamiento.⁶²

⁶⁰Meza, *Manual de la sucesión*, 63.

⁶¹Ibíd.

⁶²Romero, *Nociones de Derecho Hereditario*, 174. "Hubo entonces una época, de agosto de 1902 a abril de 1910, en que la legislación salvadoreña acogió el testamento privilegiado *verbal*, forma que solo podía usar la persona que se encontraba en caso de peligro inminente no comprendidos en el Código, y caducaba por el hecho de sobrevivir el testador a ese peligro. Se procedía en este caso como ya se indicó al hablar de las formas extraordinarias de los testamentos. No era necesario que los testigos de un testamento verbal pudieran firmar, porque lo que ellos hacían era oír las disposiciones del testador y luego declarar sobre ello; Actualmente ambos testamentos privilegiados solo pueden otorgarse de forma escrita".

1.6.3. Testamento militar

El testamento militar es el que se otorga en tiempo de guerra por los militares o civiles que se encuentren interviniendo en ese momento, bajo las circunstancias previstas en la ley; este testamento hace posible que los testadores militares, por difíciles que fueren las circunstancias en la que se encuentran otorguen un testamento.⁶³

El testamento militar, cuyo acto es un privilegio para los militares de muchos Estados que contemplan esta institución. Tiene sus orígenes en el Derecho Romano. Consistía en un régimen particular de la antigua Roma, de forma y subsistencia aplicable a los militares que se ha de colocar en el *iussingulare* que les era aplicable a estos. Subsiste en el derecho actual, como forma extraordinaria de testar, pero no como integrando un fuero o derecho particular, sino como una facilidad que se le acuerda al militar por circunstancias particularísimas que impiden a las formas ordinarias de testar.⁶⁴

En el Código Civil a partir del artículo 1024 regula los requisitos que el testamento militar otorgado en El Salvador debe contener, en ese sentido, se sabe que esta clase de testamento se utiliza en tiempo de guerra y el código precisa que debe ser ante una expedición de guerra, que esté actualmente en marcha o campaña contra el enemigo, o en la guarnición de una plaza actualmente sitiada, pero ¿Quién puede otorgarlo? El artículo 1027 del mismo cuerpo legal prescribe que dicho testamento debe pertenecer a los militares y los demás individuos empleados en cuerpo de tropas de la

⁶³Ángel Guillermo Aulestia Gavilanes, *"Herramientas y Mecanismos a fin de Mejorar los Testamentos Privilegiados, en favor de los Miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Ecuador"*. (Tesis para optar a licenciatura, Universidad de las Américas. Quito, Ecuador. 2016) 1,7.

⁶⁴Santiago C. Fassi *Tratado de los testamentos*, Vol.1, (Astrea, Buenos Aires, Argentina: 1970), 204.

República, los voluntarios, rehenes y prisioneros que pertenecieren a dicho cuerpo, y por las personas que van acompañando y sirviendo a cualquiera de los antes dichos. El testamento militar podrá ser otorgado ante un capitán o un oficial de grado superior al de capitán o por un intendente de ejército, comisario o auditor de guerra⁶⁵.

El código también contempla estos requisitos bajo el supuesto de que en caso la persona desea testar estuviere enfermo o herido, podrá ser recibido su testamento por el capellán, médico o cirujano que le asista; y si se hallare en un destacamento, por el oficial que lo mande, aunque sea de grado inferior al de capitán; otro requisito importante del testamento militar es que deberá presenciarse dos testigos a lo menos, y firmado por el testador, si supiere y pudiere escribir, por el funcionario que lo ha recibido y por los testigos.⁶⁶

El testamento militar puede ser abierto o cerrado, si el testador decide hacerlo abierto debe sujetarse a los requisitos del artículo 1031, deberá llevar al pie el Visto Bueno del Jefe superior de la expedición o del Comandante de la plaza, si no hubiere sido otorgado ante el mismo Jefe o Comandante, y será siempre rubricado al principio y fin de cada página por dicho Jefe o Comandante; el cual en seguida lo remitirá, con la posible brevedad y seguridad, al Ministerio de Guerra, quien procederá como el de Relaciones Exteriores en el caso del artículo 1023.

En caso de que el que puede testar militarmente prefiera hacer testamento cerrado, deberán observarse las solemnidades prescritas en el artículo 1017,

⁶⁵“El militar solo puede usar esta forma de testar en tiempo de guerra art. 3672, en nuestro Código el art. 1027. También los militares embarcados en buque del Estado para una expedición militar, pueden testar militarmente (art. 3688, en el Código de El Salvador, no dice nada), si es que no prefiere hacerlo bajo las normas del testamento marítimo”.

⁶⁶Código Civil, artículo 1027.

actuando como ministro de fe cualquiera de las personas designadas al fin del inciso 1º del artículo 1027. La cubierta será visada como el testamento en el caso del artículo 1031; y para su remisión se procederá según el mismo artículo. Este testamento será presenciado por dos testigos a lo menos y comprendido en lo dispuesto en la ley.⁶⁷

La vigencia limitada, como especialidad del testamento militar está dada por el art. 1030: *“Si el testador falleciere antes de expirar los noventa días subsiguientes a aquel en que hubieren cesado con respecto a él las circunstancias que habilitan para testar militarmente, valdrá su testamento como si hubiese sido otorgado en la forma ordinaria. Si el testador sobreviviere a este plazo, caducará el testamento”*.

1.6.3. Testamento marítimo

El testamento marítimo, es el que puede otorgarse en alta mar a bordo de un buque de guerra o mercante salvadoreño. Éste testamento básicamente es un derecho especial de las fuerzas navales de los diferentes Estados, aunque también suele ser considerado un testamento para los tripulantes y de más que estén a bordo de un buque de guerra.

A diferencia de su análogo militar, el testamento marítimo no tiene la subjetividad del militar, ya que cualquier persona puede realizar un testamento marítimo, el único requisito es estar en un buque militar en alta mar. El nacimiento del testamento marítimo se da como un beneficio a los integrantes de las fuerzas navales, para que tengan su propio privilegio de testar, y diferenciarse del testamento militar y de la fuerza terrestre.

⁶⁷Ibíd., artículo 1028.

Desde ese punto de vista, el verdadero origen del testamento marítimo fue en complemento del testamento militar, para los miembros de sus armadas. El testamento marítimo entonces iba surgiendo en cada una de las legislaciones en las cuales se contemplaba el testamento militar y nacía su fuerza náutica también, todo ello por las diferencias circunstanciales que tenían los miembros de ambas fuerzas, tanto de la fuerza terrestre como de la marina, ya que sus operaciones eran totalmente distintas al igual que sus dificultades de testar, de cada una las ramas de las fuerzas armadas.⁶⁸

El testamento marítimo al igual que el testamento militar se puede otorgar abierto o cerrado, con la diferencia que en el testamento militar abierto solo se necesita la concurrencia de dos testigos mientras que en el testamento marítimo se necesitan tres. Así mismo sucede con el testamento militar cerrado, pues para este se necesita la presencia de cuatro testigos según lo dispone el artículo 1032.C.C. El testamento marítimo posee validez si el testador fallece antes que desembarque o antes de transcurrir los noventa días siguientes al desembarque y caduca en caso de que el testador sobreviva al plazo de los noventa días.⁶⁹

1.6.5. Otros tipos de testamento

En algunas legislaciones se regulan otras formas testamentarias a parte de este país, estas son clasificadas como “formas ordinarias y extraordinarias”; las formas ordinarias pueden ser públicas (testamento público abierto y

⁶⁸Aulesia, “*Herramientas y Mecanismos*”, 17-18.

⁶⁹Romero, *Nociones de Derecho Hereditario*, 176. “Con estos testamentos se plantea actualmente una cuestión, debido a que, como no se asienta un protocolo, la ley prescribe que se remitan al Ministerio de Guerra y al de la Marina (hoy Defensa y Seguridad Pública) respectivamente, para que se proceda como se ordena en el artículo 1023 del Código Civil, que ya fue suprimido y que trataba de la protocolización del testamento consular que debía verificarse por el Juez del último domicilio del difunto en El Salvador, a quien se le remitió para tales efectos, pues en la época de su vigencia los funcionarios del Servicio Exterior no llevaban protocolo”.

testamento público cerrado), o privadas (testamento ológrafo), esta forma de testar puede ser utilizada por personas con capacidad para testar activa, en cualquier momento para hacer su declaración de última voluntad, siempre y cuando la legislación del país donde se quiera otorgar lo permita, ya que en el de este país no es el caso; las formas extraordinarias son las que se otorgan en circunstancias especiales, en las que definitivamente no puede utilizarse las formas ordinarias.⁷⁰

1.6.6. Testamento ológrafo

La única forma ordinaria privada de testar es la del testamento ológrafo, que etimológicamente proviene de la voz latina *holos*: todo por entero; y *graphos*: escritura.⁷¹ *Se denomina testamento ológrafo al que ha sido escrito-en su totalidad- fechado y firmado por la mano misma del testador*,⁷² se considera de carácter privado ya que este testamento no es autorizado por ningún funcionario, ni requiere la presencia de testigos.

Los requisitos formales del testamento ológrafo son: el primero es que el testamento sea escrito en su totalidad por el testador, debe contener la fecha escrita por el testador y firmado por el mismo; de faltar uno de estos requisitos acarrea la consecuencia de ser anulado.⁷³ Para que este tipo de testamentos tengan validez, además de los requisitos mencionados anteriormente; para que el testamento sea válido se requiere que del contexto del acto surja la voluntad inequívoca del testador de disponer de sus bienes para después de su muerte.⁷⁴

⁷⁰Ibíd., 149.

⁷¹Ibíd.

⁷²Font, *Guía de Estudio de Sucesiones*, 175.

⁷³Ibíd.

⁷⁴Ibíd.

El testamento ológrafo tiene ciertas ventajas como la de ser la forma más sencilla de testar, la forma más privada de otorgar debido a que el testador puede redactar su testamento sin que nadie más lo sepa, exige formalidades fáciles y no tiene ningún costo por escritura ni honorarios del escribano⁷⁵. Sin embargo, es un testamento con altas probabilidades de ser expuesto a falsedad, alteraciones de toda especie, detenciones, ocultaciones y a ser destruido fácilmente.⁷⁶

Esta clase de testamento es permitida en algunos países como Estados Unidos, y de América Latina, se sabe que aún se aplica en Perú, en el cual se regulan las mismos requisitos señalados anteriormente en el artículo 707 C.C. *“Son formalidades esenciales del testamento ológrafo: que sea totalmente escrito, fechado y firmado por el testador. Para que produzca efectos debe ser protocolizado, previa comprobación judicial dentro del plazo máximo de un año contado desde la muerte del testador”*.⁷⁷

1.6.7. Testamento rural

Esta clase de testamentos, se regulaba en el Código Civil Argentino, en dicho código se prescribía: *“En los pueblos de campaña y en la campaña, no habiendo escribano en el distrito de la municipalidad donde se otorgare el testamento, debe éste ser hecho ante el juez de paz del lugar y tres testigos residentes en el municipio. Si el juez de paz no pudiese concurrir, el testamento debe hacerse ante alguno de los miembros de la municipalidad con tres testigos”*.⁷⁸ Este testamento ya no se regula en la actualidad en el

⁷⁵Rojina, *Compendio de Derecho Civil*, 448.

⁷⁶Font, *Guía de Estudio de Sucesiones*, 175.

⁷⁷Código Civil (Perú: Presidencia de la República, 1984) artículo 707.

⁷⁸Código Civil y Comercial de la Nación, (Buenos Aires, Argentina: Presidencia de la Nación, 2014). Art. 3655.

Código Civil y Comercial de la Nación ya que la figura cayó en desuso y no se tuvo necesidad de volver a incorporarla.

1.6.8. Testamento aeronáutico

De igual forma, este testamento se regula todavía en algunos países de Latinoamérica, entre los que se sabe, se encuentra Argentina, que regula dicha figura en el artículo 84 de su Código Aeronáutico, *“el comandante de la aeronave registrará en los libros correspondientes los nacimientos, defunciones, matrimonios y testamentos, ocurridos, celebrados o extendidos a bordo y remitirá copia autentica a la autoridad competente”*.⁷⁹ Por autores citados, se discute o se mantiene la interrogante si de verdad es necesario la concurrencia del peligro de muerte en el pasajero para que este pueda otorgar el testamento aeronáutico o se requiere otro requisito especial y pueda hacerlo no solo en estas circunstancias.⁸⁰

1.6.9. Testamento consular

En argentina le denominan testamento consular al que otorga un argentino en el extranjero o un extranjero domiciliado en el país otorga testamento, el artículo 2646 del Código Civil y Comercial de la Nación dice: *“Es válido el testamento escrito hecho en país extranjero por un argentino, o por un extranjero domiciliado en el Estado, ante un ministro plenipotenciario del Gobierno de la República, un encargado de negocios, o un cónsul, y dos testigos argentinos o extranjeros, domiciliados en el lugar donde se otorgue el testamento, teniendo el instrumento el sello de la legación o consulado”*,⁸¹

⁷⁹Código Aeronáutico, (Buenos Aires Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, 1967) art 85.

⁸⁰Font, *Guía de Estudio de Sucesiones*, 182.

⁸¹Código Civil y Comercial de la Nación, (Buenos Aires, Argentina: Presidencia de la Nación, 2014) artículo 2646. En el Salvador encontramos regulado este tipo de testamento como “testamento otorgado en el extranjero” en el artículo 1021 C.C.

el artículo siguiente a este regula todo sobre su protocolización. En estos casos, el ministro plenipotenciario, el encargado de negocios o cónsul harán la labor del escribano público como en el testamento por acto público.⁸²

1.6.10. Testamento que se otorga en tiempo de peste

Este testamento se otorgaba ante funcionario municipal, o ante el jefe o director del lazareto, que era el lugar donde el causante se encontraba recluso o en cuarentena, este tipo de testamento se permitía debido a que las ciudades invadidas por la peste eran puestas en cuarentena y nadie podía entrar ni salir de ese lugar.⁸³

1.6.11. Testamento llamado “ad pias causa”

Este tipo de testamento era permitido en Roma, a partir de la llegada de los emperadores cristianos al poder, y solo se necesitaba para otorgarlo entre dos y tres testigos, dicho testamento se utilizaba para crear fundaciones, causas pias o piadosas, iglesias entre otras.

1.7. Formalidades de los testamentos

El testamento solemne, por el simple hecho de ser un acto jurídico, necesita la concurrencia de ciertos requisitos previamente establecidos por la Ley para poder existir y ser válidos que pueden variar dependiendo de la clase de testamento que se otorgue, estos elementos son intrínsecos(internos) y extrínsecos(externos)⁸⁴, los primeros se refieren a la relación entre la capacidad de testar y la voluntad del testador libre de vicios, es decir,

⁸²Font, *Guía de Estudio de Sucesiones*, 182.

⁸³Romero, *Nociones de Derecho Hereditario*, 150.

⁸⁴Córdoba, *Derecho Sucesorio*, 27.

equivalen a los requisitos de existencia y validez del acto propio del testamento; y los segundos, se refieren a la manera de su otorgamiento y a las formalidades que recoge la ley para que sea considerado como tal⁸⁵.

1.7.1. Capacidad para testar

La capacidad jurídica es el medio que permite introducir a los hombres en el terreno jurídico, la que los faculta para exigir derechos y adquirir obligaciones, esta facultad intrínseca es la que los convierte en sujetos de Derecho. El término es vulnerable a confusión respecto de la aptitud o habilidad para testar. La primera induce a la “capacidad de obrar con eficacia jurídica”, y la segunda se extiende a la facultad de testar y a la facultad para adquirir bienes por sucesión mortis causa que alude a la testamentifacción activa y pasiva respectivamente.⁸⁶ El autor define la capacidad de testar como “*la aptitud o habilidad para otorgar válidamente un testamento*”,⁸⁷ la ley prescribe “*No son hábiles⁸⁸ para testar*”.⁸⁹

⁸⁵Salvador Fornieles, “Tratado de las Sucesiones”, 4ª ed, Tomo II, (Editorial Argentina S.A., Buenos Aires, Argentina: Topográfica 1958) 152. “En los testamentos se distinguen dos clases de elementos, también llamados requisitos del testamento: los elementos o requisitos intrínsecos o internos, y los elementos extrínsecos o externos. En los primeros se comprenden: 1) la capacidad del testador, 2) la ausencia de vicios en la manifestación de la voluntad del testador o voluntad exenta de vicios; y 3) el conjunto de disposiciones que contiene. Los elementos o requisitos extrínsecos o externos son las formalidades que la Ley exige para cada una de las clases de testamento que admite y reglamenta.

⁸⁶Ibíd.

⁸⁷Meza, *Manual de la sucesión*, 49.

⁸⁸La capacidad para testar: es la aptitud legal de una persona para ser titular de derechos y obligaciones, es decir, que para que una persona tenga capacidad para suceder, tanto en el testamento abierto como cerrado, se necesitan una serie de requisitos que lo habiliten para participar en ellos, y que sus actos hagan plena fe art. 962, 1317 C.C. diferente a la habilidad para testar, Se entiende aplicada a aquellos individuos que legalmente están aptos para poder suceder su patrimonio, que en el pleno uso de sus facultades y sin ninguna presión externa, voluntariamente manifiestan su derecho de transmitir sus bienes, obligaciones y derechos; en este caso se refiere únicamente a las personas que tienen la facultad de declarar su voluntad para destinar su patrimonio a través de testamento, por esto es que no hace referencia a personas capaces para suceder, o recibir herencia o legados. (Art. 1002 C.C.).

⁸⁹Código Civil, artículo 1002.

1° *El impúber*: la capacidad en la edad para testar, no es igual que la capacidad de ejercicio que ya se conoce, puesto que el impúber tiene que llegar a la edad establecida por la ley para dejar de serlo, es decir, la mujer deja de ser impúber a los doce años y el hombre a los catorce años, desde entonces se puede decir que ya goza de capacidad testamentaria, y es a partir de esa edad hasta cumplir los dieciochos que se les denomina “menor adulto”.

2° *El que se hallare bajo interdicción por causa de demencia*: “el que al momento de hacer el testamento se hallare bajo interdicción por causa de demencia, aun cuando se probara que testó en intervalo lúcido, porque los actos y contratos del demente posteriores al decreto de interdicción son nulos”,⁹⁰ respecto a esto el artículo 295 del Código de Familia establece “los actos y contratos del enfermo mental, posteriores a la declaratoria de incapacidad, son nulos, aunque se alegue haberse celebrado o ejecutado en un intervalo lúcido”.⁹¹

3° *El que actualmente no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa*: con la palabra “actualmente” el legislador se refiere a que al momento de testar la persona se encuentre ebrio, o bajo los denominados “casos de insania”, es decir, la persona no es interdicto, simplemente es un estado mental en el que la persona no está en su sano juicio al momento de testar, como el delirio febril, el sonambulismo, la sugestión hipnótica y los estados crepusculares.⁹²

4° *Todo el que de palabra o por escrito no pudiere expresar su voluntad claramente*: esta inhabilidad comprende al sordomudo que no puede darse a

⁹⁰Romero, *Nociones de Derecho Hereditario*, 144.

⁹¹Código de Familia, artículo 295.

⁹²Romero, *Nociones de Derecho Hereditario*, 144.

entender por escrito, aunque si pueda hacerlos a través de signos, ya que no puede intervenir un tercero para traducirlo, pues esto pondría en peligro su libre testamentifacción; en el caso que el sordomudo pueda darse a entender por escrito, podrá otorgar pero solamente el testamento cerrado, de otra forma no podrá hacerlo.⁹³

Todas estas prohibiciones se toman al momento de otorgar el testamento, se hace de esta forma para poder determinar si el testamento es válido o es nulo, pues es desde ese momento en que importa el cumplimiento de los requisitos por parte del testador, sin embargo el artículo 1005 C.C. en su inciso final establece que *“el testamento válido no deja de serlo por el hecho de sobrevenir después alguna de estas causas de inhabilidad”*. Es decir, que si el testamento en su momento fue otorgado por una persona capaz, seguirá siendo válido aunque después de haber sido otorgado sobrevenga al testador alguna de las causas anteriormente señaladas.

1.7.2. Voluntad libre de vicios

La voluntad a la hora de otorgar un testamento es fundamental, ya que como en todo acto jurídico o contrato el consentimiento es esencial.⁹⁴ El artículo expone que las disposiciones testamentarias en las que se compruebe que el consentimiento fue viciado mediante error, fuerza o dolo, se declararan nulas en todas sus partes, ya sea solo las disposiciones o el testamento en general según sea el caso.⁹⁵

⁹³Ibíd.

⁹⁴Abeliuk, *Derecho sucesorio*, 167. “Por ello el legislador rodea del máximo de precauciones la manifestación de voluntad del testador, creando incapacidades e indignidades para suceder para los que atentan contra ella, anulando determinadas disposiciones testamentarias por temor de que en ellas la voluntad del testador se haya visto influenciada por factores extraños rodeando de solemnidades el otorgamiento del acto”.

⁹⁵Código Civil, artículo 1004. Si a la hora de otorgar el testamento se comprueba la existencia de vicios en el consentimiento en todo el testamento, entonces será nulo en su totalidad, pero si solo está viciada alguna de sus cláusulas, solo será nula esa parte.

1.7.2.1. Error

El error como vicio de la voluntad de los actos jurídicos se encuentra contemplado en los artículos 1324, 1325 y 1326, del Código Civil, que en esencia establecen como casos donde opera el error: a) cuando se tiene confusión sobre la especie de acto o contrato que se celebra o se ejecuta, b) cuando la calidad del objeto o cosa objeto del contrato o acto jurídico es distinto del que se cree, y c) cuando el error recae en la persona con la que se contrata, siendo esta situación la causa principal que llevo a contratar.⁹⁶ Para el caso del testamento el artículo 1040 C.C., dispone como un caso de este tipo de vicio, el error en el nombre del asignatario, siempre que exista duda respecto de quien tiene la calidad de asignatario. En esta situación no se invalida la asignación si no hubiere duda sobre dicha persona.⁹⁷

Otro escenario respecto a este vicio del consentimiento del testador aparece descrito en el Art. 1041 C.C. y se refiere al error del hecho que motivo al testador a asignar una cuota determinada a cierta persona, expresando en el documento las circunstancias que motivaron a establecer tal asignación, en estos casos la ley tiene por no escritas dichas cláusulas, en virtud que se puede dar el caso que el hecho que origino tal designación realmente no hubiere ocurrido, o que fuera realizado por persona distinta a la que aparece relacionada en el testamento. Por tal motivo el legislador se anticipó a dicha circunstancia por resultar determinante en el testamento, en consecuencia se determinó como una asignación no escrita⁹⁸. Sobre este punto es importante aclarar que aun si se hubiere suscitado el error de hecho antes mencionado, pero se omitiere en el testamento hacer mención del acto o suceso que la

⁹⁶Ibíd.

