

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LA CAPACIDAD FÍSICA. PERFECTO USO DE LA RAZÓN PARA TESTAR
FRANCISCO FERRARI CERETTI

SUMARIO

I. Normas generales aplicables a los actos jurídicos. II. Para testar, la persona debe estar en su perfecta razón. Sus condiciones: inteligencia y voluntad. Dementes, interdictos y no interdictos. Accidentes, embriaguez, etc. Intervalos lúcidos. III, Presunción de la ley. Art. 3616 del Código Civil. Valor de las enunciaciones de los escribanos. Prevalencia de la presunción. Necesidad de la prueba en contrario. Revocación del testamento. IV. El principio del art. 992 del Código Civil; a) Testamento delictuoso, prescripción; b) Ley aplicable en el acto de testar y en el momento de su ejecución. V. Conclusiones.

El fallo (*) (455) que se publica en la Sección Jurisprudencia de este número nos obliga a volver sobre la capacidad mental del testador, que someramente tratamos en otra oportunidad (1) (456).

I. NORMAS GENERALES APLICABLES A LOS ACTOS JURÍDICOS

El codificador ha dicho que ciertos hechos tienen el objeto de establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir o aniquilar derechos, tales como los contratos, los actos de última voluntad, etcétera. A estos hechos los designa con la calificación general de actos jurídicos (2) (457).

No existe derecho que no provenga de un hecho, positivo o negativo, producido por el hombre o por la naturaleza.

Los hechos que fueren ejecutados sin discernimiento, intención y libertad, dice el art. 900, Cód. Civil, no producen obligación alguna.

Si son ejecutados con discernimiento, intención y libertad, se juzgan hechos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

humanos voluntarios.

Cuando esos actos son realizados por menores, por dementes que no se encuentran en intervalos lúcidos o por los que, por cualquier accidente, están sin uso de su razón, la ley los reputa hechos sin discernimiento (art. 921, Cód. Civil).

Si los agentes se hallasen privados de su razón o no fuese conocida la incapacidad impuesta por la ley al tiempo de otorgarse el acto, esos hechos son susceptibles de anulación (arts. 473 y 1045, Cód. Civil).

Estas normas de carácter general, aplicables a todos los actos entre vivos, no pueden ser invocadas con posterioridad al fallecimiento de la persona, dispone el art. 474, Cód. Civil, a no ser que la incapacidad resulte de los mismos actos o que se hayan consumado después de interpuesta la demanda de incapacidad. Salvo que se demuestre mala fe en quien contrató con el fallecido (ley 17711).

Como veremos, esta norma sufre una excepción en el caso de los testamentos en que no hay restricciones; se pueden atacar, aunque no haya sentencia que declare la incapacidad. Como dice Llerena(3)(458), es una diferencia fundamental. La disposición de los bienes a título gratuito por testamento se hace muy próxima a la muerte y es difícil conocerla antes.

II. PARA TESTAR, LA PERSONA DEBE ESTAR EN SU PERFECTA RAZÓN

Sus condiciones: inteligencia y voluntad. Dementes, interdictos y no interdictos. Accidentes, embriaguez, etc. Intervalos lúcidos.

Para poder testar, es preciso que la persona esté en su "perfecta razón", dice el art. 3615. Es difícil determinar en qué consiste la perfecta razón. Machado(4)(459) sostiene que para obrar con perfecta razón son necesarias dos condiciones: la sanidad de la inteligencia y de la voluntad, es decir: el querer y el comprender.

La primera se refiere a la comprensión del acto y de sus consecuencias; la segunda, a la determinación de manifestar la voluntad consciente y de ejecutar el acto.

El Código exige algo más que no estar demente: ha exigido una "razón perfecta", un estado normal y sano, porque una persona, sin ser declarada demente, puede no estar en perfecto estado de razón, por cualquier causa. Y para anular un testamento, basta probar que en el momento de otorgarlo el disponente no estaba en su perfecta razón.

