Acta Bioethica 2022; 28 (1): 81-94

TESTAMENTUM TEMPORE PESTIS. EL DERECHO CIVIL Y LA BIOÉTICA FRENTE AL TESTAMENTO EN CASOS DE EPIDEMIA

Enrique Varsi Rospigliosi[1]

Resumen: El confinamiento por la pandemia del covid-19 afectó el otorgamiento de testamentos, siendo estos tan necesarios ante las crisis sanitarias cuando las personas precisan decidir el destino de sus bienes y otros actos individuales ante el riesgo de vida. La solemnidad del testamento impide el ejercicio de testar de los pacientes, incluso de las personas sanas. Facilitar el derecho de testar en tiempos de peste tiene contenido bioético, al estar de por medio la vida, salud, autodeterminación y el derecho de decidir el destino patrimonial. El testamento en épocas de pandemia, apoyado en las TIC, es una solución que debe viabilizarse con la ayuda de la digitalización y tecnología, con el fin de permitir el ejercicio de los derechos de última voluntad en aislamiento por contagio.

Palabras clave: sucesión, testamento, pandemia, coronavirus, TIC

Testamentum tempore pestis Civil law and bioethics faced with the testament in cases of epidemics

Abstract: The confinement due to the Covid pandemic affected the granting of wills, which are so necessary in the health crisis when people need to decide the fate of their property and other individual acts at the risk of life. The solemnity of the will impedes the exercise of testamentary rights of patients, even healthy people. Facilitating the right to testament in times of plague has a bioethical content since life, health, self-determination and the right to decide the destiny of property are at stake. The will in times of pandemic, supported by ICTs, is a solution that should be made feasible with the help of digitization and technology in order to allow the exercise of the rights of last will in isolation by contagion.

Keywords: succession, will, saviour pandemic, coronavirus, will, ICTS

Testamentum tempore pestis. O Direito civil e a bioética frente ao testamento em casos de epidemia

Resumo: O confinamento pela pandemia da covid-19 afetou a outorga de testamentos, sendo estes muito necessários durante as crises sanitárias, quando as pessoas precisam decidir o destino de seus bens e outros atos individuais diante do risco de vida. A solenidade do testamento impede o exercício de testar dos pacientes, inclusive das pessoas sadias. Facilitar o direito de testar em tempos de peste tem conteúdo bioético, al estar de por médio (no entendí el significado de esto) a vida, saúde, autodeterminação e o direito de decidir o destino patrimonial. O testamento em épocas de pandemia, apoiado nas TIC, é uma solução que deve viabilizar-se com a ajuda de digitalização e tecnologia, a fim de permitir o exercício dos direitos de última vontade no isolamento por contagio.

Palavras chave: sucessão, testamento, pandemia, coronavirus, TIC

[1] Comité Intergubernamental de Bioética de la UNESCO. Consejo Nacional de Bioética del Perú. Universidad de Lima, Instituto de Investigación Científica, Grupo de Investigación en Derecho civil, Carrera de Derecho, Perú.
Correspondencia: evarsi@ulima.edu.pe

Introducción

Hay un "sentimiento siempre presente en la vida del ser humano: el miedo a morir"*(1)*. Morir implica acabar, fenecer, el término de la vida, pero es también trascender en los demás, en los recuerdos, remembranzas y en el legado que dejas. Como hecho jurídico sabemos que la muerte sucederá, más no cuándo —*dies certus an incertus quando*, siendo sus efectos legales determinantes.

Ante esta incertidumbre, es preferible dejar todo ordenado, en regla, declarando como quiero que sucedan y se den las cosas luego de mi muerte, siendo el testamento la vía especial y directa para ello. Lastimosamente, no tenemos una cultura testamentaria. En lugar de considerar al testamento como un acto que evite problemas en la determinación de los herederos y la distribución de la masa hereditaria, se le tiene —y considera— como un acto contrario a la existencia de la persona, un acto de negación que predestina la muerte, que anticipa el deceso, lo que por nadie es ansiado: ni partir de este mundo, ni que su patrimonio termine en manos de otros, por más derechos que tengan.

El testamento debe ser hecho en su oportunidad y con responsabilidad, no solo por necesidad o urgencia. Evita trámites de identificación de los herederos, futuras disputas de distribución de bienes y permite al *de cuius*[2] dejar legados. Es el acto por el que fundamentalmente se dispone y designa. Su trascendencia implica que sea realizado con determinación y clara decisión, de allí la formalidad exigida para su facción. Testar es sinónimo de protección, orden y paz; es el acto que permite dejar de lado la inseguridad, confusión y ansiedad.

Pero el testamento y su otorgamiento, que de por sí no es de uso común en nuestra sociedad, se ha visto limitado por el confinamiento a razón de la cuarentena por la peste del covid-19, muy al pesar de personas que, ante el peligro de vida y muchos por estar sumidos en una profunda soledad, decidieron expresar su voluntad testamentaria, viéndose con la sorpresa de no contar con mecanismos eficientes y eficaces para ello. La forma excedió a la voluntad, el tratamiento legal limitó el uso de la institución testamentaria. La pandemia coadyuvó con la formalidad en una situación de desamparo, desatendiendo a aquellos que, queriendo testar, se veían impedidos, debiendo haber sucedido todo lo contrario —incentivo y promoción—: el favorecimiento y simplicidad para testar, *favor testamenti*. Pandemia y testamento, una como hecho otro como acto, requieren de una atención especial: la cura y su otorgamiento.