⁹⁷Romero, *Nociones de Derecho Hereditario*, 146.

⁹⁸Ibíd.

origino, no se invalida la asignación por ser imposible determinar que se dio dicho error, y este vale por la mera o pura liberalidad del testador. El error que se ha hecho mención no invalida el testamento, sino que únicamente la asignación testamentaria.

1.7.2.2. Fuerza

*“La fuerza, en cuanto afecta la voluntad del testador, no tiene regulaciones especiales, por lo que en este caso hay que recurrir por entero a lo dispuesto por el derecho contractual; en consecuencia, para que la fuerza vicie la voluntad del testador tiene que ser suficiente para producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio”.*⁹⁹

1.7.2.3. Dolo

Para muchos autores, este vicio no es aplicable en el testamento, ya que el artículo prescribe que *“el dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes...”*¹⁰⁰ y como se estableció anteriormente el testamento es un acto jurídico unilateral, y solo interviene la voluntad del testador. Por lo tanto *“un error provocado o inducido”*¹⁰¹. Es importante recalcar que la persona que mediante el uso de la fuerza o el dolo influye en las decisiones del testador, debe ser declarado indigno de suceder.¹⁰²

⁹⁹Ibíd. 147.

¹⁰⁰Código Civil, art.1329.

¹⁰¹Romero, *Nociones del Derecho Hereditario*, 147.

¹⁰²En relación a este punto hay que recordar que el que por fuerza o dolo obtiene alguna disposición testamentaria del difunto, o le impide testar o variar su testamento, se vuelve indigno de sucederlo según lo regulado en el artículo 969 C.C

CAPITULO II

RÉGIMEN LEGAL DEL TESTAMENTO CERRADO EN EL SALVADOR

Este capítulo tiene como propósito verificar el régimen legal del testamento cerrado en El Salvador a fin de detectar las carencias en la regulación del trámite para la apertura y publicación de testamento cerrado, tomando en cuenta los elementos fundamentales y aspectos principales de la figura del testamento cerrado basado en la realidad jurídica y social de El Salvador.

2. Testamento cerrado

2.1. Precedentes del testamento cerrado en El Salvador

“El precedente más remoto del testamento cerrado se encuentra en el Derecho Romano, porque los romanos lo conocieron, al decir de Vitali, desde la Ley de las XII Tablas. Su origen está en el testamento per aes et libram,¹⁰³ mejor dicho, en una de sus variedades, pues la nuncupatio¹⁰⁴ tenía en efecto dos formas: una oral, antecedente del testamento abierto, y una forma escrita (in scriptis) que era el documento escrito sobre tablas de cera cerradas por medio de cordoncitos; aquí la nuncupatio se reducía, en el otorgamiento, a la declaración de que las tablas contenían el propio testamento sin enterar a los testigos de su contenido. Al otorgamiento del testamento cerrado o in scriptis,

¹⁰³Enciclopedia del Derecho y las Ciencias Sociales online gratis:(España, Mexico y Argentina). 2018. <https://leyderecho.org/testamento-per-aes-et-libram/>. En la época clásica del derecho romano, tras haber sido eludidas, que no derogadas, las poco funcionales formas testamentarias relativas a la etapa arcaica, el método que se seguía para hacer testamento ordinariamente era el rito del bronce y de la balanza, o lo que viene a ser lo mismo, el *testamentum per aes et libram*.

¹⁰⁴Nuncupatio (Derecho Romano): Nombre dado a la fórmula oral que era necesario pronunciar, para hacer efectivos determinados actos jurídicos solemnes.

*de los primeros tiempos del Derecho Romano, debían recurrir siete testigos que firmaban con el testador las tablas del testamento; si el testador no sabía o no podía firmar, tenía que rogar a un testigos más para que firmara por él, y todos los testigos debían de sellar el testamento”.*¹⁰⁵

*El Código de las Siete Partidas, en su ley II, título I, Partida 6ª. Dice el modo como puede hacerse el testamento si se quisiere hacer “en paridad que no sepa ninguno de los testigos lo que es escrito en él”, aludiendo así al testamento cerrado. Las formalidades del testamento cerrado exigidas por el Código de las Siete Partidas consistían en que el testador debía escribir por sí mismo o confiar a otro la escritura del testamento; después de escrito el testamento debía doblar el pliego y poner en ella siete cuerdas con que la cerraba de manera que quedaran colgadas para poder poner siete sellos, dejando fuera bastantes pergaminos en blanco para que pudieran los testigos escribir sus nombres. Hecho esto, se procedían al otorgamiento que debía hacerse en presencia de siete testigos quienes tenían que manifestar que el testamento contenía en el pliego cerrado que presentaba, firmando luego la plica de testigos en unión del testador. Los testigos debían ser rogados por el testador.*¹⁰⁶

2.1.1. El testamento cerrado otorgado ante escribano

El testamento cerrado ante escribano no se haya establecido hasta la ley 3ª. Del Toro, pues ésta resolvió la duda planteada por el Ordenamiento de Alcalá ordenando que las solemnidades de dicho Ordenamiento se entendiesen y practicasen para el testamento abierto, y que en el testamento

¹⁰⁵Fiallos, “Los testamentos solemnes”, 106.

¹⁰⁶El Ordenamiento de Alcalá estableció la intervención notarial en el testamento abierto, pero al no mencionar al testamento cerrado despertó la duda de si se refería solo al testamento nuncupativo o también al cerrado.

cerrado interviniesen por lo menos siete testigos y escribano. Como la ley 3ª de Toro exigió que el testador firmase la cubierta, provocó diversas interpretaciones entre sus comentaristas, acerca de si era capaz de otorgar testamento cerrado el que no sabía leer ni escribir.¹⁰⁷

La novísima recopilación reglamentó en forma particular el testamento cerrado. Así se tiene que la ley 12, tit. 18, libro 10, dice: “En el testamento cerrado que en latín se dice in scriptis, mandamos que intervengan a lo menos siete testigos con un escribano, los cuales hayan de firmar encima de la escritura de dicho testamento, ellos y el testador, si supieren y pudieren firmar; y si no supieren, y el testador no pudiere firmar, que los unos firmen por los otros; de manera que sean ocho firmas, y más el signo del escribano. El escribano debe prevenir en el otorgamiento que tal testigos firmará por el testador, por sí y por los testigos restantes a causa de no saber o no poder, y luego que el mismo lo firme y signo después de todos, entregará el testamento así autorizado al testador para que lo guarde en su poder o en el de la persona que elija, pues no debe parar este documento en poder del escribano como tal hasta que su obra y publique, por no ser hasta entonces instrumento público.¹⁰⁸

En Francia, el testamento cerrado fue usado en el antiguo derecho de las regiones del derecho escrito, pero en las regiones de derecho consuetudinario (coutumes) fue desconocido inicialmente. Después, su uso se hizo

¹⁰⁷Tomás Alfonso Ayón, “Los testamentos Privilegiados”, (Tesis Doctoral, Universidad de El Salvador, 1979), 41. Dichas Leyes fueron hechas en Toro, en el año 1505, por los Reyes Católicos; y se encuentran contenidas en la Novísima Recopilación. Constituyendo un total de 83 leyes. La LEY III establece que en todo lo relativo al número de testigos requeridos para otorgar testamento abierto o nuncupativo, sería aplicable la Ley de las siete partidas; en cuanto al testamento cerrado o in scriptis, requería de siete testigos y un escribano.

¹⁰⁸Este cuerpo legal, además de reglamentar las solemnidades de que estaba revestido, reglamentó también la apertura y publicación de la misma y dicha recopilación sirvió de modelo, en este punto, a los autores de los proyectos del Código Civil español de 1851 y 1852.

*extensivo a toda Francia por la Ordenanza de 1735, Art. 4, 9 y siguientes, que la regula de acuerdo con los principios romanos. El Código de Napoleón, (Art. 976 y 979) reprodujo las disposiciones de la Ordenanza de 1735 casi literalmente.*¹⁰⁹

2.2. Definición de testamento cerrado en El Salvador

Una de las formas solemnes de testar que admite el Código Civil, es el testamento cerrado, el cual prescribe “*el testamento solemne es abierto o cerrado*”,¹¹⁰ una de las peculiaridades de esta forma de testar y por la que más se distingue es porque si bien es cierto el notario y los testigos deben comparecer al momento del otorgamiento, no es necesario que estos tengan conocimiento de la última voluntad del testador, brindándole una mayor seguridad jurídica al acto.

A través del tiempo muchos autores han definido al testamento cerrado de distintas maneras pero siempre con la intención de dar una idea clara de su contenido, como las que se verán a continuación: el autor lo define como “*aquel en que no es necesario que los testigos tengan conocimiento de las disposiciones testamentarias*”.¹¹¹ Este autor centra su definición en la importancia del carácter secreto del mismo.

Asimismo, el testamento cerrado se puede definir como aquel en el cual el testador hace sus disposiciones en un documento privado, que guarda en un sobre cerrado, y que es escrito por el mismo testador o por otra persona a su

¹⁰⁹Fiallos, “*Los testamentos solemnes*”, 107. El Código Civil de El Salvador al igual que el chileno, tienen como fundamento el proyecto de don Andrés Bello quien al regular el testamento cerrado se basó en la legislación española anterior a la codificaron y en el Código de Napoleón.

¹¹⁰Código Civil, artículo 1005.

¹¹¹Abeliuk, *Derecho Sucesorio*,183.

ruego, firmado al calce y rubricando todas las hojas.¹¹² De esta definición se puede observar que la esencia de la misma se basa en la escritura del acto y que esta debe ser personalísimo a excepción de algunos casos en los que puede estar escrito por otra persona a su ruego.

Los estudiosos del derecho, dicen que el testamento cerrado es el que el testador entrega al escribano, en un pliego cerrado, expresando que en su interior está su testamento, lo que el notario hará constar en un acta levantada en la cubierta de dicho pliego, que sirve como envoltorio para contenerlo.¹¹³ La definición hace resaltar la característica del testamento cerrado como acto notarial, ya que como se podrá observar más adelante, es imprescindible la intervención del mismo en esta forma testamentaria.

El autor, utiliza la definición del código civil argentino (derogado), de la siguiente manera: “*se denomina testamento cerrado al que se otorga ante escribano, por escritura pública y en presencia de testigos (art. 3656 C.C. arg)*”.¹¹⁴ El autor a diferencia de los otros, agrega la importancia de la comparecencia de testigos al otorgamiento del acto.

Se constituye esencialmente el testamento cerrado, según el artículo 1017 C.C., modificado por las prescripciones de la Ley de Notariado, en el artículo 41, es el acto en el que el testador presenta al notario (o funcionario) y testigos, dos ejemplares de su testamento en cubiertas cerradas separadas, expresando de viva voz y en forma clara y precisa, salvo en el caso que sea mudo, pues este puede hacer esa declaración escribiéndola en presencia del notario y testigos, que esas cubiertas contienen cada una un ejemplar de su testamento y que están firmadas por él.¹¹⁵

¹¹²Rojina, *Compendio de Derecho Civil*, 445.

¹¹³Córdova, *Derecho Sucesorio*,56.

¹¹⁴Font, *Guía de Estudio de Sucesiones*, 179.

¹¹⁵Romero, *Nociones del Derecho Hereditario*, 159.

En ese sentido, se puede afirmar que el testamento cerrado es un acto de declaración de voluntad, en la que el testador debe escribir de su puño y letra la última voluntad que solo él conoce, y lo entrega al notario en dos sobres cerrados, expresando que las mismas contienen su testamento y en la que posteriormente se levantará acta en la que se plasman las firmas del testador, notario y los testigos. Para que den fe del estado de los sobres y sellos a la hora de la apertura del mismo.

2.3. Características del testamento cerrado

Se identifica las siguientes características: a) El secreto material de las disposiciones; b) Consta de dos partes: una privada y otra pública; c) Es un acto escrito; y, d) Es un acto notarial.

2.3.1. Carácter secreto

Respecto de la primera, menciona que “el testamento cerrado es secreto por haberse encerrado la declaración de última voluntad en una cubierta o sobre que sólo se abrirá después de fallecido el otorgante. Es decir, que en el testamento cerrado hay clausura material de las disposiciones porque nadie puede leer el testamento ya que se encuentra encerrado dentro de una cubierta.”¹¹⁶

El testamento cerrado es conocido con el nombre de testamento secreto, porque, como se dijo, supone el desconocimiento de las disposiciones del testador y si ese secreto no es total no obedece a la naturaleza del testamento cerrado sino a una conducta imputable del testador. Se le llama

¹¹⁶Fiallos, “*Los testamentos solemnes*”, 105. “El testamento en forma privada puede dar a conocer el contenido de sus disposiciones, pero ese conocimiento privado no forma parte del otorgamiento, ya que el testador no puede oficialmente dar a conocer sus disposiciones. Por eso se dice que en el testamento cerrado se prohíbe la publicidad formal de la voluntad testamentaria”

también testamento místico en caso de que ni el notario, ni los testigos tengan conocimiento del contenido de la escritura que se les presenta diciéndoles que en ellas se contiene el testamento.

2.3.2. Privado y público

En relación con la segunda característica, el autor ofrece la siguiente postura *“El testamento cerrado consta de dos partes: una privada y otra pública; el cuerpo del testamento y el acta de la cubierta.”*¹¹⁷ Debiendo entenderse que el cuerpo es un instrumento privado ajeno a la intervención del notario, que emana exclusivamente del testador, y que solo valdrá como instrumento público después de la protocolización; en cambio el acta de la cubierta es un instrumento público.

Hay que distinguir en el testamento cerrado, entre el fondo y la forma: el fondo o declaración secreta de la voluntad del testador es un documento privado; pero la parte externa o puramente formal tiene las características de documento público.¹¹⁸

2.3.3. Acto escrito

Ahora bien, la tercera característica indica que el testamento cerrado es un acto escrito. No puede haber voluntad testamentaria sin documento escrito, pues la escritura es de la esencia o existencia del testamento. En cuanto al testamento cerrado, además de lo establecido en el Código hace resaltar esta característica¹¹⁹ El cuerpo del testamento es un documento privado que

¹¹⁷Ibíd. 105

¹¹⁸Calixto Valverde y Valverde, *“Tratado de Derecho Civil Español”*. 2º ed., (Editorial Valladolid "Cuesta", España, 1941), 99.

¹¹⁹Fiallos, *“Los testamentos solemnes”*. 105.

debe estar escrito por el testador o por un tercero quien lo redacta bajo la dirección personal del testador¹²⁰ ..

2.3.4. Acto notarial

La cuarta característica alude a que el testamento cerrado es un acto notarial. El testador debe presentar el cuerpo del testamento al notario y testigos manifestándoles que ese es su testamento, que se encuentra contenido en el sobre cerrado; en virtud de esa manifestación, el notario debe levantar acta notarial sobre la cubierta en que consta el otorgamiento. Se nota, pues que es imprescindible la intervención de un cartulario en esta forma testamentaria pues dicha intervención le da carácter de instrumento público a la carátula.¹²¹

La ley de notariado, en su artículo 41, recoge esta característica al establecer que *“Si se tratare de un testamento cerrado, el testador deberá presentar al Notario y testigos, dos ejemplares del mismo en cubiertas cerradas separadas, expresando de viva voz y en forma clara y precisa, salvo el caso del inciso segundo del Art. 1018 C., que esas cubiertas contienen cada una*

¹²⁰ El testamento solemne es siempre escrito. Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al Notario y testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz, y de manera que el Notario y testigos le vean, oigan y entiendan, "salvo el caso del artículo siguiente", que en aquella escritura se contiene su testamento. Los mudos podrán hacer esta declaración escribiéndola a presencia del Notario y testigos."

¹²¹ El testamento deberá estar escrito o a lo menos firmado por el testador. El sobrescrito o cubierta del testamento estará cerrado, o se cerrará exteriormente, de manera que no pueda extraerse el testamento sin romper la cubierta. Queda al arbitrio del testador estampar un sello o marca, o emplear cualquier otro medio para la seguridad de la cubierta. El Notario expresará en el sobrescrito o cubierta, bajo el epígrafe "testamento" la circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio, el nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos; y el lugar, día, mes y año del otorgamiento. Termina el otorgamiento por las firmas del testador y de los testigos, y por la firma y sello del Notario, sobre la cubierta. Durante el otorgamiento estarán presentes, además del testador, un mismo Notario y unos mismos testigos, y no habrá interrupción alguna sino en los breves intervalos que algún accidente la exigiere. Si el testador ya no pudiese firmar sobre la cubierta, lo hará a su ruego cualquiera de los testigos u otra persona capaz de ser testigo.

ejemplar de su testamento, y que están firmadas por él”, continúa diciendo en el inciso 2º “El Notario legalizará conforme a esta última disposición, cada una de las cubiertas presentadas. Inmediatamente después, extenderá un acta en su protocolo, firmándola con el testador y los mismos testigos, en la que dará fe del acto, transcribiendo íntegramente el texto de la legalización”, observando así, la concordancia entre la doctrina y la legislación¹²².

2.4. Capacidad para otorgar testamento cerrado

Como se ha desarrollado previamente existe tanto capacidad para suceder como para testar, la primera de ellas es la aptitud¹²³ legal para suceder una persona a otra, la habilidad para adquirir por causa de muerte, para poder ser heredero o legatario.¹²⁴ Esta aptitud o habilidad constituye la norma general; excepcionalmente las personas carecen de esta facultad. El artículo 962 del Código Civil consagra el principio fundamental de que es capaz de suceder “toda persona quien la ley no haya declarado incapaz”;¹²⁵ asimismo, la segunda es definida por Meza Barros como “*la aptitud o habilidad para otorgar válidamente un testamento*”. Dentro de esta última, se hará alusión a la capacidad para otorgar testamento solemne cerrado¹²⁶.

La capacidad para otorgar testamento cerrado se rige tanto por los principios generales contenidos en el Código Civil¹²⁷, como por las reglas especiales de

¹²²Ley de Notariado (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, Decreto N° 218, D. O. N° 225 Tomo N° 1971, 1962) artículo 41.

¹²³Cabanellas, *Diccionario Jurídico Elemental*, 28. Aptitud: idoneidad, disposición, suficiencia. En ciertos casos la capacidad de obrar, de efectuar por sí determinados actos, desempeñar un cargo o realizar alguna cosa.

¹²⁴Meza, *Manual de la sucesión*. 19

¹²⁵Código Civil, artículo 962.

¹²⁶Meza, *Manual de la sucesión*, 49.

¹²⁷Código Civil, Art. 1002.- No son hábiles para testar: 1º El impúber; 2º El que se hallare bajo interdicción por causa de demencia; 3º El que actualmente no estuviere en su sano juicio por ebriedad u otra causa; 4º Todo el que de palabra o por escrito no pudiere expresar su voluntad claramente.

capacidad propias de esta forma que obedecen a sus características. La ley requiere que además de las condiciones generales de capacidad requerida para todo testador, quien otorga testamento cerrado debe saber y poder leer, pues al presentar al notario el testamento, su autor, puede comprobar que es aquél en que está consignada su última voluntad; un ciego y un analfabeto, por lo tanto, no pueden otorgar testamento cerrado.

En ese orden de ideas, ambas circunstancias constituyen incapacidades específicas para otorgar testamento cerrado, como lo expone el Doctor, *“El ciego y el que no sabe leer no pueden otorgar testamento cerrado; en cambio pueden testar por acto público”*¹²⁸. En cuanto al ciego se dice que *“no puede otorgar testamento cerrado, pues carece del sentido de la vista y ello lo coloca en situación de ser engañado con facilidad ya que no tiene seguridad de que los sobres que presenta al notario manifestándole que contienen cada uno su testamento, sean los mismos que él ha escrito o ha hecho escribir no pudiendo, por tanto, controlar si ese testamento responde efectivamente a su querer sucesorio”*¹²⁹

La doctrina ha permitido discutir si el ciego sirviéndose de los caracteres de la escritura Braille puede otorgar testamento cerrado. En la doctrina italiana se han sostenido opiniones contrarias, los autores opinan que la incapacidad del ciego para otorgar testamento cerrado no debe entenderse de una manera absoluta, ya que la expresión leer, no debe interpretarse como “leer con los propios ojos”, por tal razón, dichos autores sostienen que en caso de que el ciego domine la lectura de los caracteres Braille¹³⁰ no debe ser

¹²⁸Font, *Guía de Estudio de Sucesiones*, 183.

¹²⁹Fiallos, *“Los testamentos solemnes”*.101.

¹³⁰Córdova, *Derecho sucesorio*, 57. “Vélez Sarsfield aclara en la nota “No es preciso que sepa escribir: puede dictar el testamento y verificar, leyéndolo, si está bien escrito”... “La mayoría de la doctrina sostiene la incapacidad del ciego para testar bajo esta forma. No obstante, se ha aceptado esa posibilidad si el testamento estuviera escrito con una técnica tal que el ciego pudiera leer”.

considerado incapaz para utilizar esta forma testamentaria. Sin embargo, al ofrecer una postura contraria enuncia, quien sostiene una tesis opuesta al decir que la expresión leer ha de ser interpretada como “Leer con los propios ojos”, por lo tanto no admite la capacidad del ciego para otorgar testamento cerrado, aunque pueda leer los caracteres mencionados.¹³¹

Ante las posturas supra enunciadas, el análisis más acertado sigue el lineamiento de que a pesar que ambas tesis resultan convincentes. *“No hay duda de que con el sistema Braille, por ejemplo, un ciego puede leer el texto de su testamento que otro haya escrito a su dictado; sin embargo, no es ese el único aspecto a tener en cuenta. Debe recordarse que ese testamento se perfecciona con el acta notarial, todo en un mismo momento. Esta situación es la que debe ser conocida y adecuadamente verificada por el testador, quien debe tener certeza del contenido del acta, firma de testigos, colocación en el pliego, etc., lo que parece improbable en el caso del ciego”.*¹³²

El Código Civil establece en el artículo 1014 la forma en que en El Salvador podrán los ciegos otorgar testamento, rigiéndose por la literalidad del mismo: *“El ciego sólo podrá testar nuncupativamente¹³³ y ante Notario, o Juez de Primera Instancia y cinco testigos, o en defecto de aquellos funcionarios ante un Juez de Paz y siete testigos. Su testamento será leído en alta voz dos veces: la primera por el Notario o funcionario, y la segunda por uno de los*

¹³¹Fiallos, “Los testamentos solemnes”.108.

