

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**UNA FORMALIDAD DE LOS TESTAMENTOS(\*) (1237)**

CASTULO L. FURNUS

¿La ley sanciona la nulidad del testamento en el que no se exprese que los testigos presenciales del acto vieron al testador?

Un caso se ha discutido ante uno de los juzgados en lo Civil resolviéndose negativamente.

Desde luego, debe tenerse presente que, según el artículo 3627 del Código Civil, "la prueba de la observancia de las formalidades prescriptas para la validez de un testamento, debe resultar del testamento mismo y no de los otros actos probados por testigos."

¿Quiere esto decir que es el escribano quien debe decirnos, en términos expuestos, consignados por escrito, en el testamento, que tales o cuales formalidades se han cumplido, o somos nosotros los que debemos

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

apreciar, examinando el testamento mismo, la prueba que de él resulta, acerca de la observancia de esas formalidades legales?

Lo primero, sería hacer depender nuestro criterio de la apreciación que de esa prueba nos manifestara o hiciera el escribano.

Esta no puede ser la mente de la ley, porque el escribano es quien principalmente debe cumplir esas formalidades y por consiguiente, él menos que nadie está autorizado a apreciar la legalidad de sus propios actos.

Son los interesados, el señor Agente Fiscal y en último término, el juzgado quienes deben apreciar y resolver, examinando el testamento mismo, si de él resulta que los que han intervenido en su otorgamiento han observado dichas formalidades.

Estas se refieren, unas a los actos del testador, de los testigos y del escribano, y otras a las formas mismas de la escritura llamada testamento.

El cumplimiento de las últimas resultará de la lectura del testamento mismo y la prueba de la observancia de las primeras resultará de la relación que haga el escribano de lo que ante él ha sucedido.

¿ Prescribe la ley, la forma, las expresiones que debe usar el escribano, para decirnos cómo han pasado ante él esos actos?

Absolutamente no, fuera de imponerle que hable, que se exprese en idioma nacional (art. 999, Cód. Civil).

No hay ley que prescriba términos sacramentales, imponiendo un freno a la libertad de la expresión del pensamiento.

En tal concepto, debemos buscar en la propia expresión gramatical el significado lógico, tal como corresponde en nuestro idioma, a fin de ver si la observancia de las formalidades legales resulta del testamento mismo.

En el que ha sido materia de discusión, se lee literalmente lo siguiente: "compareció ante mí, el escribano autorizante, don . . . quien me manifestó el deseo de otorgar su testamento y habiéndome cerciorado de su capacidad legal para este acto, requerí el número de testigos que suscriben y, en presencia de éstos, expresó verbalmente sus disposiciones, que redactó en la forma siguiente:...

"En su testimonio y leído que le fue en presencia de los testigos llamados para este acto, se ratificó en su contenido, firmando con los citados testigos nombrados don..."

Se observó que el escribano no dice si los testigos vieron al testador, ni expresa si lo vieron firmar.

De mayor importancia es el hecho de que los testigos vean redactar y oigan dictar, así como leer y aceptar lo consignado en el Registro, porque es lo que les da conciencia de lo que atestiguan, y, sin embargo, no se alegó nulidad porque no se dijera que se habían cumplido esos actos, que no dejan rastros visibles y se la discutió en razón de la firma, que, como escritura allí queda hasta la eternidad, como prueba auténtica de la aceptación de todo lo que precede, y cuya importancia se indica en la prescripción legal que establece que reconocida la firma queda

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

reconocido el contenido del instrumento mismo (art. 1028).

Aparte de esto, ni la ley exige que el escribano diga o exprese, en términos categóricos, que los testigos vieron al testador, ni consagra nulidad por omitirse tal mención, ni puede deducirse que los testigos no vieron cuando del testamento mismo resulta que todo pasó en presencia de ellos, no obstante que la ley sólo requiere (art. 3658) que así se haya leído.

Se invoca el art. 3658 del Código Civil.

Ni en este artículo, ni en otro alguno se encuentra tal exigencia de que el escribano exprese, diga que los testigos vieron.

Ni podría exigirla, porque la percepción visual es esencialmente individual y el escribano no puede hacer la afirmación de un hecho que le es materialmente imposible conocer por sí mismo.

Esto, considerando la acción de ver en la materialidad absurda que es alegada.

Pero la ley es lógica y la prescripción del artículo que estudiamos es irreprochable, tanto en su redacción como en su significado.

El testamento aludido se halla estrictamente ajustado a las formalidades allí exigidas, cuya observancia resulta de su contenido mismo.

El artículo dice: "Bajo pena de nulidad, el testamento debe ser leído al testador en presencia de testigos, que deben verlo, etc."

Para que la aplicación estricta de las reglas gramaticales castellanas no nos dejen entender otro significado que el que corresponde en el idioma en que éste artículo está redactado, voy a permitirme analizarlo, convirtiéndolo en sintaxis regular.

El testamento (sujeto) debe (verbo regente) ser (v. regido) leído (atributo) al testador (comp. indirecto), en presencia de los testigos, que deben verlo (comp. circunstancial), bajo pena de nulidad (ídem, con la preposición bajo metafóricamente usada): y el testamento debe ser firmado, etc.

Esta primera oración es la que nos interesa examinar y observándola, resultan: como términos esenciales. "el testamento debe ser leído" y como complementos, un indirecto y dos circunstanciales.

Dado el uso metafórico de la preposición bajo, que encabeza el segundo de éstos, el lugar en que se le ha construido en la redacción del artículo y hasta el encerrarse en él la sanción del mandato contenido en la oración principal, es evidente que este complemento: "bajo pena de nulidad" abarca en su significación todos los términos de la oración y, por consiguiente, no sólo habría nulidad, sino se cumpliera lo esencial del mandato: "debe ser leído" sino cuando no lo fuera en las condiciones apuntadas en los complementos: al testador y en presencia de testigos.