¿Se pensó o no en una epidemia? Estuvimos centrados en otros temas. La verdad, la covid-19 cogió al mundo desprevenido médica y jurídicamente. Puso y expuso a la vida y, con ello, el derecho de testar. La vida, potencialmente peligrosa, con la aparición de un factor de riesgo inesperado del virus se exponenció, poniéndose de manifiesto la fragilidad de la naturaleza humana. Ante estos acontecimientos, el sujeto hace un alto y reflexiona, piensa: y si, en efecto, ante tanta calamidad, prefiere dejar resueltos sus temas, entre ellos, y principalmente, los de orden sucesoral.

Bioética, testamento y herencia

Pandemia y testamento, una como hecho otro como acto jurídico, requieren de una atención especial: la cura y su otorgamiento.

El aislamiento por el contagio generó gran cantidad de casos de pacientes abandonados, sumidos en una profunda soledad, olvidándose que el acompañamiento es un derecho fundamental del paciente*(2)*, estarse con los suyos o valerse de la tecnología y su gran variedad de dispositivos que lo entretengan permitiendo una comunicación. El entorno del paciente no solo debe verse en el cuidado de su enfermedad, que se recupere y no contagie; también requiere facilitar su interactuar en respeto de su dignidad, que pueda comunicarse, interrelacionarse y dar a conocer sus decisiones, con libertad y autonomía. Que se desenvuelva como sujeto, que disponga de su patrimonio, indicando el cómo y a quién transmitirá sus derechos, obligaciones y bienes.

Se ha dicho con claridad que la bioética revela su importancia proponiendo soluciones que se anticipen y minimicen las consecuencias negativas de lo que hacemos para postergar los problemas que enfrentamos*(3)*. Esto es una realidad que en la práctica sanitaria se aplica, pero debemos

[2] *De cuius* es una abreviación de la perífrasis is de cuius hereditate agitur, aquél de cuya herencia se trata.

trasladarla al ámbito jurídico, de forma que el paciente ejerza sus derechos a plenitud, en el momento oportuno, valiéndose de las instituciones jurídicas para la satisfacción de sus intereses presentes y futuros. En momentos cruciales, cuando la salud se resquebraja y la vida peligra, entra el deseo natural del hombre de formalizar la trascendencia de sus situaciones y relaciones jurídicas, de plasmar sus actos de última voluntad. Es en este contexto que el derecho se vincula con la bioética, dando seguridad y tranquilidad social, teniendo como pauta a la dignidad, igualdad, libertad y solidaridad; y, en especial, el derecho sucesorio integra a la bioética armonizando el contenido de las normas en beneficio del paciente como testador.

Partiendo de la propuesta de la profesora Frasca*(4)*, que nos indica algunos principios constitucionales generales aplicables al Derecho sucesorio, por nuestra parte vemos que algunos de estos principios constitucionales son coincidentes con la bioética, como los de respeto de la dignidad humana, igualdad, buena fe, autonomía de la voluntad y función social. Estos funcionan como lineamientos del buen convivir sustentado en valores en los que se estructura una sociedad democrática y un estado de Derecho. Es en esa línea que podemos plantear un estudio del testamento desde una óptica bioética, justificando que su otorgamiento debe prever necesariamente situaciones de pandemia, en las que la formalidad debe ceder frente a la urgencia, sin olvidar la seguridad jurídica indispensable en estos actos jurídicos tan especiales. Siguiendo a Frasca*(4)*, coincidimos que el formalismo testamentario es un tema que se complejiza más con la covid-19.

La pandemia del covid-19 viene siendo tratada médicamente y se han ajustado ciertas instituciones jurídicas en defensa de los intereses de las personas y de la sociedad. Es la bioética, como disciplina que genera conciencia, la que debemos tener presente en temas tan sensibles como los actos de última voluntad en crisis sanitarias, que no son pocos ni exclusivos, sino actuales y de imperante su puesta en práctica.

Testamento

El término "testamento" viene del latín testario *mentis*, testimonio de la voluntad, "el testimonio de lo que hemos pensado y manifestado para el acto"*(5)*; sin embargo, algunos autores consideran que sus orígenes se encuentran en el vocablo *testis* y *testatio,* referida a testigos; i.e., el testamento no significa expresión de voluntad, sino acto de voluntad ante testigos, *testatio voluntatis(6)*.

El testamento es el acto jurídico *mortis causa* por excelencia. Debe distinguirse la voluntad de testar y el testamento, *animus testandi* y *testamenti factio*. La voluntad es el mecanismo para la existencia del testamento; esta debe ser clara, deliberada y libre; y es que el testamento es el acto vida con consecuencias *post mortem*. Así, el negocio jurídico testamentario es una voluntad planificadora de la sucesión, una voluntad que va a requerir necesariamente una declaración con eficacia *mortis causa(7)*.

Con rigor técnico, Saavedra Velazco*(8)* nos dice que el testamento es un negocio jurídico unilateral, conformado por una declaración de voluntad de carácter no recepticio que debe contener una declaración personal de su autor, por la que dispone de la íntegra posición (patrimonial o no patrimonial[3]), que adquiere su plena relevancia jurídica al momento de la muerte de su autor. Stolze y Pamplona*(9)* nos indican que es "un negocio jurídico por el cual alguien, unilateralmente, declara su voluntad, según los presupuestos de existencia, validez y eficacia, con el propósito de disponer, en todo o en parte, de sus bienes, así como de determinar diligencias de carácter no patrimonial para después de su muerte".

Como acto de última voluntad, el testamento se ejecuta después de la muerte, lo que no quiere decir que la persona deba esperar el final de sus días para extenderlo. Con responsabilidad debería testarse con antelación debida, cuando la persona esté en pleno uso de sus facultades, cuando tiene claro a quienes beneficiar y qué/cómo disponer; no con prisa ni ansias; no al final, cuando ve oscurecerse su destino; su angustia puede perjudicar o alterar su voluntad. La sucesión testada es lo que debe primar, la intestada solo debe darse por defecto, y es en esta línea como la trata el Código civil peruano y el resto de códigos, primero la testada, luego la intestada.