¹³²Córdova, *Derecho sucesorio*, 58.

¹³³Horacio Fernando Calles maravilla, “Breves consideraciones sobre los requisitos internos para la validez del testamento público en El Salvador” (tesis doctoral, Universidad de El Salvador, 1961). 22. El testamento no abierto, nuncupativo o público es aquel en que el testador hace sabedoras de sus disposiciones a las personas que según la ley deben presenciarlo, esas personas necesariamente tiene que ser el funcionario ante quien se otorga, y los testigos presenciales del acto y como la única forma hábil de testar es por escrito, se harán saber sus disposiciones a ellos leyéndose el testamento en alta voz a presencia de todos.

*testigos elegido al efecto por el testador. Se hará mención especial de esta solemnidad en el testamento”.*¹³⁴

En virtud de lo anterior, es importante aclarar que una persona analfabeta es incapaz de comprobar que el cuerpo del testamento redactado por un tercero a su ruego, es la expresión fiel de su voluntad. La ley también exige que el mismo sea escrito o tenga incorporado por lo menos la firma de quien lo otorga,¹³⁵ por lo que, aunque este pueda memorizar los caracteres de su firma y pueda dibujarlos, esta debe ser puesta a conciencia, este no puede leer lo que firma, no teniendo entonces conciencia del contenido del documento, es así que la prohibición que convierte incapaz a un analfabeta para otorgar testamento cerrado se encuentra en el artículo 1016 del Código Civil: *“El que no sepa leer y escribir no podrá otorgar testamento cerrado.”*¹³⁶

El testamento abierto que otorga el analfabeta no tiene solemnidades especiales y en ello se diferencia del testamento abierto del ciego. Una regla idéntica formulará el Código, al ocuparse de los actos y declaraciones de voluntad: *“Toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declara incapaces”*¹³⁷.

2.5. Solemnidades del testamento cerrado

2.5.1. Otorgamiento ante notario o funcionario

El testamento cerrado en El Salvador es un acto notarial; es decir, que debe otorgarse ante notario o funcionario investido de función notarial como lo

¹³⁴Código Civil, artículo 1014.

¹³⁵Ibíd. Artículo 1017, inciso 3°. “El testamento deberá estar escrito o a lo menos firmado por el testador.”

¹³⁶Ibíd. Artículo 1016.

¹³⁷Fiallos, *“Los testamentos solemnes”*.103.

establece el artículo 40 numeral 1° LN.¹³⁸ Además de este requisito debe comparecer al otorgamiento cinco testigos, tal y como lo establece el numeral 3° del artículo 40 LN: *“En los testamentos abiertos, los testigos serán siempre en número de tres; pero en los testamentos cerrados bastará la concurrencia de cinco testigos;...”*¹³⁹

2.5.2. Escrito o firmado por el testador

La ley prescribe que *“el testamento debe estar escrito o a lo menos firmado por el testador”*.¹⁴⁰ Es decir, que en virtud del carácter secreto que tiene esta forma de testar, debe ir escrito por el testador y en caso este tenga algún impedimento, puede escribirlo alguien más a su ruego, siempre y cuando sea el testador quien lo firma, que de igual forma se presente bajo cubierta al notario y testigos, la que contiene su declaración de última voluntad.¹⁴¹

2.5.3. El testador debe elaborar dos ejemplares del testamento

Esta fue una de las innovaciones que introdujo en el testamento cerrado la Ley de Notariado¹⁴², principalmente para evitar cualquier nulidad en caso de

¹³⁸ “Los testamentos solemnes se otorgarán de conformidad con las disposiciones del Código Civil, con las modificaciones siguientes: 1ª- Sólo podrán otorgarse ante notario o en su defecto ante Juez de Primera Instancia y, en su caso, ante agente diplomático o consular salvadoreño.

¹³⁹“El número de testigos que deben concurrir al otorgamiento del testamento cerrado es de siete”

¹⁴⁰Código Civil, artículo 1017.

¹⁴¹Ahora bien cabe preguntarse ¿Cuál es el alcance de la disposición legal que establece que el testamento deberá estar escrito o a lo menos firmado por el testador? Lo que la ley quiere decir es que el testamento debe estar escrito y firmado por el testador, ya que la redacción de la disposición no dice que el testamento debe estar escrito o firmado por el testador, sino que quiere que el testamento este escrito y firmado, o a lo menos firmado por el testador. Pero puede darse el caso que el testamento sea escrito por otra persona a ruego del testador y bajo su dirección personal.

¹⁴²“A pesar de que con esta nueva solemnidad se ha aumentado las formalidades de esta forma testamentaria, la considero beneficiosa por dar mayores garantías al testador de que se cumplirá su voluntad”.

rotura de la cubierta, ya que esto supone un gran riesgo para la voluntad del testador, pues corre peligro de destrucción o extravío del testamento¹⁴³.

2.5.4. Los dos ejemplares del testamento, en cubiertas separadas, deben ser presentadas por el testador al notario y testigos

Declara de viva voz el testador y de manera que el notario y los testigos, lo vean, y oigan y entiendan que en aquellas escrituras se contiene su testamento y que están firmadas por él: *“Esto es lo que constituye en esencia al testamento cerrado o secreto, puesto que el testador no hace sabedores de sus disposiciones al notario y testigos limitándose únicamente a decirles que en las escrituras cerradas que presenta se contiene en cada una de ellas un ejemplar de su testamento. Por eso dice el testamento el artículo 1017 Inc.1º., “Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al cartulario y testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz, y de manera que el notario y testigos lo vean, oigan y entiendan, salvo el caso del artículo siguiente, que en aquella escritura se contiene su testamento”. Se marca con esta disposición la diferencia entre el testamento cerrado o secreto y el abierto o nuncupativo, puesto que en este último el testador debe hacer sabedores de las disposiciones a las personas que deben concurrir al otorgamiento.*¹⁴⁴

¹⁴³Luis Vásquez López, *“Ley de Notariado, anotada y esquematizada”*, 2ª ed, (Editorial LIS, El Salvador: 2013), 334. El artículo 41LN dice: *“Si se tratare de un testamento cerrado, el testador deberá presentar al Notario y testigos, dos ejemplares del mismo en cubiertas cerradas separadas, expresando de viva voz y en forma clara y precisa, salvo el caso del inciso segundo del Art. 1018 C., que esas cubiertas contienen cada una un ejemplar de su testamento, y que están firmadas por él. Se...”*. Por lo que de acuerdo con el artículo transcrito y la redacción del inciso 3º del Art.1017 es imprescindible la firma del testador en el cuerpo del testamento, aunque este haya sido escrito de puño y letra del testador. El artículo 41 de la citada Ley vino a aclarar la duda contenida en el artículo 1017 acerca de la firma del testador, y por ello ya no se puede tomar en cuenta la opinión de Barros Errazuri, Meza Barros y otros tratadistas chilenos que sostienen que no es necesarias la firma del testamento cuando otros han sido hecho de puño y letra por el testador.”

¹⁴⁴Ibíd.

A este punto cabe aclarar, que el carácter secreto del testamento es total, ya que si no fuera así, se tiene por conducta imputable al testador por haber divulgado la información que contiene la declaración de su última voluntad. La declaración que el testador hace al notario y testigos, no es la de la última voluntad sino, que solo presenta las escrituras a las que no se les da lectura, pero que contiene el testamento firmado por él; si el testador fuere mudo se podrá hacer la declaración escribiéndola en presencia del notario y testigos, como lo dispone.¹⁴⁵

2.5.5. Las cubiertas del testamento deberán estar cerradas o se cerrarán exteriormente

Las cubiertas del testamento deberán estar cerradas o se cerrarán exteriormente de manera que no pueda extraerse el testamento sin romper la cubierta, pudiendo el testador estampar un sello o marca o emplear cualquier medio para seguridad de las cubiertas según lo dispuesto en los incisos 4 y 5 del artículo 1017 CC.

Posteriormente a la redacción del testamento, se debe proceder a cerrarlo, esto con el fin de evitar o disminuir el riesgo de sustitución del mismo por uno falso. La ley permite que se estampe un sello en la cubierta o utilizar cualquier marca, para garantizar su seguridad. Dicha cubierta debe quedar debidamente cerrada, de manera que en caso de rompimiento de la misma o algún tipo de violación, sea fácil detectarlo por las señales que quedarán en ella.¹⁴⁶ Es importante que, aunque no se encuentre establecido por la Ley los

¹⁴⁵Código Civil, artículo 1018.

¹⁴⁶Fiallos, *“Los testamentos solemnes”*, 110. “La ley no dice la forma en que deben cerrarse las cubiertas, por lo que estimo que el cierre debe ser en tal forma que sea posible extraer el testamento sin romper la cubierta o que queden en la misma señales inequívocas de que se ha abierto”. Generalmente el cierre de las cubiertas se realiza inmediatamente después de haberse escrito el testamento. pero el inciso 4º del Art. 1017 permite, si no se hubiere hecho anteriormente, cerrar las cubiertas al presentarlas al notario y a los testigos.

testigos tengan en su poder por un tiempo las cubiertas, para que puedan familiarizarse con todo lo referente a la cubierta, el cierre, y en qué consiste. Además de hacerles saber que a la hora de la apertura y publicación de dicho testamento deberán declarar que las cubiertas se encuentran en el mismo estado que el testador las entregó, es decir, cerrada, selladas o marcadas como en aquel momento.¹⁴⁷

2.5.6. Legalización de las cubiertas

El notario legalizará cada una de las cubiertas presentadas y en el acta respectiva expresará bajo el epígrafe “testamento” circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio, el nombre y apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos; y el lugar, día, mes y año del otorgamiento.

La legalización de las cubiertas es un acta notarial que se redacta sobre cada una de las cubiertas, todo conforme lo establecido en el Inc 6° del artículo 1017 CC, que equivalen a las solemnidades establecidas por el Art. 1011CC del testamento nuncupativo. Debido a que el acta notarial se levanta sobre la cubierta, la ley redujo algunas enunciaciones que se deben hacer, asimismo reducen los datos, incluyendo solo los necesarios para establecer la identidad del testador en su sano juicio, así como también el lugar, día, mes y año del otorgamiento. La ley no indica algunos datos como la nacionalidad del testador, entre otros datos relacionados con la familia que se exigen, por el artículo 1011 CC, sin embargo hay notarios que consignan

¹⁴⁷Ibíd., 111. Al respecto dice el Art. 42 de la Ley de Notariado: “El sobre guardado en la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia, sólo podrá ser utilizado para fines judiciales, en los casos de extravío, destrucción o cuando por otra causa razonable que calificará el juez, no puede presentarse el otro sobre. En estos casos el Juez competente lo solicitará a la Corte expresando los motivos y el secretario de este Tribunal, lo entregará al Juez previa la orden correspondiente... Igual procedimiento se observará cuando el original presentado, sea impugnado judicialmente de falsedad civil o criminal”.

esas enunciaciones, no obstante de no ser exigidas en este tipo de testamento.¹⁴⁸

2.5.7. Acta de legalización en el protocolo del notario

Después de legalizadas las carátulas, el notario deberá extender acta en su protocolo, en la que dará fe del acto, transcribiendo íntegramente el texto de la legalización.

Es de suma importancia la elaboración de esta acta porque en ella es la única en donde se hacen constar las solemnidades que se han cumplido en el otorgamiento del testamento, según lo dispone el inciso 2° del artículo 41 de la Ley de Notariado: *“...Inmediatamente después, extenderá un acta en su protocolo, firmándola con el testador y los mismos testigos, en la que dará fe del acto, transcribiendo íntegramente el texto de la legalización.”*

El acta que el notario levantará en su protocolo debe hacer constar: *“a) que el testador a presencia de los testigos le entregó dos escrituras cerradas, declarando de viva voz y de manera que él y los testigos lo vieron, oyeron y entendieron, que en aquellas escrituras se contiene su testamento y que cada ejemplar del testamento está firmado por él; b) que las cubiertas del testamento estaban cerradas, o se cerraron exteriormente; y c) Los medios usados por el testador para seguridad de las cubiertas; d) que durante el otorgamiento han estado presentes, además del testador, un mismo notario y unos mismos testigos y que no habido interrupción alguna, y si la hubo a qué se debió; e) que el testador y testigos firmaron las cubiertas legalizadas, y si el testador ya no pudo firmar sobre las cubiertas legalizadas; y g) las firmas del testador, testigos y notario.*

¹⁴⁸Ibíd., 113.

Cuando el testador no habla el idioma castellano o es mudo, el notario debe hacer tal circunstancia, de acuerdo a lo establecido en los Arts. 1018 y 1017 inciso 2º del Código Civil; y, en poder de quien queda una de cubiertas legalizadas.”¹⁴⁹

2.5.8. Unidad del acto

Este principio, al igual que en el estamento abierto es aplicable en este caso, pero sin la rigurosidad que el otro conlleva, pues en el otorgamiento del testamento cerrado se exige por ministerio de ley la presencia de los testigos, tanto al momento de la entrega de las cubiertas cerradas, como en el momento de la legalización de las mismas y levanta la respectiva acta en su protocolo, de donde se ve de esta manera de testar requiere de más tiempo y durante este, puede complicarse el estado de salud del testador.¹⁵⁰

2.5.9. Presencia durante el otorgamiento del testamento, además del testador, en un mismo notario y unos mismos testigos

Esta es una de las solemnidades del testamento cerrado que es parte del principio de unidad del acto, y es una solemnidad exigida también para el testamento abierto aunque en número distinto. Es decir, que la unidad del acto consiste *“en que todas las solemnidades deben estar llenados continuamente y sin distraerse en otros actos ante un mismo notario y mismos testigos, con el objeto de evitar la sustitución del verdadero testamento por otro documento que no sea fruto de la voluntad del testador”*.¹⁵¹

¹⁴⁹Vásquez, *Ley de Notariado, anotada y esquematizada*, 343 – 344.

¹⁵⁰“Durante el otorgamiento estarán presentes, además del testador, un mismo cartulario y unos mismos testigos, y no habrá interrupción alguna sino en los breves intervalos que algún accidente la exigiere”

¹⁵¹Vásquez, *Ley de Notariado, anotada y esquematizada*, 345.

2.5.10. Firmas del testador y testigos sobre las cubiertas legalizadas y en el acta levantada por el notario en su protocolo

Esta solemnidad obedece a lo previamente establecido por los incisos 7 y 9 del Art.1017 C.C., e inciso 2 del artículo 41 LN: *“La firma del testador indica la conformidad de la Ley de Notariado. La firma del testador indica la conformidad de ésta con el acto notarial realizado, pero en el caso del que ya pudiere firmar debe hacerse constar tal circunstancia y firmará por él uno de los testigos u otra persona capaz de ser testigo.*

*Los testigos con su firma atestigüen el cumplimiento total de las solemnidades requeridas para la ley, y no pueden dejar de firmar bajo ninguna circunstancia, puesto que la falta de firma de cualquiera de los testigos acarrearía la nulidad del testamento. Por último, la firma del notario autoriza el acto notarial que ante sus oficios se otorga”.*¹⁵²

2.6. Fases de formación del testamento

La formación del testamento cerrado reconoce dos momentos, la fase privada o de preparación y la fase pública.

2.6.1. Fase privada

Esta fase se refiere a aquel momento en el que el testador se dispone a establecer el destino de sus bienes a través de una meditación sobre la forma en que estos serán repartidos, distribuidos, asignados, posteriormente

¹⁵²Fiallos, *“Los testamentos solemnes”*.115. No dice el Código Civil que el notario debe leer al testador, en presencia de los testigos, las actas de legalización y el acta de protocolo, pero el notario siempre lo hace, porque todo acto notarial debe leerse y ratificarse por todos los que han intervenido en el mismo.

procede a la elaboración del documento¹⁵³ que contendrá esas ideas que conformaran el testamento en sí¹⁵⁴.

En el acto de elaboración de dicho documento, el testador está a cargo de la dirección de las estipulaciones o cláusulas que comprenderán el mismo. Como se menciona anteriormente el testamento es fruto de la voluntad del testador, pero dicha situación no priva al testador para recibir asesoramiento de un Abogado y esto se funda en el hecho de no encontrarse prohibido por la ley, en algunos casos se considera necesario para que las disposiciones de última voluntad sean más claras y precisas¹⁵⁵.

Al referirnos al acto propio de la escritura del testamento, la ley reconoce las siguientes formas:

- a) Cuando es el testado es quien redacta de su puño y letra estipulaciones que regirán su última disposición de voluntad, honrando de esta forma el carácter secreto de este tipo de documento, habiendo concluido con la escritura del testamento, el testador lo firma y si no supiere o pudiere lo hará un tercero a su ruego.

¹⁵³Esta interpretación responde al derecho de libre testamentifacción que reconoce el artículo 22 de la Constitución 1983, por medio del cual se pone de manifiesto la última voluntad del testador respecto a la transmisión de sus bienes después de sus días, tal como lo establece el artículo 996 del Código Civil. Por lo tanto, se colige que el fundamento legal de esta etapa se encuentra en las disposiciones legales antes citadas.

¹⁵⁴Código Civil dispone lo siguiente en su Artículo 1017 inc. 1º: “Lo que constituye esencialmente el testamento cerrado es el acto en que el testador presenta al Notario y testigos una escritura cerrada, declarando de viva voz, y de manera que el Notario y testigos le vean, oigan y entiendan que en aquella escritura se contiene su testamento”..

¹⁵⁵Vásquez, *Ley de Notariado, anotada y esquematizada*, 345. “En la fase privada o de preparación, el testamento es redactado por el testador o bajo su dirección personal. El testamento es fruto de la voluntad del testador, pero ello no obsta para que el testador reciba asesoramiento de un entendido en derecho, en primer lugar, porque la ley no lo prohíbe, sino que más bien es necesario dicho asesoramiento para que las disposiciones de última voluntad sean más claras y precisas, y en segundo lugar porque el secreto de la voluntad testamentaria se ha establecido para el otorgamiento de esta forma testamentaria, puesto que es de carácter formal y no material”. De la misma forma desarrolla este punto el Doctor José Guillermo Fiallos Valdés.

b) Cuando es redactado por un tercero en el caso que el testador se encuentre impedido para redactar el contenido de testamento, por lo que hace por medio de un tercero que plasma en el escrito las indicaciones que el testador le manifieste¹⁵⁶.

2.6.2. Fase pública de otorgamiento

En el otorgamiento del testamento cerrado se observan las siguientes etapas:

a) Presentación de las cubiertas que contienen el testamento: Una vez que el testador ha formulado su testamento junto con su duplicado, de conformidad a la Ley de Notariado, los presentara en cubiertas cerradas ante el Notario y los testigos que la ley requiere¹⁵⁷ para su otorgamiento, expresando de viva voz que en dichas cubiertas se encuentra su testamento debidamente firmado por su persona¹⁵⁸.

b) Cierre, sellamiento y legalización de las cubiertas: Una vez presentadas las cubiertas con el testamento y su duplicado, se procede al “*cierre y sellamiento, llamado también clausura del testamento se hace introduciendo cada ejemplar en sobre o cubierta con el objeto de que la declaración que contiene permanezca secreta y, además, para evitar la sustitución de un testamento falso o verdadero. Por regla general el testador hace entrega de las cubiertas cerradas, en este caso el cierre se reduce a la comprobación del mismo de parte del notario y testigos; pero si el testador*

¹⁵⁶Ibíd. 346.

¹⁵⁷Ley de Notariado, artículo 41 Inc. 1°.

¹⁵⁸Ibíd. artículo 40 en sus ordinales 2° y 3°, se establece que para el otorgamiento del testamento cerrado se requerirá la comparecencia de cinco testigos instrumentales y dichas personas deberán reunir los requisitos de regula el artículo 34 de dicha ley.

no presenta cerradas las cubiertas, deberán cerrarse de manera que no pueda sustraerse el testamento sin romper la cubierta”¹⁵⁹.

Encontrándose las cubiertas debidamente cerradas, el Notario procederá a su legalización mediante acta que levantará en cada una de las cubiertas dándole cumplimiento a los incisos sexto y séptimo del Art. 1017 del Código Civil¹⁶⁰; además de lo dispuesto en dicha disposición legal, *“debe hacerse mención de las circunstancias siguientes: el nombre y domicilio del notario autorizante; que los testigos conocen al testador; que los testigos son conocidos del notario; la fe de conocimiento que tiene el notario del testador y la forma como la identifica; que al momento de presentar las cubiertas el testador declaró de viva voz y en forma clara y precisa de manera que todos los vieran, oyeron y entendieron que las cubiertas presentadas contienen cada una un ejemplar de su testamento, firmado por él, la forma en que cerraron las cubiertas y los medios que el testador creyó oportuno emplear para seguridad de las cubiertas; la forma en que se identificó a los testigos; la lectura de los actos, la ratificación hecha por el testador y la firma de todos los asistentes al acto”¹⁶¹.*

c) Acta levantada por el notario en su protocolo en la que da fe del acto: Este último aspecto tiene su regulación en el inciso 2° del artículo 41 de la Ley de Notariado¹⁶², el cual expresa que el Notario dará fe de la legalización de las cubiertas, transcribiendo íntegramente en su protocolo el texto del acta que se levantó en las mismas, dicha protocolización será firmada por

¹⁵⁹Ibíd.

¹⁶⁰“El Notario expresará en el sobrescrito o cubierta, bajo el epígrafe "testamento" la circunstancia de hallarse el testador en su sano juicio, el nombre, apellido y domicilio del testador y de cada uno de los testigos; y el lugar, día, mes y año del otorgamiento”. Inc. 7°: “Termina el otorgamiento por las firmas del testador y de los testigos, y por la firma y sello del Notario, sobre la cubierta”

¹⁶¹Vásquez, *Ley de Notariado, anotada y esquematizada*, 347.

¹⁶²Ley de Notariado, Artículo 41 Inc. 2°.

el Notario, el testador y los mismos testigos que comparecieron a la legalización de las cubiertas.