Nuestros tribunales(5(460)) anularon un testamento por incapacidad mental de la testadora, que no había sido declarada demente, sobre la base de las conclusiones del fiscal Cortés(6)(461), que sostenía que una persona con ataques de apoplejía queda con su mente debilitada y su inteligencia más o menos oscurecida, no encontrándose en condiciones de otorgar válidamente testamento.

El art. 3615 Cód. Civil abarca dos órdenes de circunstancias relativas a la falta de aptitud del testador; una: la falta de perfecta razón, que puede ser causada por embriaguez o todo otro accidente que prive de ella; otra: la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

demencia, excusable por los condicionados intervalos lúcidos a que se refiere el segundo párrafo.

Coinciden con el dicho de Vélez Sársfield en la nota al art. 3615, lo expresado sobre en qué consiste la "perfecta razón", que hemos visto, Machado(7)(462), Llerena(8)(463) y Fornieles(9)(464) .

La ausencia de "perfecta razón" puede deberse a una enfermedad - enfermedad que, a veces, la doctrina sólo enuncia escuetamente - , según De Gásperi(10)(465), si bien, en otras ocasiones precisa circunstancias: "enfermedad que le privaba (al causante) de su sana razón"; como si tuviera delirio ocasionado por la enfermedad, Machado(11)(466); delirio febril, para Degni(12)(467); epilepsia, el mismo Degni; sueño hipnótico, según Lafaille(13)(468); sonambulismo (Lafaille, Degni, obs. cits.).

Nuestra jurisprudencia ha fijado ya que "las enfermedades no son causa de infirmación(14)(469) del acto, sino en el caso en que sus efectos se hacen sentir sobre las facultades intelectuales, perturbándolas completamente(15)(470). De modo que la enfermedad involucrada en la locución "todo accidente" de la nota al art. 3615 tiene que incidir de modo decisivo sobre la mente del causante, hasta el punto de que lo prive de conciencia.

Es indispensable que el trastorno sufrido por el testador tenga tanta importancia psicológica como para que sea capaz de abolir completamente su conciencia y su libertad para actuar, según Degni (locución citada y la jurisprudencia italiana que menciona). La pérdida de la razón existe cuando el espíritu del testador se halla oscurecido por una causa cualquiera, como la embriaguez, los alcaloides, o como consecuencia de ciertas enfermedades(16)(471)

Se ha resuelto que el parálítico general progresivo es capaz de testar si conserva el mínimo de facultades necesarias para la vida de relación y administración de sus bienes, no revela el testamento otorgado síntomas propios de la locura parálítica y son coherentes y explicables sus disposiciones de última voluntad(17)(472). Pero, cada caso debe apreciarse en concreto; no basta para anular el testamento, si no se acredita que los estupefacientes han alterado la voluntad y disminuido el psiquismo, y han hecho víctima al testador de esos resultados(18)(473).

Debe demostrarse que el alcoholismo ha alterado las facultades mentales del testador y que no se encontraba en el uso de su perfecta razón al momento de su otorgamiento(19)(474). Si se prueba que el causante, en el acto de testar, presentaba un cuadro de confusión mental y agotamiento físico con secuelas de paralización, debe juzgarse que no se hallaba en su perfecta razón (20)(475). Si el testamento ha sido otorgado antes de la declaración de demencia, debe presumirse la sanidad mental del testador(21)(476). La palabra "notoriamente" debe entenderse como algo público, que está en conocimiento de cuantos viven en el lugar en que reside el causante(22)(477) .

El artículo 3615, Cód. Civil, no es inútil, como se ha sostenido por algunos, porque si bien para los actos jurídicos la persona debe estar en su perfecta razón (art. 921, Cód. Civil), por doctrina general, los actos ejecutados por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

una persona que no está en su completa razón no pueden ser anulados después de su muerte, cuando la incapacidad ha sido declarada en juicio (art. 474, Cód. Civil).

Y el artículo, como hemos expresado, hace una excepción al principio general, estableciendo que los dementes no pueden testar en manera absoluta, de modo que, después de su muerte, sus disposiciones testamentarias pueden ser atacadas, porque ese es el momento en que ellas van a ser ejecutadas.