[3] Reconocer, disposición de cuerpo, nombrar albacea, curador, tutor.

Tabla 1.

Testamento	Base legal (Arts.)	Contenido
Ordinarios		
Escritura pública	696 – 698	Ante notario
Cerrado	699 – 703	Notario da fe de la entrega del testador en un sobre cerrado
Ológrafo	707 – 710	Manuscrito por el testador
Especiales		
Militar	712 – 715	Los miembros de las Fuerzas Armadas y Fuerzas Policiales que, en tiempo de guerra, estén dentro o fuera del país, acuartelados, así como los prisioneros
Marítimo	716 – 720	Los jefes, oficiales, tripulantes y quien se encuentre embarcado en un buque de guerra peruano, así como los oficiales, tripulantes, pasajeros y cualquier persona que se encuentre a bordo de barco mercante, de travesía o cabotaje
Aéreo	74.2, lit. g. Ley 27261, Ley de aeronáutica civil	Testamento in extremis a bordo

Clases de testamentos

Nuestro Código civil trata las siguientes clases de testamentos*(10,6:433)* (tabla 1).

Los ordinarios se diferencian de los especiales "no por su naturaleza, sino por las circunstancias transitorias en que son otorgados"*(10:2014)*. Es un tratamiento clásico, sin mayor novedad, los necesarios e indispensables para la vida de relación. No se ha tomado en cuenta los casos de urgencia, de extrema necesidad en su otorgamiento, partiendo la normativa de una regulación decimonónica.

Formalidades de los testamentos

La forma testamentaria salvaguarda y garantiza la expresión de última voluntad del testador; sin forma no hay testamento(11), pero la forma no debe ser excesiva, debe brindar seguridad y practicidad, más aún hoy que contamos con medios para lograrlo a través de la tecnología, pero que no son tomados en cuenta:

> …nuestra legislación testamentaria, anclada en sistemas decimonónicos, desconoce la posibilidad de expresar y recoger la voluntad en soportes distintos al que resulta de la escritura directa, de modo que ni siquiera, por ejemplo, sería válida como voluntad testamentaria la comunicada por medio de fax o correo electrónico a un notario, o la expresada y grabada en una cinta magnética o de video*(6:253-254)*.

Las formalidades de los testamentos Son las siguientes:

Ordinarias (Art. 695):

Escrito[4], fecha, nombre, firma.

Especiales

Escritura pública

Esenciales Art. 696

1. Que estén reunidos en un solo acto, desde el principio hasta el fin, el testador, el notario y dos testigos hábiles. El notario está obligado a verificar la identidad del testador y los testigos a través del documento de identidad y los medios de identificación biométrica establecidos por el RENIEC. Cualquiera de los testigos puede actuar como testigo a ruego del testador o testigo de identidad.
2. Que el testador exprese por sí mismo su voluntad o, tratándose de una persona con discapacidad, con el otorgamiento de ajustes razonables o apoyos para la manifestación de voluntad, en caso lo requiera. Si así lo requiere, dictando su testamento al notario o dándole personalmente por escrito las disposiciones que debe contener**.**
3. Que el notario escriba el testamento de su

[4] No se admite la forma verbal u oral, se excluye otras modalidades expresivas. El Código Civil del 52 aceptaba el testamento verbal, en casos de extrema necesidad (art. 664), debiéndose cumplir con ciertas formalidades (art. 663).

puño y letra o a través de medios de tecnología informática u otros de naturaleza similar, en su registro de escrituras públicas, pudiendo insertar, de ser el caso, las disposiciones escritas que le sean entregadas por el testador.
4. Que cada una de las páginas del testamento sea firmada por el testador, los testigos y el notario.
5. Que el testamento sea leído clara y distintamente por el notario, el testador o el testigo testamentario que éste elija.
6. Que, durante la lectura, al fin de cada cláusula, se verifique si el contenido corresponde a la expresión de su voluntad. Si el testador fuera una persona con discapacidad, puede expresar su asentimiento u observaciones a través de ajustes razonables o apoyos en caso lo requiera.
7. Que el notario deje constancia de las indicaciones que, luego de la lectura, pueda hacer el testador, y salve cualquier error en que se hubiera incurrido.
8. Que el testador, los testigos y el notario firmen el testamento en el mismo acto.
9. Que, en los casos en que el apoyo de la persona con discapacidad sea un beneficiario, se requiere el consentimiento del juez.

Especiales Art. 697

Si el testador es analfabeto, deberá leérsele el testamento dos veces, una por el notario y otra por el testigo testamentario que el testador designe. Si el testador no sabe o no puede firmar, lo hará a través del uso de la huella dactilar, de todo lo cual se mencionará en el testamento. En caso no tenga huella dactilar, el notario debe hacer uso de cualquier otro medio de verificación que permita acreditar la identidad del testador.

Cerrado

Esenciales Art. 699

1. Que el documento en que ha sido extendido esté firmado en cada una de sus páginas por el testador, bastando que lo haga al final si estuviera manuscrito por él mismo, y que sea colocado dentro de un sobre debidamente cerrado o de una cubierta clausurada, de manera que no pueda ser extraído el testamento sin rotura o alteración de la cubierta.
2. Tratándose de un testamento otorgado por una persona con discapacidad por deficiencia visual, podrá ser otorgado en sistema braille o utilizando algún otro medio o formato alternativo de comunicación, debiendo contar cada folio con la impresión de su huella dactilar y su firma, colocado dentro de un sobre en las condiciones que detalla el primer párrafo.
3. Que el testador entregue personalmente al notario el referido documento cerrado, ante dos testigos hábiles, manifestándole que contiene su testamento. Si el testador es mudo o está imposibilitado de hablar, esta manifestación la hará por escrito en la cubierta.
4. Que el notario extienda en la cubierta del testamento un acta en que conste su otorgamiento por el testador y su recepción por el notario, la cual firmarán el testador, los testigos y el notario, quién la transcribirá en su registro, firmándola las mismas personas.
5. Que el incumplimiento de las formalidades indicadas en los incisos 2 y 3 se efectúe estando reunidos en un solo acto el testador, los testigos y el notario, quien dará al testador copia certificada del acta.