2.7. Formalidades posteriores al otorgamiento

Con la entrada en vigencia de la Ley de Notariado, se implementaron una serie de formalidades sustanciales que son aplicables luego de finalizado el acto del otorgamiento del testamento cerrado, las formalidades tienen como finalidad la seguridad jurídica del testador, a partir de un mecanismo de resguardo y garantía de la cubierta que contiene el testamento para su ejecución. Cabe destacar que estas disposiciones no se encuentran contempladas en el Código Civil.

Las formalidades a las que se hace referencia son las siguientes: a) Entrega de una cubierta al testador; En el inciso 3° del artículo 41 de la Ley de Notariado¹⁶³ establece que una de las cubiertas legalizadas por el notario se le entregara al testador para su resguardo, de igual forma el testador puede designar a un tercero para su guarda, y en el caso que no lo quisieren hacer ni uno ni otro, podrá el mismo notario hacerse cargo de la guarda del mismo o depositarlo en la Sección de Notariado de la Corte Suprema de Justicia. Para todos los casos antes previstos el notario se encuentra en la obligación de dejar constancia en el acta de legalización de las cubiertas en poder de quien queda el resguardo de una de las cubiertas.

b) Entrega de una cubierta a la Corte Suprema de Justicia: Respecto de la otra cubierta, el inciso 4° de la disposición legal antes citada¹⁶⁴, impone al Notario la obligación de presentarla acompañada del testimonio del acta respectiva a la Corte Suprema de Justicia o remitida a aquel Tribunal por medio

¹⁶³Ibíd. Inc. 3°.

¹⁶⁴Ibíd. Inc. 4

de la Sección del Notariado o del Juez de Primera Instancia del lugar o de la jurisdicción en donde se ha extendido la legalización dentro de los cinco días siguientes a la fecha de la misma.

Por lo tanto, se dispone también que la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia será la entidad encargada para el resguardo de la segunda cubierta legalizada y que esta llevará un libro de registro de los testamentos cerrados que hayan sido otorgados, el cual contendrá las mismas formalidades que el libro de registro de los testamentos abiertos.

Sobre esta última cubierta que queda en poder de la secretaria de la Corte Suprema Justicia, establece el artículo 42 de la Ley de Notariado¹⁶⁵ que solo podrá ser utilizada para fines propiamente judiciales y en los siguientes casos:

- a) Pérdida de la cubierta que queda en poder del testador.
- b) Destrucción de la cubierta mencionada.
- c) Cuando la cubierta presentada al Juez presente signos inequívocos de que se ha abierto o cuando esté rota.
- d) Cuando la cubierta presentada al juez sea impugnada de falsedad civil o criminal.

Para los casos antes enunciados, la parte final del artículo antes citado menciona que podrá el Juez competente solicitar a la Corte Suprema de Justicia, expresando los motivos del requerimiento y el Secretario de este Tribunal lo entregará al Juez previa la orden correspondiente.

¹⁶⁵Ibíd. Artículo. 42.

2.8. Casos especiales

2.8.1. Testamento de las personas que no pueden ser entendidas de viva voz

Las personas que no pueden ser entendidas de viva voz son incapaces para otorgar testamento nuncupativo, debido al carácter público que lo reviste, siendo necesario que el testador manifieste ante Notario y testigos su última voluntad, lo cual es completamente opuesto a la naturaleza del testamento cerrado por tratarse de un acto secreto y privado, el cual, no obliga al que lo otorga a manifestar de viva voz las disposiciones que comprenderán su última voluntad y tiene su asidero legal en el Inc. 1° del artículo 1018 del Código Civil¹⁶⁶. Los casos a los que se hace referencia son los siguientes:

2.8.1.1. Testamento del mudo

*“El mudo no puede hablar, y la ley le permite hacer testamento cerrado supliendo por un procedimiento especial la solemnidad establecida para esta forma testamentaria que consiste en la manifestación que debe hacer el testador ante el notario y testigos de que en las escrituras que presente cerradas y firmadas por él se contiene su testamento”.*¹⁶⁷ Tal procedimiento especial se encuentra regulado el artículo 1017 Inc. 2° del Código Civil¹⁶⁸, junto con el artículo 1018 inc. 2° del mismo cuerpo legal¹⁶⁹.

¹⁶⁶“Cuando el testador no pudiese entender o ser entendido de viva voz, por el Notario y testigos, sólo podrá otorgar testamento cerrado”.

¹⁶⁷Vásquez, *Ley de Notariado, anotada y esquematizada*, 349. “se refiere a que el testador en presencia del Notario y los testigos, redactara su testamento de su puño y letra, firmándolo y depositándolo en duplicado en cubiertas, las que este rotulara con la palabra testamento o cualquier expresión que dé a entender tal situación”.

¹⁶⁸Los mudos podrán hacer esta declaración escribiéndola a presencia del Notario y testigos”.

¹⁶⁹El testador escribirá de su letra, sobre la cubierta, la palabra "testamento", o la equivalente en el idioma que prefiera, y hará del mismo modo la designación de su persona, expresando, a lo menos, su nombre, apellido y domicilio, y la nación a que pertenece; y en lo demás se observará lo prevenido en el artículo precedente”.

2.8.1.2. Testamento del que no habla el idioma castellano

Para el caso del testamento otorgado por persona que no habla el idioma castellano, el testador debe escribir de su puño y letra sobre la cubierta la palabra “testamento”, o la equivalente en el idioma que prefiera, y la designación de su persona, expresando su nombre, apellido, domicilio y la nación a que pertenece. A continuación de esas enunciaciones que hace el testador sobre las cubiertas debe el notario levantar las actas de legalización y hará especial mención sobre la circunstancia de que el testador no habla el idioma castellano¹⁷⁰. Finalizando el trámite con la protocolización de dicha acta de legalización a la que se refiere el artículo 41 inc. 2° de la Ley de Notariado que es aplicable tanto a este caso como al testamento del mudo.

¹⁷⁰El Código Civil de El Salvador, no mucho dice sobre este caso especial del testamento, en razón de que solo en el artículo 1018 inc. 2° de dicho cuerpo legal, hace alusión a la forma de su otorgamiento, cuando establece, “El testador escribirá de su letra, sobre la cubierta, la palabra "testamento", o la equivalente en el idioma que prefiera, y hará del mismo modo la designación de su persona, expresando, a lo menos, su nombre, apellido y domicilio, y la nación a que pertenece; y en lo demás se observará lo prevenido en el artículo precedente”

CAPITULO III

COMPARACIÓN DE LA LEGISLACIÓN INTERNA SOBRE EL PROCESO DE APERTURA Y PUBLICACIÓN DE TESTAMENTO CERRADO CON LA LEGISLACIÓN EXTRANJERA

El propósito de este capítulo es realizar una comparación de la legislación interna relativa al procedimiento de apertura y publicación de testamento cerrado en la legislación extranjera que permita tener una visión amplia de la manera en que estos proceden ante el otorgamiento de testamentos cerrados, indicando paso a paso y conforme a la legislación correspondiente la apertura y publicación de testamento Cerrado.

3. Derecho comparado

3.1. Análisis jurídico normativo en la legislación salvadoreña

La apertura y publicación del testamento cerrado se concibe como un procedimiento especial, que se funda en lo dispuesto en el artículo 1019 del Código Civil, el cual enuncia en su inciso primero, que este tipo de testamento antes de recibir su ejecución debe ser presentado ante un Juez de lo Civil competente¹⁷¹. *“Esta presentación tiene por objeto que se proceda a la apertura, publicación y protocolización del testamento, pues antes de ser protocolizado es un documento privado y es a través de la protocolización que vale como instrumento público. Con el testimonio del testamento protocolizado es que pueden los asignatarios reclamar el cumplimiento de la voluntad del testador y recogerlas asignaciones”*¹⁷².

¹⁷¹“El testamento cerrado, antes de recibir su ejecución, será presentado al Juez”.

¹⁷²Luis Vásquez López, “Curso de Derecho Notarial”, (Editorial Lis, El Salvador, 2003), 406.

Por otra parte, se tiene claro que la presentación es un acto necesario y obligatorio para poder ejecutar el testamento cerrado, es importante advertir que el procedimiento que se reguló en el Código de Procedimientos Civiles, ahora derogado, es la única norma de carácter procesal que recoge el conjunto de pasos a seguir para la apertura y publicación a la que se ha hecho referencia. Las disposiciones legales correspondientes a esta parte se encuentran en el capítulo XXVI, Título VII, Libro II del referido Código de Procedimientos Civiles derogado.

Previo a entrar en detalle sobre la forma del procedimiento de la apertura y publicación, es imperativo advertir que la procedencia de este requería de ciertos requisitos que el legislador estableció en el artículo 1019 del Código Civil. Estos requisitos son los siguientes:

a) Es indispensable la presentación de la cubierta que contenga debidamente resguardado el testamento cerrado. Este acto le compete a quien se le haya conferido el resguardo de la cubierta en el acto de otorgamiento, pero en el caso del extravío de dicha cubierta o no siendo posible localizar a la persona designada para su resguardo, el Juez podrá proceder a lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley de Notariado, en cuanto a mandar pedir la cubierta que se encuentra depositada en la Corte Suprema de Justicia¹⁷³.

b) Que al acto de presentación del testamento cerrado concurren el notario o funcionario ante quien se otorgó dicho documento, asimismo deberán estar

¹⁷³ “El sobre guardado en la Secretaría de la Corte Suprema de Justicia, sólo podrá ser utilizado para fines judiciales, en los casos de extravío, destrucción o cuando por otra causa razonable que calificará el Juez, no pueda presentarse el otro sobre. En estos casos el Juez competente lo solicitará a la Corte expresando los motivos y el Secretario de este Tribunal, lo entregará al Juez previa la orden correspondiente. Igual procedimiento se observará cuando el original presentado, sea impugnado judicialmente de falsedad civil o criminal”.

presentes los testigos instrumentales que comparecieron al otorgamiento del mismo.

c) Por último, que las personas mencionadas en el literal anterior reconozcan sus firmas plasmadas en la cubierta presentada y además que manifiesten las condiciones en que se encontraba cuando fue cerrado, sellado o marcado como al momento de su entrega.

Respecto al trámite a seguir conforme al Código de Procedimientos Civiles derogado, el artículo 867 de dicho cuerpo legal establecía que era competente para conocer de las solicitudes de apertura y publicación del testamento cerrado, el Juez de lo Civil del último domicilio del testador, naciendo el derecho para promover la referida diligencia al momento en que se apertura la sucesión, sin embargo, disponía la parte final de este artículo que se procedería a esta diligencia, al tiempo que haya dispuesto el testador en su testamento. Sobre lo que indicaba este artículo, es imprescindible hacer la observación de que el Código Civil no indica que el testador pueda señalar término para que se proceda a la apertura y publicación de su testamento, y el Código de Procedimientos Civiles no contenía ninguna norma que le diera sustento a dicho artículo, ni proponía el procedimiento que debería seguirse en tales casos, por eso se puede afirmar que en su parte final el artículo 867 es muy ambiguo.

En el artículo 868 del Código de Procedimientos derogado, se exigía junto con la solicitud de apertura y publicación de testamento cerrado, que se presentaran los documentos pertinentes que demostraran que el testador había fallecido, y a esta solicitud se le anexaba la cubierta que se pretendía abrir o en caso de no poseerla el interesado debía de indicar el nombre de la persona que se encontraba a cargo de su resguardo.

Por otra parte, los artículos 869 y 870 del código derogado establecían que una vez admitida la solicitud se mandaba a citar a las partes para que concurrieran al Tribunal en el plazo establecido por el Juez, mientras que la segunda disposición citada enunciaba la facultad que tenía el Juzgador de mandar citar con “*apremio corporal*”¹⁷⁴ a la persona que se designó para su resguardo. Este acto de citación de las personas que intervinieron en el acto de otorgamiento se entendía como una audiencia especial, de la cual se levantaba acta donde se hacía constar la comparecencia de las personas antes mencionadas y de los actos que posteriormente se indicaran.

Encontrándose presentes en el acto el notario y testigos que comparecieron al otorgamiento del testamento cerrado, se procedía a mostrarles a cada uno de ellos las firmas estampadas en la cubierta y se les tomaba juramento de forma separada de conformidad al artículo 871 del Código de Procedimientos Civiles derogado. En el momento de la juramentación se le realizaban a cada uno de estos, las preguntas siguientes:

- a) *Si tiene interés alguno en el testamento;*
- b) *Si es suya la firma;*
- c) *Si reconocen la del testador;*
- d) *Si todos los testigos y el funcionario o Notario se hallaban reunidos y presentes al acto en que el testador dijo que aquel pliego contenía su testamento, entregándolo, y quiénes eran dichos testigos.*

¹⁷⁴El apremio corporal puede entenderse como cualquier determinación o medida que toma el juez contra el que se muestra inobediente a sus disposiciones judiciales, estrechándolo por vía de justicia a que cumpla el mandato. El caso al que se refería el artículo 870 del Código de Procedimientos Civiles derogado, era cuando la solicitud de apertura y publicación de testamento cerrado había sido presentada por persona distinta a la encargada para el resguardo de la respectiva cubierta, a quien se solicitaba que presentara la misma, caso contrario se negara, se utilizaría la figura jurídica antes mencionada.

e) *Si todos vieron, oyeron y conocieron al testador;*

f) *Si estaba en su juicio y libertad cuando el otorgamiento;*

g) *Si en su concepto el pliego está cerrado, sellado o marcado como en el acto de la entrega*¹⁷⁵

Ahora bien, lo que sucedía en los casos cuando no podía comparecer alguno de los testigos, el Notario o funcionario que autorizó el otorgamiento del testamento cerrado, ya sea por haber fallecido, encontrarse ausente del territorio nacional o desconocerse su paradero; en esta circunstancia disponía el artículo 873 del Código de Procedimientos Civiles derogado, que se procedía conforme a los incisos 3º y 4º del artículo 1019 del Código Civil los cuales reza lo siguiente: *“Si no pueden comparecer todos los testigos por estar ausentes o haber fallecido algunos, bastará que el Notario y los testigos instrumentales presentes, reconozcan sus firmas y la del testador, y abonen las de los ausentes o muertos.*

*No pudiendo comparecer el Notario o funcionario que autorizó el testamento, ni los testigos por los motivos del inciso anterior, se abonarán sus firmas y la del testador por declaraciones juradas de otras personas fidedignas*¹⁷⁶.

Continuaba la disposición procesal en mención enunciando que el abono de las firmas se haría con los testigos que hayan conocido las firmas de los testigos, notario o funcionario autorizante que se encontraban ausentes, en

¹⁷⁵Código de Procedimientos Civiles Derogado (Ministerio de Justicia, El Salvador, 1881) Art. 871.

¹⁷⁶“Si no pueden comparecer todos los testigos ni el funcionario o Notario que autorizó el testamento por haber fallecido, hallarse ausentes de El Salvador o por ignorarse su paradero, se practicará lo prevenido en los incisos 3º y 4º del artículo 1019 del Código Civil. El abono de firmas se practicará examinando a los testigos que conozcan las que se tratan de abonar y aseguren la semejanza de las del pliego con las legítimas”.

cuanto estos aseguraban que dichas firmas que se encontraban en el pliego eran legítimas¹⁷⁷.

Habiéndose reconocido o abonado las firmas, el Juez se aseguraba que con la información vertida en la audiencia, el testamento cerrado se haya otorgado con las formalidades que dispone el Código Civil, de igual forma revisaba la cubierta cerciorándose de que no se encontraba rota o deteriorada, para luego proceder a abrir dicha cubierta, acto seguido se leía en presencia de los testigos y notariado o funcionario autorizante que comparecieron al otorgamiento del mismo, posteriormente se mandaba a publicar y se tenía por legítimo, finalmente lo reducía a escritura protocolizándolo en el libro que llevaba el Juzgado, y extendía al o los interesados los testimonios que hubieran pedido.

Para el caso de la apertura y publicación de testamento cerrado de un extranjero y que no había sido redactado en idioma castellano, el artículo 875 del Código de Procedimientos Civiles derogado, establecía que en el auto en que se ordenaba la apertura de las cubiertas, el juez nombraba a dos traductores, quienes, habiendo sido debidamente juramentados, procedían a su traducción al castellano en el mismo acto en presencia de este, de su secretario, y de los demás presentes a la audiencia. Una vez vertido al idioma castellano, se leía en ese momento y se mandaba a protocolizar de acuerdo al artículo 874 del mismo cuerpo legal derogado.

¹⁷⁷ Código Civil de El Salvador. Art. 1019 inc. 3° y 4°. Respecto a la figura del abono de firmas que menciona tanto esta disposición legal como el artículo 873 del Código de Procedimientos Civiles derogado, el Doctor Fiallos Valdés en su tesis "Los Testamentos en la Legislación Salvadoreña", lo define como justificación que se hace de que la firma que aparece en el acta de legalización de la cubierta pertenece a la persona del testigos o notario que no ha comparecido por estar ausente o haber fallecido. El abono de firmas se hace por declaraciones juradas de otras personas fidedignas que conozcan las firmas de las personas que se tratan de abonar y aseguran la semejanza de las de la cubierta con las legítimas.

Respecto a las diligencias de apertura y publicación de testamento cerrado promovidas ante notario conforme a la Ley de del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y Otras Diligencias, dispone el artículo 17 del referido cuerpo legal que el notario tendrá las mismas facultades que el Juez de lo Civil, para llevar a cabo su trámite, acudiendo únicamente a una instancia judicial para el caso del apremio corporal de conformidad al artículo 4 inciso 2° de la misma ley¹⁷⁸.

En el mismo artículo 17, se faculta al notario para que pueda desplazarse al domicilio del notario que otorgo el testamento cerrado o al de cualquiera de los testigos que comparecieron a su otorgamiento para dar inicio al trámite, y una se manda abrir y leer el testamento, el notario procederá a su protocolización anexando las diligencias a los anexos de su libro de protocolo y extenderá los testimonios que se le solicitaren.

Es importante señalar que la ley establece una prohibición al notario la cual consiste en la imposibilidad de conocer de las referidas diligencias si se ha comparecido al otorgamiento del testamento cerrado, cosa que era muy diferente en las diligencias tramitadas vía judicial en virtud de que el artículo 872¹⁷⁹ del Código de Procedimientos Civiles derogado, establecía que en el caso de que el mismo juez que conocía de las diligencias de apertura y

¹⁷⁸Ley de del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y Otras Diligencias (Junta Revolucionara de Gobierno, El Salvador, decreto N° 1073, D. O. N° 66, tomo N° 275, 1982). Art. 4 inc. 2°: "Podrá requerir a las autoridades y funcionarios los informes que considere pertinentes; y si no le fueren proporcionados, después de pedirlos por tres veces a quien corresponda, el notario ocurrirá a cualquier Juez de Primera Instancia con competencia en materia civil, para que éste, si fuere procedente, apremie al requerido. También podrá ocurrir a dicho Juez cuando necesite el auxilio de la fuerza pública para hacer cumplir sus providencias". "El notario podrá trasladarse al domicilio del notario que autorizó el testamento o al de alguno o algunos de los testigos del mismo. El acta que contenga la resolución que manda abrir, leer y publicar el testamento se protocolizará en una misma escritura con el testamento de que se trate".

¹⁷⁹"Si el Juez que procede a la apertura del testamento fuere el mismo que lo autorizó, certificará en seguida de la información sobre los puntos que se expresan en el artículo anterior."

publicación del testamento cerrado sea el mismo que autorizó el otorgamiento de este, procedía a certificar la información a la que se refiere el artículo 871 del código derogado.

El trámite antes detallado fue aplicado por los Notarios y Jueces de lo Civil, hasta la entrada en vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil, que entró en vigencia a partir del primero de enero del año dos mil diez, y que deroga las disposiciones del Código de Procedimientos Civiles, es a partir de este momento que la diligencia de apertura y publicación de testamento cerrado, así como otras diligencias del derecho sucesorio quedaron sin regulación alguna debido a que la nueva norma procesal no recogió apartados sobre cada una de estas, tales que si contemplaba el Código de Procedimientos Civiles derogado.

El legislador salvadoreño en el momento de elaborar el Código Procesal Civil y Mercantil, hizo alusión a las diligencias de derecho sucesorio, así como las demás de jurisdicción no contenciosa en el inciso segundo del artículo 17 del referido cuerpo legal, el cual dispone: *“Las diligencias judiciales no contenciosas se tramitarán de acuerdo a lo previsto en la respectiva ley de la materia; de no existir procedimiento se aplicarán las disposiciones del proceso abreviado, en lo que fueren aplicables”*¹⁸⁰.

A partir de esta disposición algunos jueces de lo civil formulan procedimientos partiendo de sus propios criterios judiciales para conocer de las diligencias de apertura de publicación del testamento cerrado, pero estos tienden a padecer de vicios procedimentales o procesales que pueden resultar en violación derechos fundamentales debido al amplio margen de discrecionalidad que se le da a los jueces en estos casos, ya que no hay un

¹⁸⁰Código Procesal Civil y Mercantil (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, Decreto N° 712, D. Oficial: 224 Tomo: 381, 2008). Art. 17 Inc. 2°.

procedimiento uniforme que guie el actuar de los juzgadores, y peor es el caso para los notarios que conocen de la apertura y publicación de testamento cerrado conforme a la Ley de del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y Otras Diligencias, ya que los remite a las disposiciones de un código que se encuentra derogado.

Ahora bien, ¿qué sucede en los casos cuando no pueden comparecer algunos de los testigos, el Notario o funcionario que autorizó el otorgamiento del testamento cerrado, ya sea por haber fallecido, encontrarse ausente del territorio nacional o desconocerse su paradero?, en esta circunstancia dispone el artículo 873 del Código de Procedimientos Civiles¹⁸¹, que se procederá conforme a los incisos 3° y 4° del artículo 1019 del Código Civil los cuales indican lo siguiente: *“Si no pueden comparecer todos los testigos por estar ausentes o haber fallecido algunos, bastará que el Notario y los testigos instrumentales presentes, reconozcan sus firmas y la del testador, y abonen las de los ausentes o muertos.*

No pudiendo comparecer el Notario o funcionario que autorizó el testamento, ni los testigos por los motivos del inciso anterior, se abonarán sus firmas y la del testador por declaraciones juradas de otras personas fidedignas”¹⁸². Continúa la disposición procesal en mención diciendo que el abono de las firmas se hará con los testigos que hayan conocido las firmas del notario,

¹⁸¹ “Si no pueden comparecer todos los testigos ni el funcionario o Notario que autorizó el testamento por haber fallecido, hallarse ausentes de El Salvador o por ignorarse su paradero, se practicará lo prevenido en los incisos 3° y 4° del artículo 1019 del Código Civil. El abono de firmas se practicará examinando a los testigos que conozcan las que se tratan de abonar y aseguren la semejanza de las del pliego con las legítimas”.