El Código menciona solamente "los dementes" porque es la expresión genérica que designa todas las variantes de la locura; todas las enfermedades de la demencia conducen a la falta de deliberación y voluntad. Esa locución comprende la locura total, parcial, la tranquila o delirante, el furor, la monomanía, el idiotismo, etc.; también la embriaguez y todo accidente que prive de la completa razón. El juicio de los médicos no puede ser siempre el de los magistrados, para Troplong. La última voluntad debe nacer de un espíritu sano, sin entrar en distinciones. Los jueces deben tener la facultad de apreciación para decidir; son cuestiones de hecho que deben apreciarse en cada caso.

En cuanto al "intervalo lúcido", no es una remisión accidental y pasajera del mal; es preciso que sea una vuelta completa a la razón. Como sostiene el codificador en la nota, es lo que los romanos llamaban *perfectissima intervalla*.

De la nota de Vélez Sársfield se deduce que los dementes declarados en juicio son incapaces de testar.

Cuando el art. 3615 habla de los dementes que pueden testar en los intervalos lúcidos, no comprende, pues, a los declarados en juicio, como dicen Machado(23)(478), Prayones y Dassen(24)(479).

La ley no ha pretendido, en ningún momento, equiparar en esta materia las dos categorías de dementes: interdictos y no interdictos.

Cuando dispone que "los dementes sólo podrán hacerlo en los intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos y prolongados para asegurarse que la enfermedad ha cesado para ese entonces", se refiere a los dementes no declarados en juicio.

Nuestro Código, a semejanza del francés, permite impugnar por causa de enfermedad mental el testamento realizado por un demente no declarado en juicio; pero autoriza al mismo tiempo que se alegue la existencia de un intervalo lúcido. En esto concuerda el pensamiento de Montarcé Lastra(25)(480). Están en contra Zachariae(26)(481), Demolombe(27)(482), Acollas(28)(483), Merlin(29)(484) y, entre nosotros, Llerena(30)(485), Bibiloni(31)(486), Iburguren(32)(487) y Fornieles(33)(488).

Si se demostrara que estaba ebrio o en estado de delirio, con motivo de una enfermedad momentánea, el testamento sería nulo, aunque el individuo hubiera estado en su sana razón antes, y volviese a ese estado, desapareciendo la enfermedad, sostiene Demolombe(34)(489); el delirio febril, por ejemplo, podría producir la falta de sanidad de espíritu que obstaculiza la facultad de disponer, de que habla el art. 901 del Código Civil Francés.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Para Coin Delisle(35)(490), cuando una pasión es llevada a tal exceso de violencia que produzca delirio o la pérdida de la inteligencia, manifestada por signos exteriores, puede declararse en juicio que el testador no estaba en su sano juicio en el momento de hacer el testamento. Pero esos estados deben tomarse con prudencia; por eso desechan, esos autores, la teoría de Bigot Préameneu, que admite la nulidad de testamento por odio; pues esta pasión, como la cólera, no priva de la sanidad de la razón. Coincidimos con Demolombe, que aconseja tener cuidado en estos casos.

De la nota de Vélez Sársfield se deduce que los dementes no declarados pueden hacerlo en los intervalos lúcidos; que no se pueden atacar los actos entre vivos (como hemos dicho en párrafos precedentes) realizados por los no declarados dementes, pero sí los testamentos, porque el ejercicio de las facultades intelectuales debe exigirse con más vigor en las disposiciones gratuitas.

Los vicios que alteran la voluntad, como la violencia, el dolo y el error, también pueden ser causa de nulidad, porque, siendo el testamento un acto jurídico, se encuentra sujeto a las leyes que lo gobiernan y le son aplicables los arts. 1041 y 1046, Cód. Civil. Sobre los intervalos lúcidos no se puede dar una regla absoluta; se juzgará cada caso según las peculiaridades y circunstancias de que esté rodeado.