Ológrafo

Esenciales Art. 707

1. Son formalidades esenciales del testamento ológrafo, que sea totalmente escrito, fechado y firmado por el propio testador. Si lo otorgara una persona con discapacidad por deficiencia visual, deberá cumplirse con lo expuesto en el segundo párrafo del numeral 1 del artículo 699.
2. Para que produzca efectos debe ser protocolizado, previa comprobación judicial, dentro del plazo máximo de un año contado desde la muerte del testador.

Claramente se aprecia, de la tipología y formalidades, que el testamento en nuestro país se ha convertido en una institución de museo, con la justa utilizada por su angostura de posibilidades y huérfana de perspectivas*(6:253)*, lo que ha sali-

do a relucir con la pandemia, limitando el acto de testar por las medidas sanitarias de emergencias y el estado de aislamiento. Esto nos lleva a replantear la institución testamentaria, acondicionarla a la realidad y a las exigencias actuales, sin perder de vista ni desconocer su formalidad. Y es que la formalidad y requisitos de los testamentos regulados en la mayoría de códigos civiles conllevan a que ninguno sea aplicable en casos de urgencias, más aun en casos de pandemias, como los que pasado durante 2020 y 2021.

Las formalidades legales serán rigurosamente observadas, con el fin de garantizar la pureza del acto, autenticidad y espontaneidad, bajo sanción de nulidad, a decir de Fernández Arce*(10:181)*. Como se aprecia, el testamento es un acto formal, lo que se justifica para darle seguridad, por su trascendencia e importancia; sin embargo, el formalismo (unidad en el acto, presencia de testigos) dificulta su realización, más en los casos como en que exista una pandemia.

Testamento en epidemia

Cabe analizar el testamento y su función social. Como acto de última voluntad, de efectos patrimoniales para terceros, su otorgamiento está sometido a la formalidad, lo que si bien es lógico en mérito de la seguridad, no llega ser un acto asequible para casos in extremis. De allí que deba socializarse, darle alcance comunitario, partiendo de un diseño proactivo, que tome en cuenta el fin buscado por el testador, el beneficio generado y el impacto social en mérito de su accesibilidad. El testamento debe estar al alcance de todos y frente a todas las situaciones, no solo para casos generales y comunes, debe ser una institución socializadora de los intereses de última voluntad.

En situaciones de emergencia la voluntad precisa ser manifestada y puesta en conocimiento de forma especial, facilitándose la forma sin perjudicar la seguridad del acto, pero esta excepcionalidad no responde solo a casos pintorescos como, el del hombre que hizo su testamento en cautiverio, durante un secuestro, el escalador atrapado por la avalancha, la persona que, solo en un CTI, al borde de la muerte, decide testar*(12)*, sino que presente en casos reales, y que hemos padecido todos, como los de la pandemia de la covid-19. Sin embargo, en tiempos de la pandemia el marco testamentario no cumplió su finalidad. El coronavirus generó una crisis, evidenciando lo importante que es prevenir y planificar el aspecto patrimonial post mortem. También puso de relieve las diferentes posibilidades que el ordenamiento jurídico ofrece a la hora de disponer mortis causa*(13)*.

Peste y testamento; sanidad y formalidad, dos ejes que debemos analizar para lograr el respeto de los derechos del paciente como testador en situaciones críticas, en las que el testamento en casos de epidemia se presenta como la forma testamentaria más específica para estos tiempos revueltos, a decir de López Frías*(14)*.

Este tipo de acto testamentario, como dice Ramón Fernández*(15)*:

> No se trata de un testamento especial, ya que los testamentos especiales son el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero. Se trata de un testamento abierto, oral o nuncupativo, pero sin necesidad de presencia del notario, y que sí precisa la presencia de tres testigos. Algún sector de la doctrina lo califica como de pretestamento, ya que los testamentos que se otorgan sin autorización de notario son ineficaces si no se elevan a escritura pública y se protocolizan (art. 704 c.c.). Además es un testamento dijéramos efímero, ya que se considera ineficaz si pasan dos meses desde que cesa la epidemia (art. 703 c.c.).

La *testamenti factio* es la aptitud para otorgar testamento (*testamenti factio* «activa») o para ser heredero, legatario, testigo (*testamenti factio* «passiva»).

Situaciones de peligro, como las pandemias, son una razón especial que debemos considerar para modernizar el acto testamentario. Las epidemias no pasan de moda: aparecen y matan. Cada cierto tiempo se presenta una. Nada nos dice que ese tiempo se acortará, pero sin duda las pestes no acabarán, podrán ser combatidas, tratando a los infectados e inmunizando a los sanos, pero debemos estar preparados en todos los ámbitos para enfrentarlas, siendo el testamentario uno de vital importancia, con el fin de permitir la disposición de bienes y derechos post mortem frente a estas

eventualidades, en legítima defensa de los derechos de la persona.

Antecedentes

Ante casos singulares, existen tipos de testamentos que cumplen importante función como actos de última voluntad, como es el caso particular del *testamentum tempore pestis*.