¹⁸²Respecto a la figura del abono de firmas que menciona tanto esta disposición legal como el artículo 873 del Código de Procedimientos Civiles, el Doctor Fiallos Valdés, lo definen como justificación que se hace de que la firma que aparece en el acta de legalización de la cubierta pertenece a la persona del testigos o notario que no ha comparecido por estar ausente o haber fallecido. El abono de firmas se hace por declaraciones juradas de otras personas fidedignas que conozcan las firmas de las personas que se tratan de abonar y aseguran la semejanza de las de la cubierta con las legítimas.

testigos, o funcionario autorizante que se encuentre ausente, en cuanto estos aseguren que esas firmas que se encuentran en el pliego son legítimas.

Al haber reconocido o abonado las firmas, el Juez se asegurará con la información vertida en la audiencia, si el testamento cerrado fue otorgado con las formalidades que dispone el Código Civil, de igual forma revisará la cubierta cerciorándose de que no se encuentre rota o deteriorada, para luego proceder a abrir esta, acto seguido se leerá en presencia de los testigos, notario o funcionario autorizante que comparecieron al otorgamiento del mismo; posteriormente se mandará a publicar y se tendrá por legítimo. Finalmente lo reducirá a escritura protocolizándolo en el libro que lleva el Juzgado, y extenderá al o los interesados los testimonios que le pidiesen todo de conformidad al artículo 874 del Código de Procedimientos Civiles.

Para el caso de la apertura y publicación de testamento cerrado de un extranjero y que no se encuentre redactado en idioma castellano, el artículo 875 del Código de Procedimientos Civiles, dispone que en el auto que se ordena la apertura de las cubiertas, el juez nombrará a dos traductores, quienes, habiendo sido debidamente juramentados, procederán a su traducción al castellano en el acto a presencia de este, de su secretario, y de los demás presentes a la audiencia. Una vez vertido al idioma castellano, se leerá en ese momento y se mandará a protocolizar de acuerdo al artículo 874 del mismo cuerpo legal.

Respecto a las diligencias de apertura y publicación de testamento cerrado promovidas ante notario conforme a la Ley de del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y Otras Diligencias, dispone el artículo 17 del referido cuerpo legal que el notario tendrá las mismas facultades que el juez de lo civil para su llevar a cabo su trámite, acudiendo únicamente a una instancia

judicial para el caso del apremio corporal de conformidad al artículo 4 inciso 2° de la misma ley¹⁸³. En el mismo artículo 17, se faculta al notario para que pueda desplazarse al domicilio del notario que otorgo el testamento cerrado o al de cualquiera de los testigos que comparecieron a su otorgamiento para dar inicio al trámite, y una vez se manda abrir y leer el testamento, el notario procederá a su protocolización anexando las diligencias a los anexos de su libro de protocolo y extenderá los testimonios que se le solicitaren.

Es importante advertir que existe para el notario la prohibición de conocer de las diligencias si ha sido el mismo quien compareció al otorgamiento del testamento cerrado, cosa que es muy diferente en las diligencias tramitadas vía judicial en virtud de que el artículo 872¹⁸⁴ del Código de Procedimientos Civiles, establece que en caso de que el mismo juez que conoce de las diligencias de apertura y publicación del testamento cerrado sea el mismo que autorizo el otorgamiento del este, certificará la información a la que se refiere el artículo 871 del referido código.

3.2. Análisis jurídico comparado con la legislación chilena

El Código de Procedimiento Civil chileno, remite expresamente al Código Civil para tratar el tema de la apertura y publicación del testamento cerrado:

¹⁸³ “Podrá requerir a las autoridades y funcionarios los informes que considere pertinentes; y si no le fueren proporcionados, después de pedirlos por tres veces a quien corresponda, el notario ocurrirá a cualquier Juez de Primera Instancia con competencia en materia civil, para que éste, si fuere procedente, apremie al requerido. También podrá ocurrir a dicho Juez cuando necesite el auxilio de la fuerza pública para hacer cumplir sus providencias”. El acta que contenga la resolución que manda abrir, leer y publicar el testamento se protocolizará en una misma escritura con el testamento de que se trate, el cual se agregará con las diligencias a los anexos del protocolo. El notario dará a los interesados los testimonios que le pidieren. En ningún caso las anteriores diligencias podrán ser practicadas por el mismo notario que autorizó las cubiertas del testamento”.

¹⁸⁴ “Si el Juez que procede a la apertura del testamento fuere el mismo que lo autorizó, certificará en seguida de la información sobre los puntos que se expresan en el artículo anterior.”

El artículo 1046 del CPrC Ch, establece que *“La apertura del testamento cerrado se hará en la forma establecida por el artículo 1025 del Cod.Civ.Ch. “La legislación Chilena, al igual cómo se regulaba en el Código de Procedimientos Civiles de El Salvador, ahora derogado, contiene la posibilidad que “Si el testamento se hubiera otorgado ante notario que no sea del último domicilio del testador, podrá ser abierto ante el juez del departamento al que pertenezca dicho notario, por delegación del juez del domicilio que se expresa. En tal caso, el original se remitirá con las diligencias de apertura a este juez, y se dejará archivada además una copia autorizada en el protocolo del notario que autoriza el testamento.”*¹⁸⁵

El art. 1047 indica que puede pedir la apertura, publicación y protocolización de un testamento cualquiera persona capaz de parecer por sí misma en juicio, asimismo el artículo 1048 somete la apertura, publicación y protocolización de los testamentos privilegiados a las reglas establecidas por el Cod.Civ.Ch respecto de ellos.

Ahora bien, es necesario hacer énfasis en que al ser la norma sustantiva que indique el procedimiento a seguir para la apertura y publicación del testamento cerrado en Chile, deberá entonces desarrollarse el mismo; para tal efecto, a continuación se presenta la manera en que el legislador indicó su proceder.

3.2.1. Competencia territorial y material

El artículo 1009 determina la competencia al decir que *“La apertura y publicación del testamento se harán ante el juez del último domicilio del*

¹⁸⁵Código de Procedimiento Civil de la República de Chile, (Chile: Ministerio de Justicia, 1902).

testador; sin perjuicio de las excepciones que a este respecto establezcan las leyes.”

3.2.2. Prueba de la muerte

Para que pueda procederse a la apertura y publicación de un testamento, el artículo 1010, indica que “Siempre que el juez haya de proceder a la apertura y publicación de un testamento, se cerciorará previamente de la muerte del testador. Exceptúense los casos en que según la ley deba presumirse la muerte.”, entendiéndose entonces que si no existe prueba fehaciente de la muerte del causante ya sea por documentos que certifiquen la misma o, dadas las circunstancias, deba presumirse y ser declarada, no podrá iniciarse las diligencias respectivas.

3.2.3. Presentación ante juez competente y reconocimiento de firmas

El artículo 1025 contempla dos circunstancias para la apertura del testamento cerrado, una de ellas es que “antes de recibir su ejecución, será presentado al juez.”; y la segunda es que “No se abrirá el testamento sino después que el escribano y testigos reconozcan ante el juez su firma y la del testador.

Se declara además, si en su concepto está cerrado, sellado o marcado como en el acto de la entrega.”, el mismo artículo y ante la eventualidad de que “Si no pueden comparecer todos los testigos, bastará que el escribano y los testigos instrumentales presentes, reconozcan sus firmas y la del testador, y abonen las de los ausentes. No pudiendo comparecer el escribano o funcionario que autorizó el testamento, será reemplazado para las diligencias de apertura por el escribano que el juez elija.

En ese sentido, es necesario, y siempre que el juez lo estimare conveniente, podrán ser abonadas las firmas del escribano y testigos ausentes, como en el caso del inc. 4º del artículo 1020.”¹⁸⁶

3.3. Análisis jurídico comparado con la legislación colombiana

En Colombia, el Código Civil Nacional, ofrece aspectos de mucha importancia de los que se puede advertir la competencia y el requisito de la certeza de la muerte del testador como se explica a continuación:

3.3.1. Competencia

La competencia es determinada por el artículo 1065, pues establece que “La apertura y publicación del testamento se hará ante el juez del último domicilio del testador; pero si no fueren hallados allí el notario y los testigos que deben reconocer sus firmas, aquellos actos tendrán lugar ante el juez que designen las leyes de procedimiento.”¹⁸⁷

3.3.2. Prueba de la muerte

Uno de los requisitos para que el Juez pueda proceder a la apertura y publicación de un testamento, es el que contempla el artículo 1066, en cuanto indica que el Juez “se cerciorará previamente de la muerte del testador. Exceptúense los casos en que, según la ley, deba presumirse la muerte.”

¹⁸⁶En caso necesario, y siempre que el juez lo estimare conveniente, podrán ser abonadas las firmas del testador y de los testigos ausentes por declaraciones juradas de otras personas fidedignas.

¹⁸⁷Código Civil Nacional (Colombia) (Ley 84 de 1873) publicada por la Imprenta de Gaitan en el año 1873.

En ese orden de ideas, el Decreto 960 de 1970 publicado en el Diario Oficial No. 33.118, de 5 de agosto del mismo año, en el capítulo IV, denominado “De la guarda, apertura y publicación del testamento cerrado” establece el siguiente proceso a partir del artículo 59:

3.3.3. Custodia del testamento cerrado

Una de las peculiaridades de este testamento es a quien le corresponde el resguardo y la custodia del mismo, para tal efecto el artículo 59 del Estatuto establece que “El testamento cerrado se dejará al Notario o Cónsul colombiano que lo haya autorizado, para su custodia.”¹⁸⁸

3.3.4. Apertura del testamento cerrado

Asimismo, el artículo 60 Cod.Civ.Cb indica que “El testamento cerrado será abierto y publicado por el Notario o Cónsul que lo haya autorizado.”

3.3.5. Solicitud de apertura o publicación del testamento cerrado

Cualquier interesado presunto en la sucesión, podrá solicitar la apertura y publicación del testamento, presentando prueba legal de la defunción del testador, copia de la escritura exigida por la Ley 36 de 1931¹⁸⁹, y cuando fuere el caso, el sobre que la contenga, o petición de requerimiento.¹⁹⁰

¹⁸⁸ Estatuto de Notariado, Decreto 960 de 1970, Presidencia de la República de Colombia, artículo 59.

¹⁸⁹ “Copia de esta escritura debe acompañar a la solicitud de apertura y publicación del testamento. Este artículo hace referencia al momento que el testador presenta al Notario y a los testigos la escritura en que declara que se contiene su testamento”.

¹⁹⁰ Estatuto de Notariado, Decreto 960 de 1970. Artículo 61.

3.3.6. Procedimiento para la apertura del testamento cerrado

El artículo 62, dice que “Presentada la solicitud y el sobre, el notario hará constar el estado de éste, con expresión de las marcas, sellos y demás circunstancias distintivas, señalará el día y la hora en que deban comparecer ante él los testigos que intervinieron en la autorización del testamento y dispondrá que se les cite”.

3.3.7. Procedimiento

El proceder es establecido por el artículo 63“Llegados el día y la hora señalados, se procederá al reconocimiento del sobre y de las firmas puestas en él por el testador, los testigos y el Notario, teniendo a la vista el sobre y la escritura original que se haya otorgado en cumplimiento de lo ordenado en la Ley 36 de 1931¹⁹¹. Acto seguido el Notario, en presencia de los testigos e interesados concurrentes, extraerá el pliego contenido en la cubierta y lo leerá de viva voz; terminada la lectura, lo firmará con los testigos a continuación de la firma del testador o en las márgenes y en todas las hojas de que conste.”

3.3.8. Acta

De lo ocurrido se sentará un acta según lo indica el artículo 64, con mención de los presentes y constancia de su identificación correspondiente, y transcripción del texto íntegro del testamento.

¹⁹¹Artículo 1, Inmediatamente después del acto en que el testador presenta al Notario y a los testigos la escritura en que declara que se contiene su testamento, según el artículo 1080 del Código Civil, se deberá extender una escritura pública "en que conste el lugar, día, mes y año de la constitución del testamento cerrado; el nombre y apellido del Notario; el nombre y apellido, domicilio y vecindad del testador y cada uno de los testigos; la edad del otorgante, la circunstancia de hallarse éste en su entero y cabal juicio, el lugar de su nacimiento y la nación a que pertenece.

3.3.9. Comparecencia de testigos y notario al momento de la apertura del testamento cerrado

La falta de comparecencia de los testigos y notario es desarrollada por el artículo 65, en cuanto indica que “Cuando alguno o algunos de los testigos no concurrieren, el notario ante quien se otorgó el testamento abonará sus firmas mediante su confrontación con las del original de la escritura de protocolización. Si aquel notario faltare, abonará su firma quien desempeñare actualmente sus funciones, mediante la misma confrontación y aún con su firma en otros instrumentos del protocolo.”, el legislador brinda alternativas eficientes para que este no se convierta en un obstáculo en el procedimiento.

3.3.10. Protocolización de la actuación de la apertura y publicación del testamento cerrado

Una vez se tiene abierto y publicado el testamento, se protocolizará con lo actuado por el mismo Notario, quien expedirá las copias a que hubiere lugar. El registro se efectuará sobre copia enviada directamente por aquel y no sobre el original.¹⁹²

3.3.11. Oposición a la apertura

Si existiere oposición, la apertura deja de ser diligenciada vía notarial y pasa a sede Judicial. El artículo 67 contempla la circunstancia que en que “Si alguna persona que acredite interés en ello y exponga las razones que tenga, se opusiere a la apertura, el Notario se abstendrá de practicar la apertura y publicación y entregará el sobre y copia de lo actuado al Juez

¹⁹²Estatuto, Artículo 66.

competente para conocer del proceso de sucesión, para que ante él se tramite y decida la oposición a la apertura como un incidente.”¹⁹³

3.3.12. Remisión a sede judicial

Asimismo continua diciendo el artículo 67 que “Si las firmas del Notario o los testigos no fueren reconocidas o abonadas, o la cubierta no apareciere cerrada, marcada y sellada como cuando se presentó para el otorgamiento, el Notario, dejando constancia de ello, practicará la apertura y publicación del testamento y enviará sobre, pliego y copia de su actuación al juez competente. En este caso el testamento no prestará mérito mientras no se declare su validez en proceso ordinario, con citación de quienes tengan interés en la sucesión por Ley o por razón de un testamento anterior.”¹⁹⁴

3.3.13. Protocolización y registro ordenada por juez

Declarada la validez del testamento, el juez ordenará su protocolización y posterior registro.

3.4. Análisis jurídico comparado con la legislación nicaragüense

En la legislación nicaragüense el trámite de apertura y publicación de testamento cerrado encuentra su regulación en el Capítulo III, Título VI, Libro Séptimo de los “Actos de Jurisdicción Voluntaria”, del Código Procesal Civil de la República de Nicaragua, apartado especial que dentro de su alto contenido recoge los procesos sucesorios, siendo una norma procesal completa en el sentido de contemplar todos aquellos actos jurídicos que deben dirimirse o promoverse antes una autoridad judicial competente por mandato de ley.

¹⁹³Ibíd. Artículo 67 inc. 1.

¹⁹⁴Ibíd. inc. 2.

En cuanto al caso que ocupa, el Código Procesal Civil de la República de Nicaragua, regula el proceso de apertura y publicación de testamento cerrado a partir del artículo 835 al 838, el cual se puede explicar de la manera siguiente.

3.4.1. Ámbito de aplicación

En primer lugar, el artículo 835¹⁹⁵ de la referida norma procesal hace mención del ámbito de aplicación y disposiciones legales a utilizar para promover tramitar y fenecer el proceso referido, disponiendo este artículo que el Código Procesal Civil de la República de Nicaragua, es el único cuerpo legal aplicable para la presentación, verificación, apertura y protocolización de testamentos cerrados.

3.4.2. Legitimación

En el artículo 836 del Código Procesal Civil de la República de Nicaragua¹⁹⁶, el legislador se encargó de establecer a las personas que se encuentran legitimadas para promover la apertura y publicación del testamento cerrado, siendo estas el notario que autorizo el otorgamiento, el registrador de la propiedad de inmuebles o mercantil, la persona designada por el testador para la guarda del testamento, y cualquier persona que tenga interés alguno respecto del patrimonio del testador

En este punto se puede mencionar a los mismos herederos o un acreedor que está interesado en el cobro de sus créditos; la disposición legal a que se

¹⁹⁵Código Procesal Civil (Nicaragua: Asamblea Nacional de la República de Nicaragua, 2015). “Se aplicará lo dispuesto en el presente Capítulo para la presentación, verificación, apertura y protocolización de testamentos cerrados”.

¹⁹⁶ “Están legitimados para promover este proceso, la notaria o notario público autorizante, la registradora o registrador de la propiedad inmueble y mercantil o la persona que tenga el testamento bajo guarda o en calidad de depósito, así como quién tenga interés por cualquier concepto”.

refiere en este párrafo solamente dice: "...quién tenga interés por cualquier concepto", pero del término concepto se puede inferir tal idea.

3.4.3. Competencia

Respecto al Juez que será competente para conocer de la apertura y publicación de testamento cerrado, el artículo 29 inciso final¹⁹⁷ del Código Procesal Civil de la República de Nicaragua, dispone que conocerá el Juez en materia Civil de los todos los actos de jurisdicción voluntaria, regulados en el mencionado código; asimismo el artículo 837 de mismo cuerpo legal¹⁹⁸, establece que el Juez de lo Civil ante quien se presentara la solicitud, será aquel del domicilio del testador, del notario autorizante, del registrador de la propiedad inmueble y mercantil, o de la persona a cargo del desguardo del testamento.

En este caso se puede observar que pueden ser varios Jueces de lo Civil de diferentes distritos los facultados para tramitar dicho proceso especial, y será competente para conocer del referido acto el primero que lo haga a prevención. Es decir, ante quien se haya promovido primero.

3.4.4. Reglas procedimentales y resolución

Corresponde hacer mención de las reglas procedimentales y resolución que se encuentran contempladas en el artículo 838 del Código Procesal Civil de

¹⁹⁷ Asimismo conocerán los juzgados de Distrito Civiles y juzgados Locales Civiles de los asuntos, actos, cuestiones y recursos que les atribuya la Ley No. 260, Ley Orgánica del Poder Judicial de la República de Nicaragua y los actos de jurisdicción voluntaria que este Código les determine".

¹⁹⁸ Será competente para conocer de la solicitud, el juzgado Local o de Distrito Civil del domicilio del testador, o de la persona a quien le hubiera sido otorgada la guarda del testamento, el domicilio de la notaria o notario público autorizante o de la o el registrador de la propiedad inmueble y mercantil del departamento en que se haya otorgado el testamento".

la República de Nicaragua, esta disposición se compone de 16 incisos los cuales pueden ser desarrollados de la manera siguiente:

3.4.4.1. Presentación del testamento ante juez competente

Los incisos 1° y 2° del artículo proveído, regulan la obligación para quien este a cargo del resguardo del testamento, de presentarlo al Juez de lo Civil competente, una vez se tenga noticia del fallecimiento del testador. De igual forma el interesado podrá pedir que se le requiera a la persona que resguarda el testamento que lo presente a fin de darle cumplimiento al inciso primero del artículo referido¹⁹⁹.

3.4.4.2. Prueba del fallecimiento del testador y citación de interesados

Junto a la solicitud de apertura y publicación del testamento cerrado, el interesado deberá de presentar la documentación pertinente a fin de establecer el fallecimiento del testador y hará mención si es interesado directo en la sucesión del causante por ser heredero o legatario de este, caso contrario deberá expresar las razones por las que tiene interés en la apertura del testamento, procediendo el Juez a citar por medio de edicto a los interesados directos de la sucesión, tal como lo prescribe el inciso tercero del artículo²⁰⁰.

¹⁹⁹Ibíd., Art. 838 incs. 1° y 2°: “La notaria o notario público, la o el registrador y cualquier persona que tenga en su poder un testamento cerrado, deberá presentarlo a la autoridad judicial competente inmediatamente después que tenga conocimiento del fallecimiento de la o el otorgante. Cualquier interesada o interesado podrá solicitar que se requiera a la persona que tenga en su poder un testamento cerrado, para que lo presente ante la autoridad judicial competente, siempre que la o el peticionario tuviere conocimiento de la existencia del testamento y que éste no haya sido presentado”.

²⁰⁰Ibíd., inc. 3°: “La persona solicitante deberá acreditar el fallecimiento de la o el otorgante. Si la persona solicitante fuera extraña a la familia del fallecido, expresará en la solicitud la razón por la que crea tener interés en la presentación del testamento. En este caso, se citará por edictos a quienes según la persona solicitante pudieran tener interés en la herencia”.

Al haber transcurrido tres meses de la citación de los interesados y no habiéndose apersonado al Juzgado para que se pronuncien respecto de su derecho, el juez procederá a archivar las actuaciones, sin embargo, con la solicitud de persona legitimada o interesado que se presentase, se podrá reanudar el proceso desde el punto donde se quedó²⁰¹.

3.4.4.3. Citación y comparecencia de notario autorizante, testigos y examen del testamento

Una vez queda demostrado fehacientemente el fallecimiento del testador, y a petición de parte interesada el Juez procede a convocar a una audiencia especial, para la cual citara al notario que autorizo el testamento que se pretende abrir, junto con los testigos que presenciaron el acto de otorgamiento, para que concurran al reconocimiento de sus nombres firmas y rubricas junto con las del testador, las cuales darán por legítimas, y darán fe de que el testamento se encuentra igual que al momento de su otorgamiento debidamente cerrado y sellado. Con la información recopilada en ese momento el Juez procederá al examen personal del testamento verificando su estado y se dejará constancia de los hechos que den lugar a sospechar alguna alteración daño o ruptura que hubiese sufrido, todo de conformidad al Código Procesal Civil de la República de Guatemala.²⁰²

²⁰¹ *Ibíd.* Transcurridos tres meses desde la notificación sin que ninguna persona interesada haya comparecido al proceso, se archivarán las actuaciones, las que podrán reanudarse a solicitud de cualquier parte interesada”.