Finalmente, en parte alguna del Código se autoriza a hacer testamento a los dementes declarados en juicio, ni a los púberes menores de 18 años; por esa razón el codificador no ha reglamentado la forma en que podrían hacerlo en los intervalos lúcidos.

Si el demente estuviera en su sano juicio, lo que correspondería, previo informe de los médicos legistas, es levantarle la interdicción, como dice Prayones(36)(491).

No se puede afirmar que la enfermedad no volverá, por lo que habría razones para mantener la interdicción y presidir la confección del testamento, como sostienen Vazeille, art. 901; Demolombe, XVIII, 335, 371, 373 y 377; Coin Delisle, art. 901, Code Civil français; y Cód. Civil argentino, arts. 54, inc. 3º; 141, 143, 3606, 3614, 3616, 3709 y 3827.

III. PRESUNCIÓN DE LA LEY. ART. 3616 DEL CÓDIGO CIVIL. VALOR DE LAS ENUNCIACIONES DE LOS ESCRIBANOS. PREVALENCIA DE LA PRESUNCIÓN. NECESIDAD DE LA PRUEBA EN CONTRARIO. REVOCACIÓN DEL TESTAMENTO

Aunque el art. 3615 señala que es preciso estar en "perfecta razón" para poder testar, como hemos dicho anteriormente, el art. 3616 establece la presunción de que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario(37)(492).

La presunción de la ley se ajusta a la realidad de los seres vivientes; la normalidad es el común denominador; lo anormal entra en la patología.

La presunción legal que supone a toda persona en el goce de sus facultades mentales, mientras no se pruebe lo contrario, se halla robustecida por la intervención en el acto de un escribano que, como dice la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nota del art. 3616, Cód. Civil, "no tiene misión de comprobar auténticamente el estado mental de aquellos cuyas voluntades redacta"; ello no obstante, sabe, por razón de su cargo, que los insanos no pueden testar y faltaría a sus deberes legales y morales si a sabiendas autorizara el testamento de un demente o por lo menos no hiciera constar cualquier duda que tuviera sobre el particular; en otros términos: cuando extiende el acto, implícitamente va su concepto de que el otorgante está en su sano juicio, como aseveraron los doctores Juárez Celman, Repetto, de la Torre y Pera, en el fallo(38)(493).

Como sostiene el codificador en esa nota, las enunciaciones valederas del escribano son las relativas a la sustancia misma del acto y a las solemnidades prescritas, lo que robustece el pensamiento de que el estado de salud puede probarse por todo género de pruebas.

El principio dominante es que nadie puede ser tenido por demente mientras la demencia no haya sido declarada; por eso el art. 3616 presume que toda persona está en su sano juicio, con una salvedad: mientras no se pruebe lo contrario.

La presunción legal de capacidad es de tal trascendencia jurídica que no cede sino ante la demostración fundada en hechos fehacientemente comprobados de un estado de fundamental irresponsabilidad(39)(494).

La atestación del escribano sobre la salud mental del otorgante nada aumenta legalmente a la presunción de capacidad que ampara a todo testador, mientras no se pruebe lo contrario; y, tan innecesaria resulta como requisito formal del acto, que el escribano puede satisfacer cumplidamente su misión sin conocer siquiera al testador, pues este conocimiento no se lo exige ninguna disposición legal, ha dicho la Cámara de Apelaciones de Azul(40)(495). Afirmación esta última que no compartimos como lo hemos esbozado en otro estudio(41)(496).

Que es asunto ajeno al cometido del escribano lo relativo a la constatación de la capacidad física del testador, insistimos, lo asevera el propio codificador en la nota con que ilustra la disposición del art. 3616 del Cód. Civil.

Presumiendo la ley que toda persona está en su sano juicio, mientras no se pruebe lo contrario, el testamento dictado por ésta ante escribano público es válido, si reúne satisfactoriamente todos los requisitos y solemnidades legales(42)(497).