Este testamento es un acto jurídico sucesorio olvidado, en desuso que, con la pandemia de la covid-19 fue desempolvado, puesto en escena luego tanto tiempo fuera de tablas. Pérez-Andreu Solano*(16)* indica que "Este precepto [art.701 del Código español], que hasta hace escasas semanas nos podía parecer de todo punto obsoleto, ahora recobra plena vigencia y su análisis puede resultarnos de gran utilidad".

Castán*(1:424)*, respecto de los antecedentes de este testamento, considera que

> Del conjunto de testamentos especiales regulados por el Derecho Romano, el denominado *testamentum tempore pestis* es uno de los más escuetos. Solo disponemos de un texto en el que se menciona: Una constitución de Diocleciano del año 290 (C.6.23.8, reproducida en un sentido parecido en Bas.35.2.7) .

Muchos autores han llamado "momias jurídicas" al testamento en caso de pandemia, en razón del desuso o impracticabilidad. Es más, los textos clásicos de Derecho civil no hacen mayor referencia del mismo, sin más estudio, solo refieren que "La falta de importancia práctica del supuesto, exime de cualquier otro comentario"*(17)*.

Caso de España

Analicemos el caso español.

El Código civil español facilita el otorgamiento especial testamento en caso de epidemia:

> Artículo 701.- En caso de epidemia puede igualmente otorgarse testamento sin intervención de notario ante tres testigos mayores de dieciséis años.

Los presupuestos para la legitimidad y puesta en práctica de este testamento son:

- Epidemia

Declarada por autoridad competente

- Testador

Sano o contagiado

Exprese voluntad (escrita u oral)

Tenga capacidad calificable por los testigos

- Testigos (estar presentes, simultáneamente)

Tres

Mayores de 16 años

- No requiere presencia del notario

Veamos uno a uno.

Epidemia

Es el estado de emergencia sanitaria lo que caracteriza a este testamento.

La declaración formal de epidemia es el elemento esencial que condiciona y justifica su forma, sin ser necesaria la condición de enfermo o de peligro de muerte que se contempla en otras formas de testar*(13:4)*, tomando en cuenta que las restricciones a la circulación de las personas dificulta el otorgamiento del testamento ante notario*(15:416)*.

Testador

Es el actor principal del acto testamentario.

Puede estar sano o contagiado. No se exige que el testador esté afectado en su salud por la epidemia, i.e., no tiene por qué estar contagiado*(16)*, solo que se encuentre en el lugar donde se ha propagado la enfermedad*(1:456)*.

Así, no es estrictamente un testamento *in artículo mortis* o *in extremis*. Lo que busca este testamento es una forma expeditiva para testar frente a la emergencia sanitaria.

En cuanto a la voluntad, no se exige que conste por escrito, basta que el testador la manifieste, pudiendo ser esta:

- Escrita

Personal, por el propio testador

Delegada, por los testigos a solicitud del testador

- Oral

Ante los testigos, se da por no ser posible escribirlo

Puede ser con audio, video, para dejar constancia

Debe contarse con capacidad, libertad, voluntad y decisión, testamenti factio, i.e. aptitud para otorgar testamento (*testamenti factio activa*).

Testigos

Se exige tres y mayores de dieciséis años.

Los testigos representan a los sujetos que dan fe del acto testamentario primigenio. Recojen la voluntad del testador sin que un mayor número de personas puedan estar en contacto y quedar contagiados*(14)*.

Son tres para dar la calidad de colegiado (pluralidad) a quienes constatan la *testatio voluntatis*. En cuanto a la edad exigida (mayor de dieciséis años), atiende a una razón de supervivencia de las personas más jóvenes*(15:412)*, además de tener una mayor esperanza de vida.

La norma dice "ante" tres testigos precisando presencialidad. Pero esto plantea el hecho que la unidad del acto —*unitas actus*— es peligrosa por el contagio, de allí que de simultánea (sincrónico) debería ser no presencial (asíncrónica): cada testigo y testador en su lugar (domilicio, o lugar donde se encuentre). Pensemos en el caso de los hospitalizados que no tienen las mismas opciones que las que no lo están, de ahí la importancia de los medios electrónicos*(15:414)* que permiten interacción digital, vg., presencia virtual por videollamada, tomando como referencia las audiencias judiciales que, con eficiencia, se realizan a través de la plataforma virtual Google Meet. Ramón Fernández*(15:415)*, sobre el particular, indica que, si es concurrencia sincrónica de los testigos podría utilizarse una computadora, tablet o smartphone, con algún programa informático de videollamada, debiendo ser el testamento válido, ya que la norma no indica que la presencia deba ser física; lo virtual es una posibilidad que debe transformarse en una exigencia. Lo más recomendable en casos de crisis sanitaria es el no contacto entre las personas, para evitar contagios y la propagación del virus. Es por ello que, ante la coyuntura sanitaria de emergencia, este acto testamentario debería ser por video (Meet, Zoom).

Finalmente, el confinamiento no facilita la tarea de encontrar testigos idóneos, a lo que se suma que pocas personas estarán dispuestas a prestar este servicio cuando el testador enfermo tenga una carga viral o presente un cuadro avanzado de la enfermedad*(1:464-465)*. Quien querrá ser testigo ante la eventualidad de ser contagiado.

Sin presencia de notario

El notario es el protagonista de la extensión testamentaria al trasladarse al lugar donde se encuentre el testador para formalizar su última voluntad, pero, por cuestiones de emergencia sanitaria, hay que evitarlo. Si bien el testamento es un acto directo, este, en especial, no se hace ante notario, dada las situaciones especiales en que la enfermedad o el miedo al contagio llevan a testar*(14:233)*.