²⁰² “A solicitud de quien presente el testamento o de otra persona interesada y una vez acreditado el fallecimiento de la o el testador, se citará a audiencia a la notaria o notario público autorizante y, en su caso, a las o los testigos instrumentales que hubieran intervenido en el otorgamiento, a fin de que reconozcan su firma y la del testador, declarando además si está cerrado, si tiene la marca del sello como en el acto de la entrega, y solo después de dicho reconocimiento se abrirá el testamento. La autoridad judicial examinará en la audiencia el pliego que contenga el testamento y hará constar su estado, describiendo los hechos, si los hubieran, que lo motivan a sospechar que fue abierto o sufrió alguna alteración, enmienda o raspadura....., si reconocen como legítimas la firma y rúbrica que con su nombre aparecen en él, y si está en el mismo estado que tenía cuando pusieron su firma”.

3.4.4.4. La incomparecencia del notario autorizante o de los testigos instrumentales

En los casos en que no comparezcan el notario autorizante o los testigos instrumentales, la ley procesal franquea dos soluciones; la primera, si el que no se hace presente a la audiencia es el notario, el Juez procede a suspender la misma y elige a un nuevo notario para que reemplace al ausente, de conformidad al inciso 8° del artículo 838²⁰³, sobre esta situación el Código Procesal Civil de Nicaragua no menciona en qué forma se podrá reemplazar al notario, únicamente indica la parte final del inciso 9° del aludido artículo²⁰⁴, que habiéndose comprobado la fidelidad de las firmas, el Juez pondrá su rúbrica al principio y al final del testamento, dictando auto en que se ordene protocolizarlo en el protocolo del nuevo notario designado, quien extenderá los testimonios que se le solicitasen a fin de continuar con el proceso de apertura. Agrega también que la resolución que ordene la protocolización, se publicara en un periódico de circulación nacional.

El segundo caso se refiere a la no comparecencia de alguno de los testigos instrumentales a la audiencia especial, en tal situación bastara con el abono de firmas a cargo de los testigos que si comparecieron al acto de otorgamiento del testamento conforme al inciso 7° del mismo artículo²⁰⁵.

En el inciso 9° del artículo mencionado también dispone que el Juez para tener mayor certeza del reconocimiento de las firmas contenidas en la

²⁰³ “Si no puede comparecer la notaria o notario público, funcionaria o funcionario que autorizó el testamento, se interrumpirá la audiencia, a fin de que la autoridad judicial elija otra u otro notario público que reemplace al autorizante, para las diligencias de apertura”.

²⁰⁴ “A continuación, la autoridad judicial pondrá su rúbrica al principio y fin de cada página del testamento, y ordenará por medio de auto, su incorporación en el protocolo de la notaria o notario público, quien dará a los interesados los testimonios que pidieren, a su costa, ordenando también la publicación de dicho auto en un diario de circulación nacional”.

²⁰⁵ “Si no pueden comparecer todas las o los testigos, bastará que la notaria o notario público y las o los testigos instrumentales presentes, reconozcan sus firmas y la del testador, y acrediten las de los ausentes”.

cubierta, podrá citar a la audiencia a otras personas fidedignas, quienes declararan si conocen las firmas de los ausentes y que las contenidas en la cubierta corresponden a dichas personas.

Asimismo, el inciso 11° de la disposición referida indica que el Juez podrá hacer uso de la prueba de cotejo letras y cualquier otra diligencia útil que le brinde plena certeza de la autenticidad de las firmas no reconocidas por los que se encuentren ausentes en el acto. Y en su parte final indica que, si alguno de los testigos instrumentales no pudiera firmar, haciéndolo a su ruego un tercero, deberán concurrir acto ambas personas²⁰⁶.

3.4.4.5. Apertura, lectura y protocolización del testamento cerrado

Luego de haberse asegurado el Juez que se han cumplido las formalidades de ley, con el reconocimiento de las firmas correspondientes y habiéndose identificado y examinado el pliego, se procede a su apertura, leyéndolo primero el mismo Juez para sí mismo y luego lo leerá en voz alta a los presentes,teniéndolo por legítimo y por medio de auto ordenará su protocolización en el protocolo que lleva el Juzgado, todo lo antes mencionado conforme al Código Procesal Civil de la República de Nicaragua. En ese sentido establece que las *“Practicadas las diligencias anteriores, y resultando de ellas que en el otorgamiento del testamento se han guardado las solemnidades prescritas por la ley y la identidad del pliego, la autoridad*

²⁰⁶ “En caso necesario y siempre que la autoridad judicial lo estime conveniente, podrán ser confirmadas las firmas de la notaria o notario público y de los testigos ausentes, por declaraciones de otras personas fidedignas ante la autoridad judicial. No habiendo comparecido alguna o algunas de las personas citadas, se preguntará a las demás si las vieron poner su firma y rúbrica y la autoridad judicial ordenará, si lo considera necesario, el cotejo de letras y otras diligencias, conducentes a la averiguación de la autenticidad de las firmas de los que no comparecieron. Si alguno de las o los testigos no supiera firmar y lo hubiera hecho otro por él, serán examinados los dos, reconociendo su firma el que la haya puesto.”

*judicial lo abrirá y leerá para sí la disposición testamentaria que contenga. Acto seguido, procederá a leer el testamento en voz alta, a no ser que contenga disposición del testador ordenando que la apertura del testamento se realice en un tiempo determinado, la autoridad judicial suspenderá la continuación del proceso y mandará archivarlo junto con el pliego, hasta que llegue el plazo designado por la o el testador. Leído el testamento, se dictará auto ordenando su protocolización en el protocolo del juzgado”.*²⁰⁷.

3.4.4.6. Suspensión del proceso, rechazo de la protocolización y restricción del acto de lectura del testamento

En este punto es importante señalar que conforme al mismo inciso 12° que anteriormente se citó. y al inciso 15° del artículo indicado²⁰⁸, el Juez puede ordenar la suspensión del proceso o denegar la protocolización del testamento, para el primer caso ocurre en el supuesto de que el testador haya establecido el tiempo en que deba abrirse, en tal situación se procede a lo antes señalado, archivando las actuaciones junto al pliego hasta que transcurra el tiempo señalado en el testamento. Y la denegación de la protocolización del testamento se pondrá de manifiesto cuando el Juzgador advierta que se han omitido alguno de los requisitos establecidos en la ley o que no se ha identificado fehacientemente el pliego que contiene el testamento, resultando la denegatoria antes mencionada y ordenándose el archivo de las actuaciones.

Finalmente, en el inciso 13°, se regula una restricción para el Juez al momento de la lectura del testamento, la cual consiste en que el testador ha

²⁰⁷ *Ibíd.*, Inc. 12° y 14°.

²⁰⁸ “Cuando no resulte de las diligencias practicadas la observancia de las solemnidades prescritas por la ley, o no haya quedado acreditada la identidad del pliego, se denegará la protocolización del testamento y se acordará el archivo del proceso”.

estipulado cláusulas que deberán mantenerse en secreto o reserva hasta el transcurso de un tiempo determinado por el mismo testador, por lo cual se le dará lectura en lo que no estuviere señalado con reserva o secreto²⁰⁹.

3.5. Análisis jurídico comparado con la legislación guatemalteca

El trámite de apertura y publicación en la República de Guatemala se encuentra regulado a partir del artículo 467 en la Sección Segunda “formalización de testamentos”, párrafo primero “apertura del testamento cerrado” de la siguiente manera:

2.5.1. Examen de la cubierta y sellos

El artículo 467 dispone la manera en la que inicia este trámite, además de establecer quiénes pueden iniciarlo o solicitarlo, siendo que, al fallecer el testador la persona que tiene en su poder el testamento cerrado lo entrega al Juez, y este a presencia del solicitante y del secretario levanta una acta en la que tiene que expresar el estado de la cubierta y los sellos, entre otras circunstancias relativas al estado de la plica.

3.5.2. Citación al notario y testigos

Según el artículo 468, para el acto de apertura del testamento serán citados, los interesados, el notario y los testigos que firmaron la cubierta. El notario deberá presentar testimonio del acta, extendida en su protocolo del testamento cerrado de que se trate. Si no fueren conocidas todas las personas interesadas, se citará también al Ministerio Público.

²⁰⁹ “Si la o el testador ha dispuesto que alguna o algunas cláusulas queden reservadas y secretas hasta cierto tiempo, la lectura se limitará a las demás cláusulas de la disposición testamentaria”.

3.5.3. Diligencias previas a la apertura

La diligencia de apertura se realizará con los que concurren. Esto, en razón de que el artículo 469 establece, en caso que se dé el incidente que no puedan comparecer todos los testigos y el notario, por muerte o por ausencia del lugar donde se sigan las diligencias, bastará la manifestación de los que puedan estar presentes. Acto seguido, el Juez debe tomar una declaración bajo protesta al notario autorizante de la carátula del testamento y a los testigos instrumentales de la misma, para que manifiesten si las firmas que aparecen en el documento que se les exhibe son suyas, si tienen por auténticas las de aquéllos que hayan fallecido o estén ausentes y si las vieron colocar todas en un mismo acto. Se les permitirá que examinen el pliego y expresarán igualmente si lo encuentran en el mismo estado en que se hallaba cuando firmaron la cubierta y si es el que entregó el testador.

3.5.4. Apertura en caso de no presentarse el notario ni testigos

Si al acto de apertura no concurrieran ni el notario autorizante de la cubierta ni los testigos instrumentales, por haber fallecido, por hallarse ausentes o porque no pudieren hacerlo, el juez suspenderá la diligencia de apertura según el artículo 470.

Acto continuo dispondrá se publiquen edictos en dos periódicos, uno de los cuales será el Diario Oficial, por una sola vez, haciendo saber el día y hora en que se procederá a la apertura del testamento. En este caso, la diligencia se practicará con los interesados que se hallaren presentes, dictando el juez las medidas necesarias para cerciorarse de la autenticidad de las firmas del notario y los testigos.

3.5.5. Apertura del testamento

Artículo 471. Practicado lo que previenen los artículos anteriores, se procederá a abrir el testamento y a darle lectura. Inmediatamente, el juez rubricará y sellará cada una de las hojas del testamento. El secretario levantará acta que suscribirán los presentes, dejándose constancia de todo lo realizado y de las observaciones formuladas.

3.5.6. Protocolización del testamento

Acto seguido el juez dictará resolución mandando protocolizar el testamento y lo entregará al notario que designe la mayoría o, en su defecto, al que decida el propio juez. El notario podrá expedir luego los testimonios que fueren solicitados por los interesados según el artículo 472.

3.5.7. Trámites el proceso testamentario

Una vez protocolizado el testamento cerrado, se procederá como se dispone para el proceso sucesorio en caso de testamento abierto. Pero si se hubieren formulado objeciones a la cubierta del testamento. El proceso sucesorio no podrá tramitarse en forma extrajudicial.

CAPITULO IV

ANÁLISIS DE LA UNIFICACIÓN DEL PROCESO DE LA APERTURA Y PUBLICACIÓN DE TESTAMENTO CERRADO EN LA LEGISLACIÓN SALVADOREÑA

El propósito fundamental de este capítulo es realizar un análisis de los distintos aspectos y la posible solución al problema, con el fin de determinar cómo lograr la unificación del trámite de Apertura y Publicación de Testamento Cerrado en El Salvador evitando la vulneración de derechos y principios constitucionales en el ámbito procesal.

4. Análisis constitucional

Como se ha hecho mención, a lo largo de la presente investigación, actualmente el trámite de apertura y publicación de testamento cerrado en El Salvador, se encuentra sin regulación alguna, a partir de la entrada en Vigencia del Código Procesal Civil y Mercantil, en el año dos mil diez, el cual en su artículo 705 derogó el antiguo Código de Procedimientos Civiles, siendo esta última, la norma procesal que contemplaba el trámite en referencia; esto trajo como consecuencia un vacío legal o laguna de derecho, por la falta de regulación expresa que determinara los parámetros de un procedimiento a seguir.

A fin de comprender mejor esta situación se entiende el término “vacío legal” como: *“la ausencia de reglamentación legislativa en una materia concreta; esto es, se trata de la omisión en el texto de la ley, de la regulación específica a una determinada situación, parte o negocio”*, de lo expuesto se advierte que la ausencia de legislación a la que se refiriere es únicamente

para el trámite de ejecución del testamento cerrado desde una perspectiva procesal, ya que respecto a su creación y otorgamiento ya la norma sustantiva recoge los supuestos jurídicos respectivos; pero para el perfecto desempeño del derecho que concibe el uso del testamento cerrado como una forma de disposición del patrimonio, es imprescindible encontrar una vía procesal idónea para la ejecución de este, ya que de no cumplirse este requisito que manda el artículo 1019 del Código Civil, no se pueden ejercitar los derechos que contiene dicho instrumento²¹⁰.

Ahora bien, este vacío de ley produce vulneraciones en los derechos y garantías fundamentales de las personas, las que se pueden explicar brevemente a continuación.

El derecho al patrimonio y la conservación del mismo, se encuentra regulado en el artículo 2, inciso 1º Cn, y al ser una norma constitucional debe estar dotado de un conjunto de normas jurídicas que permita el ejercicio de los mismos, pero en el caso que ocupa, el testamento cerrado es una forma de disposición y conservación del patrimonio, pero carece en parte de una eficacia jurídica, en su ejecución.²¹¹

La Sentencia 26-I-2011, Inc 37-2004 define la eficacia como “... *una de las dimensiones inherentes de toda norma jurídica debido a que esta se produce con la intención de tener reflejo aplicativo en la sociedad para cumplir realmente con su razón esencial...*”, en el caso del Testamento cerrado es imposible debido a que no existe ley alguna que regule la forma en que se va a ejecutar el testamento cerrado, siendo ese el meollo del asunto.

²¹⁰Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. (Mexico, Libro 1, 2013),1189, <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/2005/2005156.pdf>.

²¹¹Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 37-2004* (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011).

Ahora bien, las consecuencias que acarrea la falta de eficacia de una norma constitucional por falta de regulación del trámite de Apertura y Publicación de Testamento Cerrado trae como consecuencias la vulneración de los principios del debido proceso, principio de legalidad y seguridad jurídica, todos recogidos en la Constitución.

Los principios previamente mencionados, son definidos por la jurisprudencia en diferentes ocasiones, las cuales permiten ampliar la explicación de su vulneración a partir de la inexistencia de un proceso adecuado para la Apertura y Publicación del Testamento Cerrado. Los principios se caracterizan respecto a las otras normas porque cumplen, en el ordenamiento jurídico en su conjunto o en un sector específico del mismo, el papel de normas fundamentales, y por serlo es que el Estado a través de sus leyes, garantiza que estos sean tenidos en cuenta ante cualquier decisión judicial que pueda ser dictada por el funcionario competente.

Respecto al principio del Debido Proceso, la Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador dice específicamente que “el juzgador no puede ni debe ser partícipe de la violación a derechos fundamentales tales como el de debido proceso...”²¹² razón que limita la actuación judicial pues es así como se advierte que si bien es cierto, los jueces son profesionales del derecho que poseen capacidad suficiente para aplicar las normas, pueden existir casos en los que, por no tener un proceso previamente establecido cometan errores que afecten a los herederos o legatarios, por lo tanto no hay plazos, y la manera de proceder queda a discrecionalidad del juzgador. Los herederos y legatarios no tienen amparo legal, no pueden exigir que el proceso sea conforme a derecho pues no existe una norma que lo contemple.

²¹²Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador, *Sentencia de Apelación*, ref: 85-ETC-19 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019).

La manera en que se puede evidenciar la vulneración al Principio de Legalidad es comprendiendo el criterio de la Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro, bajo la referencia jurisprudencial 67-AM-17, según quienes el principio de legalidad, “ implica que todo proceso debe tramitarse ante Juez competente y conforme a las disposiciones legales pertinentes”²¹³, asimismo, en la sentencia con referencia 94-DQCM-19, expresa que: “los procesos deben ser tramitados conforme a las disposiciones de la normativa que los rige, y que las mismas no pueden ser alteradas por ningún sujeto”²¹⁴,

En cuanto a la Seguridad Jurídica la jurisprudencia la reconoce como “principio de derecho que constituye la certeza que el particular posee que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y autoridades competentes, ambos establecidos previamente...”²¹⁵, siendo así que los elementos entre cada una de las definiciones encuentran su vínculo en que el interesado no puede acceder, en primer lugar, a la literalidad de una normativa que le garantice la certeza del derecho, en el ámbito de su aplicación y principalmente sobre el proceso que el juzgador sigue de acuerdo a la analogía por no encontrarse escrito.

Se observa que entre los diferentes principios analizados, encontramos también un común denominador que brinda espacio para que estas garantías sean violentadas, más allá de los esfuerzos de los juzgadores, y es que no existiendo normativa que regule dicho trámite, cada Juez resuelve de acuerdo a su parecer, pero no se ha tomado en cuenta que al ser de esta

²¹³Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador, *Recurso de Apelación, Referencia: 67-AM-17* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019).

²¹⁴Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador, *Recurso de Apelación, Referencia: 94-DQCM-19* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019).

²¹⁵Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador, *Recurso de Apelación, Referencia: 67-AM-17* (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019).

manera, no existe unificación en el criterio para proceder, por lo que se tiene para la apertura y publicación del testamento cerrado una incalculable cantidad de maneras de ejecutar el Testamento Cerrado, incluso podría llegar a dejarse de lado la igualdad pues cada persona interesada en un trámite como este puede seguir un proceso totalmente diferente, incluso preferente, en razón de los plazos y términos que el juez establezca en cada caso.

A partir de no poder alcanzar su plena dimensión normativa, ya que si bien es cierto el artículo 3 del Código Procesal Civil y Mercantil establece las reglas a seguir para la promoción de los procesos civiles y mercantiles, por medio del principio de legalidad; esta disposición complementa su contenido con los diferentes tipos de procesos recogidos en este, pero al no estar contemplado alguno de estos la ley secundaria se vuelve una ley insuficiente e incapaz de dotar de plenitud a la norma constitucional.

En este punto se debe recordar que el legislador salvadoreño también recogió el trámite de apertura y publicación de testamento cerrado en la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y Otras Diligencias, con la finalidad de que un Notario pudiera conocer tramitar y fenecer dichas diligencias, y darle mayores facilidades a los que hacen uso de este tipo de testamento; pero hay que advertir esta regulación tiene un defecto, el cual consiste en una supletoriedad con respecto al Código de Procedimientos, pues remite directamente al capítulo XXVI, Título VII, Libro II de dicho código que recogía lo relativo a la diligencia objeto de estudio, otorgándole al Notario las facultades del Juez de Primera Instancia.

De acuerdo a lo expuesto, con la derogatoria del antiguo código procesal civil, las disposiciones contenidas en la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y Otras Diligencias, referentes a la apertura y

publicación de testamento cerrado, pasaron a ser letra “muerta”, que no puede producir ningún efecto jurídico por remitir a un código ya derogado.

Se puede afirmar, que existe una verdadera dificultad para poder hacer efectivas las estipulaciones de un testamento cerrado, debido a que no es posible ejecutarlo sin antes darle cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 1019 del Código Civil, en lo referente a la apertura del mismo, porque no existen normas jurídicas vigentes que establezcan el procedimiento a utilizar para cumplir con dicho requisito legal.

Por el vacío legal que dejó el legislador, por no recoger de forma expresa y correctamente estructurado, el trámite de apertura del testamento cerrado en el Código Procesal Civil y Mercantil; los aplicadores de la ley, es decir los Jueces de Primera Instancia, a fin de intentar solventar ese vacío, se vieron en la necesidad de crear sus propios procedimientos, a partir de lo regulado en el inciso segundo del artículo 17 del referido código, que reza lo siguiente: *“Las diligencias judiciales no contenciosas se tramitarán de acuerdo a lo previsto en la respectiva ley de la materia; de no existir procedimiento se aplicarán las disposiciones del proceso abreviado, en lo que fueren aplicables”*²¹⁶.

La citada disposición lejos de ser una solución viable a la problemática, puede resultar en un serio inconveniente difícil de superar, debido al gran margen de discrecionalidad que se le conceden a los Jueces, ya que el Código Procesal Civil y Mercantil debió formular una regulación con los preceptos legales necesarios que debe contener todo proceso civil, es decir debe contener elementos normativos tales como: Las disposiciones en referencia, regulan aspectos tales como la autoridad competente para

²¹⁶Código Procesal Civil y Mercantil. Art. 17 Inc. 2°.

conocer de las diligencias, legitimación activa, modo de proceder, oposiciones, etc., que son importantes para la normativa en su conjunto y para definir los ámbitos de aplicación de dicha figura a partir de la ley²¹⁷.

Ahora bien, debido a la discrecionalidad que otorga el artículo 17 del Código Procesal Civil y Mercantil a los Jueces, estos recurren al uso la interpretación de la ley o la analogía para crear un proceso de apertura y publicación de testamento cerrado²¹⁸, por tal motivo, es importante precisar que el uso de la interpretación y la analogía no son formas alternas adecuadas para intentar solventar el vacío legal al que se ha referido, porque en este caso en particular atentan contra el principio de legalidad y el debido proceso, lo cual se explica de la siguiente forma: En primer lugar, la interpretación de la ley consiste en la *“indagación del verdadero sentido y alcance de la norma jurídica en relación con el caso que por ella ha de ser reglado”*²¹⁹. También se puede definir como *“la tarea que se acomete para establecer el sentido y significación que normas jurídicas”*²²⁰

De las definiciones mencionadas se tiene claro que interpretar es buscar el significado adecuado a una norma jurídica para dar solución a un caso en particular. La interpretación de la ley que hacen los Jueces de Primera

²¹⁷Sala de lo Constitucional *Sentencia de inconstitucionalidad referencia 46-2009*. (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011). 7. El pasaje de la referida sentencia a criterio poseen los presupuestos necesarios que debe contener una ley de carácter procesal para su correcta aplicación, en ese sentido para el caso que en estudio debe consignarse un apartado dentro del Código Procesal Civil y Mercantil, que contenga las disposiciones legales necesarias para la apertura y publicación del testamento cerrado.

²¹⁸Cámara de Familia de la Sección de Occidente. *Ref. 194-14-AH-F*.(El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011).

²¹⁹Jorge Machicado, *Clases de Actos Procesales* (El Salvador, 2019, 22). <http://jorgemachicado.blogspot.com/2012/02/inp.html>.