Sobre esto no hay dudas: pero, se sostiene que fuera de esto, que además de esto se prescribe, en el mismo artículo otra condición distinta, bajo la misma pena de nulidad.

Se dice que el codificador ha hecho una distinción precisa entre estar presentes los testigos y ver al testador: que éstas son dos formalidades distintas y que cuando la ley hace tal distinción, a nadie es lícito

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

averiguar cual ha sido el motivo determinante, ni modificar su sentido con interpretaciones que no autoriza; la ley es ley y se aplica por los señores jueces tal como está concebida.

Sostengo que tal distinción no está hecha en el artículo aludido redactado en el idioma nacional, perfectamente poseído por el codificador; ni ha podido hacerse, porque es absurda y los jueces al aplicar la ley, deben hacerla "tal como está concebida", con el mismo criterio lógico y la expresión correcta, que corresponde al codificador.

Es muy cierto lo que dice Goyena que "el que no ve... es igual al ciego"; pero, le agregaba "a los fines de la ley" y como la ley no requiere, ni habla de mentecatos sino de testigos, con capacidad suficiente para ser tales, no tratamos de gentes incapaces, sino de personas que vean con los ojos del cuerpo y del entendimiento, las mismas que ha tenido presente el doctor Vélez.

Para convencernos de que ni está hecha ni ha podido hacerse tal distinción en el artículo referido, ¿nos bastará completar nuestro análisis estableciendo qué significa "en presencia de testigos"?

Escriche dice, de acuerdo con el Diccionario de la Academia Española, que "presencia" es la asistencia personal o el estado de una persona que se halla delante o en el mismo paraje que otra. No se reputa presente al que no puede comprender lo que se hace. Así es que lo que se hace delante de un furioso, de un mentecato, de un niño o de uno que duerme, no se considera hecho en su presencia.

Monlau, en su Diccionario Etimológico, dice que "presencia", viene de presentia: de presentis, presente; de praesse, estar al frente, compuesto de pre, delante y esse, ser.

La significación de don o regalo, se cree que proviene de la frase latina In rem presentem ventre, "poner a la vista, examinar con los propios ojos."

Y excusando decir lo que se entiende por testigos, cuya incapacidad no se presume (art. 3696), no pudiendo ser los ciegos, sordos, mudos y locos (art. 3708 y 3709) ¿es posible afirmar que los testigos puedan estar presentes sin ver precisamente aquello que van a atestiguar, a los fines de la ley y a cuyo único objeto fueron llamados?

Absolutamente no.

Y como no era posible que el Dr. Vélez consignara por escrito una distinción absurda, que no había concebido, resulta que tal distinción no se desprende tampoco de la redacción gramatical del artículo de referencia.

El artículo citado, sólo incidentalmente explica que los testigos deben verlo.

En realidad, tal expresión "que deben verlo", constituye una oración de relativo, incidental explicativa.

"Las incidentales son oraciones unidas por subordinación a otra principal, donde aclaran o amplían el sentido de una palabra, que no es el verbo, y que se llama antecedente. A veces la oración incidental amplía la significación del antecedente de modo que puede suprimirse la incidental, sin que padezca el sentido de la principal y entonces se

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

llaman explicativas y otras veces lo aclara o amplía de modo que suprimiendo la incidental, queda incompleto el sentido de la oración principal y se llaman especificativas".

Acá tenemos como antecedente la palabra testigos, siendo su pronombre relativo que el sujeto del verbo deben, regente del infinitivo ver, que rige a su vez al enclítico acusativo lo.

De modo que esta oración, traducida a sintaxis regular, significa: "los testigos deben ver al testador."

(Digo al testador, aunque la frase es equívoca, como lo observa el doctor Segovia, porque el pronombre lo puede también estar en lugar del nombre testamento.)

Y al significado de la oración principal: "el testamento debe ser leído al testador en presencia de testigos", ¿qué se le quita no diciendo que "los testigos deben ver al testador", si para presenciar deben ver con sus propios ojos lo que ante ellos pasa, porque no se reputa presente al que no puede comprender lo que se hace?

Y si lo encerrado en lo incidental está comprendido en la palabra presencia de la oración principal, ¿por qué habrá consignado el doctor Vélez una expresión que parece superflua?

Por la sencilla razón de que la simple explicación, la ampliación o aclaración del sentido de una palabra (que no es el verbo), así como el uso del pleonismo, es perfectamente admitido para hacer el concepto más enérgico, más indubitable, el lenguaje más florido, para que la inteligencia del testador, escribano y testigos sepan que en presencia, quiere decir viéndose con los ojos del cuerpo y del alma y que no deben, en ese acto estar como tontos, sino ejercitando cada uno su capacidad a los fines de la ley.

Y si en el testamento se consigna, bajo la firma del escribano, del testador y de los testigos que en presencia de éstos, el testador "expresó verbalmente sus disposiciones, que redactó en la siguiente forma.

. . . y leído que le fue a presencia de los testigos llamados para este acto, se ratificó en su contenido firmando con los citados testigos", no hay lugar a sostener razonablemente que, del testamento mismo, no resulta la prueba de la observancia de las formalidades real y verdaderamente prescritas para su validez.

Todo el sistema contrario consiste en idear formalidades y luego alegar que el testamento no se ajusta a ellas.

No; las que se prescriben "bajo pena de nulidad" son las previstas en la ley, que los Sres. jueces deben aplicar "tal como está concebida" por el Dr. Vélez y no caprichosa o interesadamente.