La urgencia de la actuación debe interpretarse restrictivamente, ya que el desplazamiento del notario para dar fe está, como el desplazamiento de todo sujeto, prohibido por el estado sanitario*(10:400)* e inamovilidad decretada. Lo notarial es a posteriori y opera como control de veracidad que permite validar o comprobar que el testamento cumplió con el estándar de validez, i.e. con los requisitos exigidos por la norma.

Caducidad

Es un testamento efímero.

Su eficacia está supeditada a un plazo.

Se dan dos escenarios:

- Que el testador viva al terminar la epidemia, o
- Que el testador muera durante un plazo.

El artículo en referencia nos dice:

> Artículo 703.- El testamento otorgado con arreglo a las disposiciones de los tres artículos anteriores quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de

> muerte, o cesado la epidemia.
>
> Cuando el testador falleciere en dicho plazo, también quedará ineficaz el testamento si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Notario competente para que lo eleve a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente.

Este testamento tiene una eficacia temporal, un plazo de caducidad. Aunque el testamento se haya otorgado cumpliendo los requisitos, perderá eficacia:

- A los dos meses de:

La sobrevivencia

El cese de la epidemia

- A los de los tres meses del fallecimiento si no es elevado a escritura pública.

Solo produce efectos si el testador muere entre el otorgamiento y los dos meses después del cese de la pandemia, si sobrevive es como si no lo hubiera otorgado.

Así, a decir de Dupla*(13:4)*:

> La validez y eficacia de este testamento queda condicionada al fallecimiento del testador en el plazo máximo de dos meses desde que cesa la epidemia. O, en el caso de que el testador fallezca dentro de ese plazo, su protocolización notarial en el plazo máximo de tres meses tras el fallecimiento.

La caducidad testamentaria es excepcional, en el caso del testamento en caso de pandemia se debe acreditar luego su autenticidad*(10:411)*.

Bien dice Lasarte*(17:19)* que "el Código debilita los requisitos formales de otorgamiento de testamento en caso de epidemia".

El caso de México

Es el caso del testamento electrónico y con firma electrónica —e.firma, incorporado en el Código civil de la ciudad de México, el 4 de agosto del 2021 :

> Artículo 1520 bis.- El testamento público abierto también podrá realizarse por medios electrónicos, siempre que el testador cuente con la posibilidad de comunicarse con el notario a través de un dispositivo electrónico y el notario pueda ver y oír al testador, así como hablar con él de manera directa, simultánea y en tiempo real durante todo el acto del otorgamiento. Lo anterior se actualizará cuando el testador se encuentre en alguno de los siguientes supuestos:
>
> I. Ante peligro inminente de muerte;
>
> II. Sufra al momento una enfermedad grave o contagiosa;
>
> III. Haya sufrido lesiones que pongan en riesgo su vida; o
>
> IV. Se encuentre en un lugar al que, por una situación excepcional, no se pueda acceder en persona.
>
> En caso de que el testador se encuentre en alguno de los supuestos a que se refieren los artículos 1515, 1516 o 1517, no podrá llevarse a cabo esta modalidad del testamento público abierto.

Los presupuestos para la legitimidad y puesta en práctica de este testamento son:

- Testamento abierto por medios electrónicos

Peligro inminente de muerte;

Enfermedad grave o contagiosa;

Lesiones que pongan en riesgo su vida; o

Inaccesibilidad

- Testador

Comunicación con dispositivo electrónico

- Notario

Pueda ver, oír y hablar con el testador

De manera directa, simultánea y en tiempo real durante el otorgamiento

Para el otorgamiento del testamento se tendrá en cuenta (art. 1520 ter) algunas consideraciones especiales, propias de la seguridad jurídica notarial

exigida. El notario redactará las cláusulas del testamento sujetándose a la voluntad del testador y reenviará el archivo electrónico para que éste último lo lea. Con la conformidad del testador, este hará uso de la firma electrónica avanzada cumpliendo con el acto de suscripción.

TIC y testamentos

Las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y su aplicación al testamento en general y al testamento en caso de epidemia no solo son necesarias, son de urgente aplicación.

Las TIC son las herramientas vinculadas con la transmisión, procesamiento y almacenamiento digitalizado de la información. Permiten que la expresión oral de la voluntad pueda ser grabada y almacenada en un archivo electrónico de audio o de audio y video, con el fin de que pueda conformar un documento electrónico que podrá ser suscrito con firma electrónica*(7:304)*.

La pandemia ha demostrado la necesidad y utilidad del uso de las TIC en los testamentos. Debemos tender hacia la digitalización del Derecho sucesorio, las normas deben adaptarse a la moderna sociedad digitalizada que, en esta pandemia, ha estado disociada y ha sido ajena frente a las necesidades testamentarias de emergencia. Urge una modernización de las formas testamentarias, con el objetivo de abrir el Derecho de sucesión a la era de las revoluciones electrónicas y audiovisuales*(4)*. Debemos aprovechar que, si bien no todas, la gran mayoría de personas tiene un teléfono inteligente —smartphones— antes que un lapicero —y menos a la mano un papel—; este debiera ser el medio más adecuado para celebrar actos jurídicos, en especial testamentos, vg. grabando (voz y/o imagen), por mail, mensajería instantánea (WhatsApp, Signal), en fin, con la multiplicidad de formas que nos brinda la tecnología.

Es necesario replantearnos las nuevas formas de testar en circunstancias excepcionales, adaptar la normativa hereditaria a los nuevos tiempos, a una sociedad digital que permita, ante situaciones inminentes o de peligro de muerte, la posibilidad de otorgar testamento por mensajería instantánea o por audio. Los medios telemáticos nos brindan la gran oportunidad de hacer más sencillo el acto testamentario, sin que ello signifique atentar con la formalidad ni seguridad del mismo. Véase como en otros ámbitos se viene usando la tecnología con mucha eficiencia en la celebración de actos jurídicos (contratos, poderes, matrimonios).