²²⁰Agustín Squella Narducci, *Introducción al Estudio del Derecho*, (Editorial de Chile, Chile, 1944, editado por MsC. Juan José Castro, separata para el curso de “Interpretación jurídica, primera unidad” 2011). 6.

Instancia, se realiza desde un punto de vista estricto que se traduce como la interpretación operativa, la cual consiste en *“la aplicación del derecho cuando existen dudas referentes al significado de las reglas a aplicar relevantes para tomar una decisión”*²²¹. Es decir que, ante la duda del contenido de una disposición legal, el Juez realiza diferentes tipos de valoraciones a partir de otros métodos interpretativos, como el gramatical, el sistemático, el teleológico entre otros; de los cuales resulta una decisión que será considerada por este como el verdadero significado que se desprende de una norma procesal.

Es claro que para que se pueda interpretar una ley, esta debe existir pues de esta se busca el significado y alcance, pero para el caso del trámite de la apertura y publicación de testamento cerrado, no existe ley vigente efectiva que lo regule, por lo cual no hay ordenamiento jurídico que interpretar, y al hacer uso de este método el juez estaría inventando derecho al cual buscar su sentido y significado violando el principio de legalidad que regula el artículo 3 del Código Procesal Civil y Mercantil, y las disposiciones de orden constitucional que recogen el debido proceso. En ese sentido, la interpretación que se realiza del artículo 17 inciso 2° del referido código, en cuanto aplicar las reglas del proceso abreviado, para el trámite de apertura y publicación de testamento cerrado es parcialmente aceptable, debido a que la forma expedita de dicho proceso, es idóneo para el trámite objeto de estudio así como de cualquier proceso sucesorio porque se realizan todos los actos necesarios para su desarrollo en una sola audiencia.

Sin embargo, es importante que la ley delimite con precisión la forma de proceder en circunstancias propias de la apertura del testamento cerrado, tales como los requisitos particulares de debe reunir la solicitud, el desarrollo

²²¹Ibíd. 39.

de la audiencia, qué hacer en caso de incomparecencia del Notario o funcionario autorizante, así como de los testigos instrumentales, los actos a realizarse posterior a la audiencia consistentes en la protocolización y publicación del testamento. Es en estos casos en que los jueces no pueden hacer uso de la interpretación y dicho sea de paso de la analogía, ya que son situaciones incompatibles con el proceso abreviado y darían lugar a que los Jueces creen un procedimiento nuevo que pueda transgredir derechos constitucionales.

Por otra parte, la analogía se entiende como “la aplicación a un caso no previsto en la ley, de una norma extraída de la misma ley (CPC, 1, II: analogía legis) o del ordenamiento jurídico (CPC, 193: analogía iuris)”²²².el Código Procesal Civil y Mercantil regula la analogía en el artículo 18 el cual reza: *“En caso de vacío legal se deberá acudir a la regulación y fundamentos de las normas que rigen situaciones análogas, a la normativa constitucional y a los principios que derivan de este código, a la doctrina legal, a la doctrina de los expositores del derecho; y, a falta de todo ello, a consideraciones de buen sentido y razón natural, atendidas las circunstancias del caso”*.

La analogía es una herramienta utilizada por los Jueces de Primera Instancia aplicable para los casos que se ven afectados por un vacío de ley, tal como el que ocupa y otros similares, ya que permite que el Juez cree legisle y establezca nuevos procesos no contemplados en la ley procesal a partir de otros que reúnan las mismas características, similitudes y principios que el que no se encuentra de forma expresa en el ordenamiento jurídico. Es importante recalcar que esta potestad es peligrosa en la medida en que la subjetividad del Juez lo lleve a aplicar procedimientos que vulneran garantías

²²²Machicado, *Clases de Actos Procesales*, 25.

procesales como el derecho de defensa y contradicción, el principio de legalidad, y otros más.

Para el caso del trámite de la apertura y publicación de testamento cerrado, advertimos de que el uso de la analogía es un riesgo para la seguridad jurídica, el principio de legalidad, el debido proceso y las demás garantías procesales, debido a que en la legislación salvadoreña no existe un proceso similar al que ocupa, ya que se carecen de elementos jurídicos como para poder establecer un procedimiento a seguir a partir de la analogía.

4.1. Investigación de campo

A efectos de comprobar las situaciones antes planteadas, se realizó una investigación de campo con el fin de conocer de qué forma los Jueces tramitan las peticiones de apertura y publicación de testamento cerrado, para lo cual se acudió a los quince Juzgados de lo Civil y Mercantil del municipio de San Salvador, obteniéndose como resultado que en el Juzgado Primero de lo Civil y Mercantil de San Salvador se promovieron diligencias de apertura y publicación de testamento cerrado.²²³

El cual se desarrolló de la siguiente manera: se presentó solicitud de diligencias de apertura y publicación de testamento cerrado, acompañada de la respectiva cubierta del testamento, la cual se admitió y en el mismo acto se señaló fecha y hora para proceder al reconocimiento de las firmas estampadas en dicha cubierta. Se hace la aclaración que sobre este punto solo se proporcionó el referido auto.

Llegada la hora y fecha señaladas en el auto que admitió la solicitud, se desarrolló la audiencia de reconocimiento de firmas de cubierta presentada,

²²³Referencia 16-DVC-07-14 (03956-14-CVDV-1CM1).

sobre lo ocurrido en la referida audiencia, se dejó constancia de lo siguiente: en un primer momento se verificó la comparecencia del Notario ante el cual se otorgó el testamento cerrado, y de los testigos instrumentales que comparecieron al otorgamiento; además se dejó constancia de la presencia de la parte solicitante. Posteriormente se verifico las condiciones de la cubierta manifestando en este momento dos de los testigos y el Notario autorizante que la cubierta se encontraba en las mismas condiciones que al momento de su otorgamiento. Acto seguido el Juez encargado de la causa manifestó que la referida cubierta no contenía alteración alguna, por lo que comunico a los presentes que resolvería sobre la procedencia de la lectura y apertura del testamento posteriormente por medio de auto.

Acto seguido, el Juez de lo Civil y Mercantil procedió a resolver sobre la apertura y lectura del testamento, lo cual razono de la siguiente forma:

- a) Hizo alusión a los requisitos legales que establece el artículo 1019, en relación a los artículos 1011, 1018 y 1020 todos del Código Civil. Sobre razonamiento hecho hay que hacer la acotación de que dichas disposiciones legales regulan requisitos de existencia y validez del acto jurídico denominado testamento cerrado, y no requisitos de procesabilidad que establece el derecho procesal para conocer de una determinada pretensión;

- b) Acto seguido entro a valorar prueba en base a los artículos 19 y 416 ambos CPCM, en este punto cabe aclarar que el Juez realizo integración de las disposiciones contenidas en dicho código, a fin de dejar en claro que las declaraciones vertidas por las partes eran elementos probatorios suficientes para abrir el testamento para tal valoración utiliza el método de la sana critica como sistema de valoración de pruebas, sin embargo, estas

disposiciones legales aplicadas no ofrecen una ilustración sobre el procedimiento que aplico para obtener la información que entró a valorar.

- c) Continúa la resolución en mención, con un apartado donde el Juez pretende razonar el procedimiento aplicable para la apertura del testamento cerrado, sin embargo, tal motivación se encuentra fundada en el inciso tercero del artículo 17 de la Ley del Ejercicio Notarial de la Jurisdicción Voluntaria y Otras Diligencias, que en esencia se refiere a la protocolización del acta que ordena la apertura y publicación del testamento junto a sus cláusulas; de dicho razonamiento no se desprende ningún indicio o fundamento jurídico de peso que ilustre sobre el forma de llevar a cabo dicho trámite.
- d) Finalmente se concluye el referido auto con el señalamiento para la práctica de apertura y lectura del testamento para su posterior publicación.

Se hace la aclaración que los puntos resaltados del caso práctico antes vertido, fueron los únicos a los que se pudo tener acceso, pero son parámetros suficientes para esclarecer la problemática objeto de estudio, ya que el trámite desarrollado no se encuentra regulado en ningún cuerpo normativo vigente, es decir que no existe y no permite la utilización de algún método interpretativo de ley, porque no hay ley que interpretar y tampoco es factible la integración de la ley a partir de la analogía, debido a que no hay una figura jurídica similar o que reúna los presupuestos procesales necesarios para su utilización.

Ahora bien, es importante e indispensable sentar las bases para incorporación de un trámite de apertura y publicación de testamento cerrado en la legislación procesal vigente, ya que según se consultó con personal de la Oficialía Mayor de la Corte Suprema de Justicia, actualmente en dicho

templo de justicia, se encuentran resguardados 495 testamentos cerrados, de los cuales se desconocen cuáles han sido aperturados, y la forma en que se han hecho.

4.2. Análisis de legislación comparada entre Guatemala y Nicaragua

Al no tener en el ordenamiento jurídico salvadoreño una regulación del trámite de Apertura y Publicación del testamento cerrado, y una vez advertidas las carencias y errores que anteriormente se ha señalado, algunos cometidos por los Jueces al momento de proceder, buscamos legislaciones de diferentes países que permitieran tener un panorama más amplio respecto de la manera de darle una eficaz solución, ahora bien, uno de los parámetros que utilizamos para poder escoger entre la diversidad normativa que estos países ofrecen es si las normas aplicables son procedimentales o procesales, lo que llevó a delimitar la búsqueda a dos países centroamericanos: Guatemala y Nicaragua.

A partir del análisis realizado, indicamos en primer lugar que la normativa es totalmente procesal; y en segundo lugar, destacamos Guatemala, lo regula en su Código Procesal Civil y Mercantil a partir del artículo 467 al 473 y Nicaragua en sus artículos 835 al 839 de su Código Procesal Civil y mercantil.

Las personas que pueden promover el proceso de apertura y publicación de testamento cerrado en Nicaragua se regula en el artículo 835 CPCM NC, están legitimados para promoverlo: el notario autorizante, el registrador de la propiedad del inmueble, la persona que tenga el testamento en su poder o el interesado, mientras en Guatemala el artículo 461 lo establece de manera general al decir que la persona que tenga en su poder el testamento está

obligado a presentarlo ante el Juez desde el momento que tenga conocimiento del fallecimiento del testador, y puede solicitarlo cualquier heredero, en este caso se puede entenderlo como el interesado ya que no se tiene conocimiento aún de la última voluntad contenida en el mismo.

La legislación de Nicaragua, funda el proceso de Apertura y Publicación de testamento cerrado de una manera puntual y detallada a diferencia del Proceso de Guatemala que a simple vista es un proceso más corto pero con una serie de pasos exiguos en el sentido que se necesita profundizar y analizar un poco más para determinar ciertos aspectos necesarios para la realización del mismo, un ejemplo de ello es la competencia.

En ese sentido, la Legislación nicaragüense es clara al establecer en el mismo apartado del proceso a través del artículo 837 la competencia en razón de la materia y territorio del Juzgado que debe conocer dicho proceso, y a su vez regula una prelación en cuanto a los sujetos de la siguiente manera: *“Será competente para conocer de la solicitud, el Juzgado local o de distrito civil del domicilio del testador, o de la persona a quien le hubiera sido otorgada la guarda del testamento, el domicilio de la notaria o notario público autorizante o de la o el registrador de la propiedad inmueble y mercantil del departamento en que se haya otorgado el testamento”*²²⁴ .

A diferencia de Guatemala que si bien es cierto no indica en el mismo proceso dicha competencia, remite a otro apartado del CPCM GT. “Competencia en los procesos sucesorios” Art.21 en el que se puede ver, que dichas diligencias deben presentarse ante el Juzgado de Primera Instancia por razón del lugar en que el testamento se hubiere otorgado,

²²⁴Código Procesal Civil y Mercantil de la República de Nicaragua, Art. 837.

siendo el lugar del otorgamiento naturalmente el lugar consignado en el acta, no el que figura en el documento que el testador presenta²²⁵.

Es importante resaltar también, que ambas legislaciones abordan de una forma distinta los posibles incidentes que puedan darse a la hora de la apertura, como lo es la no comparecencia del notario autorizante y los testigos, o las personas citadas al acto de apertura.

La legislación Guatemalteca contempla una solución en el artículo 470 de su Código Procesal Civil²²⁶, “apertura sin notarios ni testigos”, en la que la solución en caso de que el notario autorizante de la cubierta ni los testigos instrumentales no concurrieren a la apertura, es que el Juez suspende las diligencias y ordena que se publiquen edictos en dos periódicos y uno de ellos debe ser el Diario Oficial, por una sola vez en la que tiene que hacer saber el día y la hora en que se procederá a la apertura del testamento.

Si transcurrido el plazo no se presentaren por cualquier motivo, las diligencias se practicarán con los interesados que estén presentes, y el Juez tomará las medidas necesarias para asegurarse de la autenticidad de las firmas del notario y los testigos. Si bien es cierto, a simple vista esta práctica es un poco más ágil que las que explicaremos a continuación, sin embargo siempre tiene sus desventajas ya que al no establecer cuáles son las “medidas necesarias” que el Juez debe tomar (en el caso de El Salvador puede ser pedir la auténtica de testigos y el notario al RNPN o a la Oficialía

²²⁵Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, (Guatemala, Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, 1963) Art 21. “*La competencia en los procesos sucesorios, corresponde a los jueces de Primera Instancia del último domicilio del causante; a falta de domicilio, al juez de Primera Instancia del lugar en que exista la mayor parte de los bienes inmuebles que formen la herencia; y a falta de domicilio y de bienes inmuebles, al juez de Primera Instancia del lugar en donde el causante hubiere fallecido. Ante el mismo juez deben ejercitarse todos los derechos que de cualquier manera hayan de deducirse contra los bienes de la mortual, mientras no esté firme la partición hereditaria.*”

²²⁶Ibíd. Art 470.

Mayor) para cerciorarse de la autenticidad, estaríamos volviendo a caer en el uso de la analogía por parte del juzgador, lo que como ya sabemos se traduce en un riesgo para los derechos de los interesados.

De la misma forma, la legislación nicaragüense regula estos incidentes a partir del artículo 838 incisos 7, 8, 9 y 11 del Código Procesal Civil y Mercantil. En el cual plantea este incidente bajo tres supuestos:

- a) Si no pueden comparecer todos los o las testigos: en este caso bastará que el notario público y los testigos instrumentales que estén presentes, reconozcan sus firmas y la del testador, y acrediten la de los ausentes.
- b) Que no pueda comparecer el notario público o funcionario público que autorizó el testamento: si esto llegase a ocurrir, el Juez debe interrumpir la audiencia, a fin de que la autoridad judicial elija otro notario público que reemplace al autorizante, para las diligencias de apertura.

Cuando el juzgador lo estime conveniente, se pueden confirmar la firma del notario público y de los testigos ausentes por medio de declaraciones de otras personas fidedignas ante el Juez, acto seguido el Juez pondrá su rúbrica al principio y fin de cada página del testamento, y ordenará se proceda a incorporarlo al protocolo del notario, quien entregara los testimonios a los herederos o legatarios, y se procederá a su publicación

- a) No comparecencia de alguna o algunas de las personas citadas: en este caso se preguntara a los presentes si vieron a estas personas firmar y si es así, el Juez ordenará el cotejo de letras y otras diligencias, conducentes a la averiguación de la autenticidad de firmas de los no comparecientes, y si en caso uno de los testigos no podía firma y se haya firmado a ruego, se procederá a cotejar la de ambos.

Por lo tanto, a diferencia de la legislación guatemalteca, la de Nicaragua si señala de forma expresa cuales deben ser las medidas de seguridad que la autoridad judicial debe seguir para asegurarse de la autenticidad de las firmas del notario y testigos, sin embargo no previno el caso de que ninguno de los citados, es decir, ni el notario ni los testigos pudieran presentarse, como lo es el caso de Guatemala.

Nicaragua, además de todas las situaciones antes mencionadas, plantea en qué casos se van a archivar, en el mismo artículo 838 inciso 16 del mismo²²⁷ establece que cuando no resulte de las diligencias practicadas la observancia de las solemnidades prescritas o no se haya logrado acreditar la identidad del pliego, se denegará la protocolización del testamento y se ordenará el archivo del proceso.

En ese sentido, es necesario establecer una serie de pasos estructurados de ambas legislaciones que puedan permitir tener una idea más clara de cómo se realiza en cada país y las diferencias que puedan presentar entre ambos, en el siguiente cuadro comparativo.

4.3. Propuesta de solución

En El Salvador, el Código de Procedimientos Civiles regulaba lo relativo al testamento cerrado en el Titulo VII “De otros Varios Procedimientos Sumarios”, Capitulo XXVI, dentro del cual se establecía la manera de proceder a la apertura y publicación del testamento cerrado otorgado en El Salvador.

Sin embargo, con la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Civil y Mercantil, este procedimiento quedó sin regulación, dejando un vacío legal

²²⁷Código Procesal Civil y Mercantil de la República de Nicaragua, Art. 838.

no solo en lo relativo al testamento cerrado, sino también en otras diligencias respecto a la sucesión que igualmente regulaba el código derogado, esto en atención a que la filosofía del nuevo código es ser procesal y no procedimental.

Por lo tanto, la problemática que generó la no inclusión de estas instituciones jurídicas ha sido propicia para que el vacío legal se vea reflejado en el desuso de las mismas, minimizando las opciones que la ley brindaba, se traduce asimismo en un retroceso en cuanto a diversidad y selección.

En ese sentido, al ser el testamento cerrado una forma de suceder con características propias y particulares que lo distinguen del testamento abierto, siendo la más notoria o relevante la confidencialidad o privacidad, por lo que para conocer su contenido es imperativo previamente realizar un trámite de apertura y publicación del testamento cerrado.

Es por ello, el tratamiento que debe dársele a la Apertura y Publicación del testamento cerrado debe ser bajo los principios y características del Código Procesal Civil y Mercantil, el cual *“representa la actualización del sistema judicial del país”²²⁸...* *“la elaboración del mismo responde a la necesidad de modernizar el sistema judicial del país, así como a la agilización de procesos judiciales”...* *“a efecto de que jueces y su personal, abogados o personas*

²²⁸ José Antonio García Lizama, *“Principios Procesales del Código Procesal Civil y Mercantil”* (El Salvador, Trabajo final de Diplomado. 2003). Los Principios Procesales son aquellas reglas mínimas a las que debe sujetarse un proceso judicial para darle estricto cumplimiento al Debido Proceso. Estas reglas aseguran el derecho de defensa de las partes, algunos de ellos son: 1- Legalidad, 2- Debido Proceso y, 3- Seguridad Jurídica. Así mismo son aquellos que rigen la forma de la actuación procesal que determinan la índole de relación entre las partes y el órgano jurisdiccional, aquellos entre sí, y todos los sujetos procesales con la sociedad e informan la sucesión temporal de los actos procesales, entre ellos los relativos a la forma de los actos procesales.

*interesadas vinculadas a la vida jurídica sean capacitados en lo necesario sobre la nueva normativa”.*²²⁹

Por tal motivo proponemos como solución a esta problemática, una reforma al Código Procesal Civil y Mercantil que consiste en un apartado que desarrolle las disposiciones y supuestos procesales fundamentales para promover la apertura y publicación del testamento cerrado y al mismo tiempo sentar bases para la creación de un libro o título que comprenda no solo el trámite al que hacemos referencia, sino también la regulación de todos aquellos trámites procesales derivados del derecho sucesorio tal como se ha hecho en las normas de derecho comparado que sirvieron como bases de la propuesta.

Por la naturaleza del tipo de proceso que se busca incluir en el Código Procesal Civil y Mercantil, vamos a mantener la postura del Art 17 CPCM, es decir, proponer un proceso que no requiera una mayor complejidad, queremos adaptarlo a las disposiciones del proceso abreviado, para que sea más expedito, pero en un apartado distinto que contenga un proceso propio, específico, ágil y sencillo. Es ese sentido es importante recalcar que dicha reforma no comprenderá una modalidad del proceso abreviado, sino un proceso independiente de este, por no ser de carácter declarativo, sino que sucesorio.

Se hace salvedad de que el proceso que fue proporcionado para su estudio en el presente capítulo, también servirá de herramienta para la elaboración de la propuesta que se busca emplear, ya que no obstante haberse realizado una crítica constructiva respecto la motivación y fundamentación del mismo, consideramos que contiene elementos procesales útiles al fin perseguido.

²²⁹Ana Leticia Orellana de Vargas, *Principios Procesales del Código Procesal Civil y Mercantil 2ed.* (Monografía, El Salvador, Escuela de Capacitación Judicial CNJ, 2010).

La reforma que se pretende incorporar al Código Procesal Civil y Mercantil, se ha tenido a bien incorporarla en el Libro Tercero del mencionado código, el cual se denomina “Procesos Especiales”, y que una vez inmersa en dicho Libro pasará a denominarse “Procesos Especiales y Sucesorios”, adicionándose el Título Quinto, Capítulo Único, que se denominara “Proceso de Apertura y Publicación de Testamento Cerrado”, encontrándose su regulación a partir del Artículo 500-A, y se desarrolla:

4.3.1. Competencia

Para conocer del proceso de apertura y publicación del testamento cerrado, serán competentes los Jueces de Primera Instancia en materia Civil de la circunscripción territorial que corresponda al último domicilio del testador; y en el caso que este domicilio corresponda a una circunscripción territorial donde solo haya Juzgados de Paz, será competente para conocer el Juez de Primera Instancia Civil, más inmediato, que de acuerdo al Art. 164 de la Ley Orgánica Judicial²³⁰, sea competente para conocer de otros municipios, además del que contenga su sede judicial.

Estas sedes judiciales corresponden a los Juzgados de lo Civil y Mercantil de los Municipios de San Salvador, Santa Ana y San Miguel; así como de los Juzgados de lo Civil y de Primera instancia de las principales cabeceras departamentales.

4.3.2. Legitimación

Podrán pedir que se promueva el proceso de apertura y publicación de testamento cerrado, aquellos que tengan algún interés o derecho en el

²³⁰Ley Orgánica Judicial (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, Decreto N° 123.D. O. N° 115 Tomo N° 283,1984).

testamento cerrado que se pretende abrir. Estas personas deberán intervenir en el proceso por medio de un procurador de conformidad al artículo 67 CPCM por medio de sus apoderados. Se puede entender como interesados a las personas que ostenten la calidad de posibles herederos o legatarios, que puedan comprobar tal calidad, asimismo los acreedores o deudores del causante que con justo título puedan exigir la satisfacción de sus derechos o cumplir con las obligaciones que contrajeron con este.