Las afirmaciones del escribano relativas a la salud del disponente no tienen mayor relevancia en este aspecto, y tan así es, que la Cámara de Apelaciones de Santa Fe(43)(498) ha resuelto que el testamento en que el escribano expresa que el testador se encuentra enfermo -"el que, aun cuando ha perdido el uso de la palabra debido a un ataque, se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales", dando a entender su voluntad de testar por acto público, "si además es analfabeto"- es nulo por infringir los arts. 3617, 3613, 3632, 3651, 3656, 3657 y 1044, Cód. Civil.

La atestación del escribano sobre la capacidad mental del testador no es requisito que la ley exija para el acto, y su inserción en la escritura no constituye una prueba al respecto. Troplong, fuente directa y confesada del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

art. 3616, Cód. Civil argentino, comentando el art. 901 Code Napoleón (t. 2, pág. 55), sostiene: "La alegación del escribano que el donador o el testador son sanos de espíritu, no es obstáculo para la prueba en contrario." "El escribano no juzga de la capacidad de los individuos y sobre todo de una incapacidad moral o interior." "Pero lo cierto es que el notario no se pronuncia más que sobre apariencias."

La nulidad del testamento debe encararse en un doble aspecto: a) la prevalencia de la presunción de hallarse en su sano juicio; b) la obligación de demostrar, por quien la alega, la falta de perfecta razón en contemporaneidad con el acto del otorgamiento(44)(499) y la probanza debe ser decisiva y concluyente(45)(500).

La ley exige expresamente que el testador "esté en su perfecta razón al tiempo que otorga el testamento", arts. 3613 y 3615, Cód. Civil, y a quien pidiese la nulidad le incumbe probar que no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones (art. 3616, Cód. Civil). A tal efecto puede usarse cualquier medio de prueba, como sostienen Laurent, t. II, N° 117, y Demolombe, t. 18, N° 364, entre ellos, la testifical; pero las declaraciones han de recaer sobre hechos concretos; la simple afirmación de que a juicio del testigo se trata de un demente carece de eficacia(46)(501).

La prueba de la incapacidad del causante no está sometida a restricciones de ninguna naturaleza; pero ella debe alejar toda duda, máxime cuando se encuentra con un testamento otorgado por acto público, como dice Demolombe(47)(502). La presunción está fundada en la ley y la naturaleza, que el hombre es, en general, sano de espíritu y que la demencia es un accidente, una excepción.

Para Planiol-Ripert(48)(503) la prueba es difícil, por lo que la jurisprudencia ha aceptado ciertos atenuantes, y para la Corte de Casación basta el estado habitual, sin que sea necesario evidenciar que, en el acto mismo, su autor carecía de lucidez mental.

La materia que se plantea se reduce a una cuestión de hecho, que deberá dilucidarse analizando los antecedentes de la vida del testador, sus costumbres, su posición social, sus gustos, desentrañando de todo ello si la expresión de última voluntad está o no acorde con lo que resulta del análisis hecho.

La conclusión a que se arribe debe estar desligada de la justicia o la injusticia que el testamento pueda acarrear con el cumplimiento de sus disposiciones y, por lo tanto, el análisis que la determine debe concretarse a averiguar tan sólo si ha podido o no ser la pura expresión de una voluntad libre y consciente, o si ha mediado la sugestión dolosa de un tercero sobre una voluntad enferma, como dicen Machado(49)(504), Segovia(50)(505) y Marcadé(51) (506). Para Fornieles(52)(507), la prueba más importante consiste en la rectitud y buen sentido de las disposiciones; si se hallan bien concertadas y responden a las afecciones presuntas del testador, basta para decidir la duda en favor de la capacidad.

En el mismo sentido, Llerena(53)(508), en apoyo de la validez del testamento, dice: "si sus disposiciones guardan consecuencia con los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

antecedentes del testador, con su vida, con su posición social, con sus gustos y hasta con sus vicios", y ver si las disposiciones guardan relación con lo que se desprende de esos elementos.

Enseña Prayones(54)(509): todo testamento razonable o razonablemente hecho hace presumir la capacidad del testador. Y De Gásperi(55)(510), recordando a Troplong, manifiesta: si el testamento refleja la cordura del causante, es inobjetable. Tal es la orientación general: Messineo, 7-101; Planiol y Ripert, con la colaboración de Trasbot, 5-195 N° 181(56)(511).