Si bien en épocas de pandemia lo más práctico quizá sea el testamento ológrafo, este tiene serias limitaciones. Pero es una buena referencia, en el sentido que si en el testamento ológrafo hay un cotejo de la letra, en el testamento por mensajería habrá que corroborar que la voz es del causante, en su caso también si corresponde a su imagen. Si el WhatsApp se permite como medio de prueba en procesos judiciales (civiles, penales, laborales, etc.), ¿cuál sería el límite para admitirse como acto de última voluntad del testador? Teléfono en mano y activando la grabación será suficiente para plasmar un acto de última voluntad del testador, la que luego será acreditada, autenticada (adveración, certificación de veracidad) y formalizada notarialmente.

Sucesión, testamento y TIC representan la triada que pueda velar y respetar el derecho de testar, trazando las directrices para la aceptación del testamento tecnológico en época de pandemia.

Conclusiones

El otorgamiento del testamento se vio limitado por el confinamiento. La peste de la covid-19 no solo atentó contra el derecho a la vida y a la salud de las personas, también afectó seriamente la celebración de actos jurídicos tan importantes como el testamentario.

En general, los códigos civiles regulan el testamento dentro de un esquema de extrema formalidad y solemnidad —sin duda que lo amerita—, pero queda claro que deben preverse situaciones excepcionales, testamento especial, frente a un inminente riesgo, con el fin de poder ejercer el derecho de testar con prontitud.

Ante una pandemia la vida corre peligro y la salud se debilita, el paciente o la persona sana —de acuerdo con principios como dignidad, igualdad, buena fe, autonomía de la voluntad, función social— deben contar con mecanismos eficientes y eficaces para expresar su voluntad testamentaria,

siento este el momento en el que bioética y el Derecho sucesorio armonicen e interactúen en pro del testador.

Con base en la responsabilidad social, corresponde ofrecer una solución inmediata a todo sujeto que desee otorgar testamento con prontitud en épocas de peste. Este es un derecho que debe reconocerse, un derecho de contenido bioético, al estar de por medio el derecho a la vida, la salud, la autodeterminación y el derecho de decidir el destino de los bienes vía testamento.

Los clásicos testamentos no son eficientes, menos las formalidades exigidas, como la unidad del acto, testigos y presencia notarial. La pandemia como hecho y el testamento como acto precisan de un tratamiento especial, el primero en cuanto a su cura y el segundo en su otorgamiento. Los testamentos orales mediante mecanismos digitales (audios, correos electrónicos, vídeos, WhatsApp) se justifican por las circunstancias sanitarias, lo que permite el ejercicio de la voluntad de testar.

El testamento en épocas de pandemia, apoyado en las TIC, es una interesante y necesaria solución; basta pensar en su implementación y que, finalmente, entremos en la era de la digitalización y tecnología, facilitando el ejercicio de los derechos sucesorios en situaciones de crisis sanitarias.

Anexos:

El testamento por epidemia en el Derecho comparado			
China	España	Italia	Portugal
Art.1137.- A will made in the form of an audio or video recording shall be attested by two or more witnesses. The testator and the witnesses shall record their names or likeness in the recording and specify the year, month, and day of its making. Art. 1138.- A testator may, when facing imminent danger, make a nuncupative will. A nuncupative will shall be attested by two or more witnesses. When the imminent danger is removed and where the testator is able to make a will in writing or in the form of an audio or video recording, the nuncupative will thus made becomes invalid.	Art. 701.- En caso de epidemia puede igualmente otorgarse testamento sin intervención de Notario ante tres testigos mayores de deiciseis años. Art 703 El testamento otorgado con arreglo a las disposiciones de los tres artículos anteriores quedará ineficaz si pasaren dos meses desde que el testador haya salido del peligro de muerte, o cesado la epidemia. Cuando el testador falleciere en dicho plazo, también quedará ineficaz el testamento si dentro de los tres meses siguientes al fallecimiento no se acude al Notario competente para que lo eleve a escritura pública, ya se haya otorgado por escrito, ya verbalmente.	Art. 609.- Malattie contagiose, calamità pubbliche o infortuni. Quando il testatore non può valersi delle forme ordinarie (601 e seguenti), perché si trova in luogo dove domina una malattia reputata contagiosa, o per causa di pubblica calamita o d'infortunio, il testamento è valido se ricevuto da un notaio, dal pretore o dal conciliatore del luogo, dal sindaco o da chi ne fa le veci, o da un ministro di culto, in presenza di due testimoni di età non inferiore a sedici anni. Il testamento è redatto e sottoscritto da chi lo riceve; è sottoscritto anche dal testatore e dai testimoni. Se il testatore o i testimoni non possono sottoscrivere, se ne indica la causa. Art. 610 Termine di efficacia. Il testamento ricevuto nel modo indicato dall'articolo precedente perde la sua efficacia tre mesi dopo la cessazione della causa che ha impedito al testatore di valersi delle forme ordinarie. Se il testatore muore nell'intervallo, il testamento deve essere depositato, appena è possibile, nell'archivio notarile del luogo in cui è stato ricevuto.	Art. 2220 (Testamento feito em caso de calamidade pública) 1. Se qualquer pessoa estiver inibida de socorrer-se das formas comuns de testamento, por se encontrar em lugar onde grasse epidemia ou por outro motivo de calamidade pública, pode testar 529 perante algum notário, juíz ou sacerdote, com observância das formalidades prescritas nos artigos 2211º ou 2212º. 2. O testamento será depositado, logo que seja possível, na repartição notarial ou em alguma das repartições notariais do lugar onde foi feito.