4.3.3. Solicitud y sus requisitos

La persona que pretenda promover un proceso de apertura y publicación de testamento cerrado, deberá presentar solicitud escrita que contenga los requisitos para la demanda simplificada que regula el Artículo 418 CPCM, a los cuales con la modificación del caso en estudio podrían ser los siguientes:

- a). La designación del juzgado ante quien se presente.
- b). La identificación y generales del solicitante, del Notario que autorizo las cubiertas que contienen el testamento cerrado, los testigos que comparecieron a dicho acto. de aquellos otros interesados que deban ser llamados a la diligencia por algún derecho que les corresponda y de la persona que tenga resguardada la cubierta extendida por el Notario; así como sus respectivos domicilios para efectos de las notificaciones y citación.
- c). Una enumeración suficiente de los hechos que justifiquen la razón de ser de la petición y
- d). La petición correspondiente.
- e) Fecha y firma.

f) Junto a la solicitud se deberán de presentar: los documentos que comprueben el fallecimiento del causante, los que acrediten el derecho o interés que le asiste al solicitante y la cubierta que contenga el testamento, o en caso no poseer dicha cubierta, indicar el nombre de la persona a cargo de su resguardo en la forma que establece el ordinal segundo, para efectos de que la presente al Juez que conozca de la causa.

g) Para el caso de los acreedores o deudores del causante, estos deberán demostrar su interés con el título que ampara su derecho, y de igual forma deberán indicar a los posibles herederos o legatarios del causante si tuviere conocimiento de alguno.

4.3.4. Admisibilidad y señalamiento para la audiencia de reconocimiento de firmas

Recibida la solicitud el Juez tendrá los próximos 5 días hábiles desde su presentación para resolver sobre la admisión. Si esta cumple con los requisitos antes indicados esta será admitida y en la misma resolución se señalará fecha y hora para la celebración de la audiencia única, para lo cual se citará al interesado, al Notario que autorizo las cubiertas que contienen el testamento cerrado y a los testigos instrumentales que comparecieron a dicho acto para que concurran al reconocimiento de sus firmas y de las condiciones de la misma cubierta. La celebración de la audiencia deberá realizarse dentro de un mínimo de diez días entre la citación y la efectiva celebración de dicho acto y un máximo de veinte.

Si el solicitante fuera un acreedor o deudor del causante, además de citar a las personas que se enuncian en el párrafo anterior se deberá citar a los posibles herederos que relacione en su escrito.

Si el interesado manifiesta en su escrito que no es posible presentar la cubierta que contenga el testamento cerrado por haberse extraviado, destruido o no fuere posible citar a la persona encargada de su resguardo, se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley de Notariado.

Cuando la solicitud tuviere defectos por no cumplir con alguno de los requisitos antes indicados o no se acompaña con los documentos antes mencionados se le otorgara al solicitante el plazo de cinco días hábiles contados a partir de la notificación del auto que adviertan dichos defectos, para que los evacue, caso contrario se declarara inadmisibile la solicitud.

En caso de que la petición de apertura y publicación de testamento cerrado fuera imposible, la solicitud será declarada inoponible. Los escenarios en que se pueda dar esta circunstancia podrían ser los siguientes:

a) Que se presente la solicitud antes del fallecimiento del testador; b) Que el solicitante no pueda probar o acreditar el derecho o interés que le asiste respecto a la sucesión del causante; c) Que la cubierta que contiene el testamento presente indicios evidentes de alteración, o una vez examinada la cubierta se advirtiera la falta de requisitos legales para su otorgamiento.

4.3.5. La audiencia única

4.3.5.1. Incomparecencia

Si el solicitante que ha sido citado en legal forma no comparece la audiencia única, y no hubiere alegado justo motivo que respalde su incomparecencia, se le tendrá por desistido de su solicitud y se mandaran a archivar las actuaciones.

4.3.5.2. Desarrollo de la audiencia

Encontrándose constituidos el Juez y su Secretario de Actuaciones, este último verificara la comparecencia del solicitante, del Notario que autorizo las cubiertas que contienen el testamento cerrado y de los testigos instrumentales que comparecieron a dicho acto, se indicara el objeto de dicha diligencia, procediendo a continuación el Juzgador a examinar minuciosamente la cubierta en presencia de las partes y dejara constancia de su estado describiendo los hechos, si los hubieran, que lo motivan a sospechar que fue abierto o sufrió alguna alteración, enmienda o raspadura.

Acto seguido mostrará la cubierta al Notario y a los testigos presentes para que confirmen si la cubierta se encuentra en el mismo estado que en el momento de su otorgamiento dejando razón y constancia de lo que estos declaren. Posteriormente preguntara a cada uno de los presentes si reconoce su firma plasmada en la cubierta, si reconocen la del testador y si les consta que fue puesta por su puño letra, de lo cual se dejara constancia.

Habiéndose reconocidos las firmas y una vez se ha cerciorado el Juez que la cubierta cumple los requisitos y solemnidades para su otorgamiento, procederá a su apertura y lo leerá para si en un primer momento, a fin de cerciorarse que el testamento no contenga alguna disposición restrictiva o exclusiva para una determinada persona. En caso contrario procederá a sellar las hojas que comprendan el testamento, lo leerá para todos los presentes, y lo tendrá por testamento legítimo.

Por lo tanto, al ser legitimo el testamento el Juez ordenará que se publique en un periódico de mayor circulación y en el Diario Oficial, para efectos de hacer de conocimiento a otros herederos, legatarios, acreedores o cualquier otra persona que tenga interés directo en la sucesión del causante y no

hayan comparecido a este proceso para que hagan efectivos sus respectivos derechos. A fin de llevar a cabo tal diligencia el Juez prevendrá al interesado que en los próximos tres días hábiles posteriores a la audiencia retire el edicto que contenga el testamento cerrado para su publicación, so pena de archivar el expediente judicial.

También se mandará a protocolizar el testamento cerrado, para lo cual se le prevendrá al solicitante que designe un Notario para que lleve a cabo dicha diligencia, en el caso que sean más de un solicitante se les pedirá que de común acuerdo lo designen, o en su defecto lo hará el Juez de oficio en el acto. La finalidad de que la protocolización se haga ante los oficios de un Notario es para brindar mayor facilidad a los interesados al momento que soliciten los testimonios con los cuales hagan efectivos sus respectivos derechos.

Una vez verificado lo anterior, el Juez dará por terminada la audiencia y se levantará la respectiva acta que deberá ser firmada por todos los que se encuentren presentes al momento de su finalización.

4.3.6. Actos posteriores a la celebración de la audiencia

4.3.6.1. Presentación de las publicaciones y protocolización del testamento cerrado

Habiéndose presentado las respectivas publicaciones del testamento cerrado, el Juez procederá a citar al Notario designado para que realice la protocolización del testamento. Una vez protocolizado este deberá presentar un testimonio del mismo al Juzgado para que se agregue al expediente judicial, y extenderá los testimonios que le sean requeridos por los interesados, finalizando de esta forma el proceso.

4.3.7. Casos especiales

4.3.7.1. Oposición a la apertura del testamento

Si alguno de los comparecientes plantea en la audiencia oposición a la apertura del testamento cerrado, el Juez le concederá la palabra a este para que exprese los motivos y los medios probatorios con los que funda su oposición, acto seguido les concederá la palabra a los demás interesados para que contesten dicha oposición.

Al haber escuchado a las partes el Juez procederá a resolver sobre la oposición planteada ordenando continuar con el desarrollo de audiencia en caso de desestimar la misma, o rechazará la solicitud dando por terminado el proceso. Los motivos de oposición pueden ser los mismos que se mencionaron para el rechazo liminal de la solicitud de apertura y publicación del testamento cerrado.

4.3.7.2. Incomparecencia de los testigos instrumentales y notario o funcionario autorizante a la audiencia

Al no haber comparecido a la audiencia el Notario o funcionario autorizante, o los testigos instrumentales, no obstante, su legal citación, por causa justificada, podrá el Juez suspender la audiencia conforme al artículo 208 CPCM, y ordenará el nuevo señalamiento por medio de auto razonado.

Si la incomparecencia fuera de alguno de los testigos instrumentales, por encontrarse fuera del país, desaparecido o fallecido, se realizara la audiencia con los testigos que si hayan comparecido pudiendo estos últimos abonar las firmas de los ausentes de acuerdo a lo regulado en el artículo 1019 del Código Civil. Si alguno de los testigos no supiera firmar y lo hubiera hecho

otro por él, serán examinados los dos, reconociendo su firma el que la haya puesto. El abono de firmas también podrá realizarse por medio de personas fidedignas que conozcan al o los ausentes.

En este último caso, previo a abonar la firma de los testigos instrumentales ausentes, el Juez realizará al o los testigos propuestos un interrogatorio de acreditación a fin de tener certeza de que conoce a dichas personas.

Si no fuere posible la comparecencia del Notario o funcionario autorizante por encontrarse ausente, desaparecido o fallecido, podrán los testigos instrumentales que comparecieron a la audiencia, abonar la firma de este. Y en defecto de estos, podrá abonarse la firma del referido por medio de persona fidedigna.

Si no compareciere ninguno de los testigos instrumentales y el Notario o funcionario autorizante, y no fuere posible para el interesado proponer a personas que conozcan y puedan abonar la firma de estos, el Juez suspenderá la audiencia, y por medio de auto ordenará a que se libren los oficios de localización que establece el artículo 181 CPCM. Y en caso no aparecer dirección alguna en los informes requeridos, se procederá a publicar por una sola vez, edictos en el Diario Oficial y en dos periódicos de mayor circulación, en los cuales se hará de conocimiento al público sobre la diligencia a practicarse y si existe persona alguna que conozca o pueda reconocer las firmas de los ausentes antes mencionados.

Transcurridos quince días a partir de la publicación del último de los edictos, el interesado deberá solicitar en los cinco días posteriores al plazo antes referido, la continuación del proceso, caso contrario se tendrá por desistido de su solicitud y se archivarán el expediente judicial.

Si no fuere posible abonar las firmas de los testigos instrumentales y el Notario o funcionario autorizante, en los términos antes expuestos, a petición del interesado o interesados el Juez podrá autorizar el uso de cualquiera de los medios probatorios conforme a lo dispuesto en el artículo 330 del Código Procesal Civil y Mercantil, siempre que resulten ser útiles e idóneos para comprobar que las firmas de los testigos instrumentales y del testador son fidedignas. Algunos de estos medios probatorios pueden consistir en:

- a) Auténtica de firma ante la Oficialía Mayor de la Corte Suprema de Justicia, para el caso de reconocer la firma del Notario o funcionario autorizante.

- b) Auténtica de firma ante el Registro Nacional de las Personas Naturales, para el caso de reconocer las firmas de los testigos instrumentales.

CONCLUSIONES

Realizada la investigación para determinar cómo lograr la unificación del procedimiento de Apertura y Publicación de Testamento Cerrado en El Salvador, a fin de evitar la vulneración de principios y derechos Constitucionales en el ámbito procesal, lograda a través de la utilización de una serie de métodos y técnicas de investigación, que para el caso que ocupa se trata de una investigación de carácter documental, sustentada mediante criterios jurisprudenciales y legislación comparada, utilizando el método dogmático, haciendo una abstracción de elementos normativos y legales a través de la inducción, deducción, análisis, síntesis, analogía y comparación, se puede afirmar lo siguiente:

El testamento cerrado en El Salvador tiene su asidero legal en el artículo 22 Cn que establece la libre testamentifacción y también en el Código Civil desde el artículo 1015 al 1020, sin embargo, el trámite a seguir para la apertura y publicación del mismo no tiene regulación alguna en el ordenamiento, lo que resulta peligroso ya que enfrentamos a una violación inminente de principios y derechos constitucionales.

El vacío legal en el procedimiento de apertura y publicación de testamento cerrado atenta contra la seguridad jurídica, el principio de legalidad, debido proceso y el derecho al patrimonio que poseen todas las personas, esto como consecuencia que acarrea la falta de eficacia de una norma constitucional por la carencia de regulación del dicho trámite, al verse obligado el juzgador a hacer uso de la analogía o interpretación, pues no son vías alternas adecuadas para solventar un vacío legal.

Actualmente en la Oficialía Mayor de la Corte Suprema de Justicia, se encuentran resguardados 495 testamentos cerrados, para los que no existe

regulado algún tipo de trámite a seguir para su apertura, y además de esto, se realizó una investigación de campo en la cual se acudió a los quince Juzgados de lo Civil y Mercantil del municipio de San Salvador, la que arrojó como resultado que solamente en el Juzgado Primero de lo Civil y Mercantil de San Salvador se han promovido diligencias de apertura y publicación de testamento cerrado, una sola vez en el año dos mil catorce, en el que el trámite desarrollado no se encuentra regulado en ningún cuerpo normativo vigente, es decir que no existe y no permite la utilización de algún método interpretativo de ley, porque no hay ley que interpretar y tampoco es factible la integración de la ley a partir de la analogía, debido a que no existe una figura jurídica similar o que reúna los presupuestos procesales necesarios para su utilización.

Al utilizar el método de comparación de leyes foráneas, es posible estructurar una solución normativa de la carencia de proceso de Apertura y Publicación de Testamento Cerrado. En ese sentido, se estructuró una reforma al Código Procesal Civil y Mercantil, con un menor número de formalidades, de manera que se pueda realizar un proceso ágil y garante de derechos y principios constitucionales en el ámbito procesal.

RECOMENDACIONES

El proceso de apertura y publicación del testamento cerrado debe ser un trámite expedito que reúna todas las condiciones y presupuestos esenciales de procesabilidad que permitan ejecutar el testamento cerrado de tal forma que este proceso pueda aplicarse sin vulnerar o transgredir disposiciones y principios fundamentales, especialmente las garantías procesales que se encuentran contenidas en la Constitución, las Convenciones y los Tratados Internacionales.

En ese orden de ideas, se propone como solución a la problemática discutida y al mismo tiempo como un aporte académico que sea capaz de innovar en la comunidad jurídica, una reforma en el Código Procesal Civil y Mercantil, que aparte de recoger el proceso de apertura y publicación del testamento cerrado, pueda sentar las bases para la creación e incorporación de un apartado de procesos sucesorios, que contenga, además del propuesto en la presente investigación, la partición judicial, el nombramiento de curador de la herencia yacente, la aceptación de herencia, entre otros, que actualmente carecen de un trámite reglado.

En síntesis, proceso de apertura y publicación de testamento cerrado recogerá los siguientes aspectos:

- a) Competencia, refiriéndose al funcionario judicial que conocerá del proceso.
- b) Legitimación, orientado en las personas que pueden ejercer la respectiva acción.
- c) Requisitos de admisibilidad, que detallará los aspectos formales y los materiales que debe reunir el escrito que solicite la apertura y publicación del testamento cerrado.

- d) El tramite a seguir, que reunirá las reglas procedimentales fundamentales para atender la petición formulada por los interesados, que se desarrollaran en una audiencia.

- e) La forma de proceder en caso de se susciten cuestiones incidentales como la incomparecencia de personas que su intervención es necesaria para acceder a la pretensión de apertura del testamento cerrado, y en los que persona legitimada se oponga a la misma.

BIBLIOGRAFIA

LIBROS

Abeliuk, René *Derecho Sucesorio: Explicaciones de clases revisadas por el profesor Manuel Somarriva Undurraga*, Santiago, Chile: Nascimento, 1961.

Cervantes Arce, *de las Sucesiones*, México: Porrúa, 1996.

Córdova, Marcos, et. al., “*Derecho Sucesorio, Tomo II*”, Argentina: Edt. Universidad, 1991.

Fassi, Santiago C. *Tratado de los testamentos, Vol.1*, Buenos Aires, Argentina: Astrea, 1970.

Ferrero Costa, Augusto *Manual de Derecho de Sucesiones España*, Madrid: Gasetta Juridica- Grijley, 1999.

Font, Martín Andrés *Guía de Estudio de Sucesiones: programa desarrollado de la materia*, Buenos Aires: Estudio, 2007.

García Lizama, José Antonio “Principios Procesales del Código Procesal Civil y Mercantil”, El Salvador, Trabajo final de Diplomado. 2003.

Guzmán, Mauricio *Estudio Preliminar del Código Civil de El Salvador*, España, Madrid: Instituto de Cultura Hispánica, 1959.

Meza Barros, Ramón *Manual de la Sucesión por causa de muerte y donaciones entre vivos*, Chile: Ed Jurídica de Chile, 2008.

Orellana de Vargas, Ana Leticia Principios Procesales del Código Procesal Civil y Mercantil, Monografía, El Salvador, Escuela de Capacitación Judicial CNJ, 2010.

Petit, Eugene *Tratado Elemental de Derecho Romano*, México: Ed. Nacional, 1966.

Rojina Villegas, Rafael *Compendio de Derecho Civil II, Bienes, Derechos Reales y Sucesiones*, México: Porrúa, 2008.

Romero Carrillo, Roberto *Nociones de Derecho Hereditario*, El Salvador: Ministerio de Justicia.

Squella Narducci, Agustín Introducción al Estudio del Derecho, Chile: Editorial de Chile, 1944, editado por MsC. Juan José Catro, separata para el curso de “Interpretación jurídica, primera unidad” 2011.

Valverde y Valverde, Calixto “*Tratado de Derecho Civil Español*”. España: editorial Valladolid "Cuesta", 1941.

Vásquez López, Luis “Curso de Derecho Notarial”, El Salvador, Editorial Lis, 2003.

Vásquez López, Luis “Ley de Notariado, anotada y esquematizada”, El Salvador: Editorial LIS, 2013.

Velis, Carlos Adrián *Sucesiones en el Derecho Salvadoreño*, El Salvador: Editorial Jurídica, 2012.

TESIS

Aulestia Gavilanes, Ángel Guillermo “Herramientas y Mecanismos a fin de Mejorar los Testamentos Privilegiados, en favor de los Miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Ecuador”. Tesis para optar a licenciatura, Universidad de las Américas. Quito, Ecuador. 2016.

Ayón, Tomás Alfonso “Los testamentos Privilegiados”, Tesis Doctoral, Universidad de El Salvador, 1979.

Calles maravilla, Horacio Fernando “Breves consideraciones sobre los requisitos internos para la validez del testamento público en El Salvador” tesis doctoral, Universidad de El Salvador, 1961.

Fiallos Valdés, José Guillermo “*Los testamentos solemnes en la legislación salvadoreña*” tesis doctoral, Universidad de El Salvador, 1974.

Guaglianone, Aquiles Horacio “*Historia y legislación de la legítima. Fuentes Antiguas.*” Tesis laureada con el premio Eduardo Prayones y recomendada al Premio Facultad, Buenos Aires, 1940.

LEYES

Código Aeronáutico, (Buenos Aires Argentina: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Presidencia de la Nación, 1967).

Código Civil (Perú: Presidencia de la República, 1984).

Código Civil Chileno, (Chile: Ministerio de Justicia, 2000).

Código Civil Nacional (Colombia) (Ley 84 de 1873) publicada por la Imprenta de Gaitan en el año 1873.

Código Civil y Comercial de la Nación, (Buenos Aires, Argentina: Presidencia de la Nación, 2014).

Código Civil, El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, decreto legislativo N° 7, 1859.

Código de Comercio (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, Decreto N° 671, D. O. N° 140 Tomo N° 228, 1970).

Código de Familia, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, Decreto N° 677, D. O. N° 231 Tomo N° 321, 1993).

Código de Procedimiento Civil de la República de Chile, (Chile: Ministerio de Justicia, 1902).

Código de Procedimientos Civiles Derogado (Ministerio de Justicia, El Salvador, 1881).

Código Procesal Civil (Nicaragua: Asamblea Nacional de la República de Nicaragua, 2015).

Código Procesal Civil y Mercantil (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, Decreto N° 712, D. Oficial: 224 Tomo: 381, 2008).

Código Procesal Civil y Mercantil de Guatemala, (Guatemala, Jefe del Gobierno de la República de Guatemala, 1963).

Constitución de la República de El Salvador, El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador 1983.

Estatuto de Notariado, Decreto 960 de 1970, Presidencia de la República de Colombia, artículo 59.

Ley de Asociaciones y Fundaciones sin Fines de Lucro, (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, Decreto N° 894.- D. O. N° 238 Tomo N° 333, 1996).

Ley de Notariado (El Salvador, Asamblea Legislativa de El Salvador, Decreto N° 218, D. O. N° 225 Tomo N° 1971, 1962).

Ley Orgánica Judicial (El Salvador: Asamblea Legislativa de El Salvador, Decreto N° 123. D. O. N° 115 Tomo N° 283,1984).

JURISPRUDENCIA

Cámara de Familia de la Sección de Occidente. Ref. 194-14-AH-F.(El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011).

Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador, Sentencia de Apelación, ref: 85-ETC-19 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019).

Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador, Recurso de Apelación, Referencia: 67-AM-17 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019).

Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador, Recurso de Apelación, Referencia: 94-DQCM-19 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019).

Cámara Tercera de lo Civil de la Primera Sección del Centro de San Salvador, Recurso de Apelación, Referencia: 67-AM-17 (El Salvador, Corte Suprema de Justicia, 2019).

Sala de lo Constitucional Sentencia de inconstitucionalidad referencia 46-2009. (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011).

Sala de lo Constitucional, *Sentencia de Amparo*, Referencia: 734-2015 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2016).

Sala de lo Constitucional, Sentencia de Inconstitucionalidad, Referencia: 37-2004 (El Salvador: Corte Suprema de Justicia, 2011).

DICCIONARIOS

Cabanellas, Guillermo *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual*, Argentina: HELIASTA, 1981.

SITIOSWEB

Diccionario.leyderecho.org. (España, 2018). <https://diccionario.leyderecho.org/bonorum-possessio/>.

Enciclopedia del Derecho y las Ciencias Sociales online gratis: (España, México y Argentina). 2018. <https://leyderecho.org/testamento-per-aes-et-libram/>

Jorge Machicado, Clases de Actos Procesales (El Salvador, 2019). <http://jorgemachicado.blogspot.com/2012/02/inp.html>.

Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. (Mexico, Libro 1, 2013), <https://sjf.scjn.gob.mx/sjfst/Documentos/Tesis/2005/2005156.pdf>.