Holanda	Francia	Puerto Rico	Brasil
Art. 995.- En los lugares donde la comunicación normal con un notario autorizado o un funcionario consular está prohibida o interrumpida para el testador como resultado de desastres, acciones de combate, enfermedades contagiosas u otras circunstancias extraordinarias, puede hacer una última voluntad pública ante un notario o un funcionario consular holandés, incluso si este último no está autorizado en virtud de las normas ordinarias, o el alcalde, el secretario o un regidor del municipio, un notario civil subalterno que trabaja en la oficina de un notario, un abogado, un fiscal, un funcionario de las fuerzas armadas o de un cuerpo de bomberos municipal o regional, o un funcionario autorizado para ello por el Ministro de Justicia.	Art. 985.- Los testamentos hechos en un lugar con el que esté interceptada toda comunicación a causa de la peste u otra enfermedad contagiosa, podrán otorgarse ante el Juez del Tribunal de Instancia o ante uno de los funcionarios municipales del Ayuntamiento, en presencia de dos testigos. Esta disposición se aplicará tanto a quienes estén afectados por estas enfermedades como a quienes se encuentren en los lugares infectados, aunque no estén actualmente enfermos. Artículo 987.- Los testamentos mencionados en los dos artículos anteriores caducarán a los seis meses de que las comunicaciones hayan quedado restablecidas con el lugar en que se encuentre el testador, o seis meses después de que haya llegado a un lugar en el que no estén interrumpidas.	Art. 1655.- Testamentos especiales; epidemia; peligro inminente de muerte. Cuando el testador se halla en peligro inminente de muerte, puede otorgar testamento ante tres testigos mayores de edad. En caso de epidemia declarada por las autoridades sanitarias, el testador puede otorgar testamento ante tres testigos que hayan cumplido dieciséis años de edad. En ambos casos los testigos se asegurarán de que, a su juicio, el testador tiene la capacidad necesaria para hacer testamento. Artículo 1656.- Forma escrita. En el otorgamiento de los testamentos especiales no es necesaria la intervención de notario, pero el testamento se escribirá si ello es posible. La última voluntad del testador también puede grabarse en video. Artículo 1657.- Caducidad de los testamentos especiales. Los testamentos especiales caducan por el transcurso de seis meses desde que cesa el peligro de muerte o la epidemia. Si el testador muere en ese plazo, el testamento también caduca si dentro de los tres meses siguientes a la muerte, no se presenta para su adveración.	Art. 1879. Em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz.

Referencias

1. Castán S. Testar en tiempos de pandemia: antecedentes históricos y actualidad. Ridrom [online] 2021 abril. Disponible en: http://www.ridrom.uclm.es.
2. Consuegra-Fernández M, Fernández-Trujillo A. La soledad de los pacientes con COVID-19 al final de sus vidas. Revista de Bioética y Derecho 2020; 50: 81-98.
3. Casado M. Cápsula #1 Dilemas bioéticos de la pandemia [Episodio de audio podcast]. Podcasts y vídeos sobre los aspectos bioéticos de la pandemia COVID-19 (2021). Disponible en: http://www.bioeticayderecho.ub.edu/es/audiovisuales-covid-19#capsula1.
4. Frasca A. (9-11 de Junio de 11/06/2021). Aspectos constitucionales del Derecho sucesorio: Reflexiones contemporáneas (PPT). En Seminario internacional: El Derecho civil constitucional. La constitucionalización del Derecho civil. Lima: Universidad de Lima.
5. Goyena H. Tratado del Derecho de sucesión: las formas de suceder. 2ª Ed. Buenos Aires: La Ley; 2007.
6. Lohmann G. Derecho de sucesiones. Vol.1. Perú (Lima): Gaceta Jurídica; 2017.
7. Serrano M. Testamento ológrafo, Testamento ante testigos. Revista de Derecho Civil 2020; VII(4): 287-330.
8. Saavedra R. El negocio jurídico testamentario. Lima: Jurista; 2013.
9. Stolze P, Pamplona R. Manual de Direito civil. 5ª ed. São Paolo (Brasil): Saraiva Educação; 2021.
10. Fernández C. Derecho de sucesiones. Perú (Lima): PUCP Fondo editorial; 2014.
11. Aguilar B. Formalidades comunes a todo testamento. En: Muro Rojo MT. Código civil comentado. 4ª ed. Vol. IV. Lima: Gaceta Jurídica; 2020: 136-138.
12. Marx E, Brito L. Testamento de emergência e a pandemia da Covid-19. Revista de Direito Civil Contemporâneo 2020, 25: 159-186.
13. Duplá, T. El testamento en tiempos de coronavirus. Obtenido de Do Better [online] 2021 junio [citado 23 de septiembre 2021]: https://dobetter.esade.edu/es/testamento-coronavirus?_wrapper_format=html
14. López M. Testamentificación en tiempos revueltos: especial consideracion del testamento en caso de epidemia. R.E.D.S. 2020; (17): 220-235.
15. Ramón F. El coronavirus, el testamento en situación de epidemia y el uso de las tics en el derecho español. Revista de Derecho Privado 2021, (40): 395-435.
16. Solano M. Abogacía española. El testamento en tiempos de Covid-19. Disponible en: https://www.abogacia.es/actualidad/opinion-y-analisis/el-testamento-en-tiempos-de-covid-19/
17. Lasarte, C. Derecho de sucesiones. Principios de Derecho civil. 14ª ed., Vol. 7. Madrid (España): Marcial Pons; 2019.

Recibido: 5 de octubre de 2021
Aceptado: 17 de noviembre de 2021