La debilitación de las facultades del testador, que no llega a determinar la ausencia de razón, no anula el testamento(57)(512). En cambio, es nulo el testamento otorgado por una octogenaria, en razón de surgir de las pruebas producidas un cuadro de confusión mental y agotamiento físico - la testadora no pudo firmar el testamento - , con secuelas que evidencian la imposibilidad en que se hallaba la causante de manifestar su voluntad con perfecta razón y sano juicio (arts. 3606, 3615, 3616, Cód. Civil), a lo que se agrega que todas las circunstancias que rodearon el otorgamiento del acto fueron también anormales (arts. 900, 921, 1045, 3606, Cód. Civil)(58)(513). Como sostiene Fornieles(59)(514), la amplitud del art. 3616, Cód. Civil, permite al juez moverse en un amplio terreno, declarando incapaces a una serie de anormales sin ser propiamente alienados, como los débiles de espíritu, seniles, simples, etcétera.

El testamento es un acto de liberalidad que, para ser válido, debe otorgarse con toda libertad y espontaneidad, es decir, libre de captación y sugestión, y de maniobras o prácticas artificiosas o de engaños(60)(515). Como dice Machado(61)(516), todo se reduce a una cuestión de hecho.

El que afirma que el testador no estaba en su sano juicio debe probarlo; y el que sostiene la validez, debe probar que se otorgó en uno de los intervalos prolongados, cuando se tratase de la locura en que había cesado la enfermedad.

El codificador, si bien admite la incapacidad para que el demente manifieste su voluntad, también admite la prueba contraria para demostrar que fue hecha en un intervalo lúcido.

Cuando la demencia ha sido declarada, los médicos deben calificarla (art. 143, Cód. Civil) y decir si el enfermo tiene intervalos lúcidos o no; en este caso la prueba es más fácil, y quien sostiene la validez debe probar que fue otorgado en uno de esos intervalos. Cuando no ha sido declarada, la prueba es más difícil. Esos intervalos son estados anormales del demente. En el primer caso el juez sabe si es posible; pero en el segundo tendría que probarse que la enfermedad es sólo por intervalos y que en uno de esos momentos otorgó el testamento.

Lo que se dice respecto del testamento es aplicable a su revocación.

El demente que tiene intervalos lúcidos puede revocar un testamento anterior y aun otorgar otro en la misma forma y con las mismas reglas (arts. 3613 y 3827, Cód. Civil)

El Código de California, como expresa Llerena(62)(517), en sus arts. 3416/3420, establece reglas precisas para estos casos y exige que el juez y los facultativos examinen al disponente para conocer el estado mental del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que desee otorgar testamento por acto público y, si el resultado es favorable, se hará en presencia de ellos, el escribano y los testigos. Es una medida de seguridad que evita cuestiones y pleitos y que debió ser incorporada por el codificador.

Para anular el testamento, la Cámara Civil(63)(518) ha determinado que es necesario que la demencia sea el estado habitual de la persona, por eso el art. 3616 admite que pueda ser un estado pasajero y que desaparezca la enfermedad, como enseña Troplong(64)(519). La embriaguez priva de la completa razón y este estado de enajenación está comprendido en la primera parte del art. 3615, como se sostiene en la nota.

Por lo tanto, el que afirma la validez debe probar que no estaba ebrio y que recobra sus plenas facultades cuando no está bajo los efectos del alcohol. Por lo contrario, si no es el estado habitual, el que alega la nulidad debe probar que estaba ebrio.

Los estados de pasión violenta o la vejez pueden ser motivo de nulidad; pero, como hemos afirmado, todo es cuestión de hecho. El juez es el autorizado en presencia de los hechos probados para declarar si el testador estaba o no en uso de razón al otorgar el acto.

Como surge del fallo que ha motivado este estudio(65)(520), no se ha demostrado la incapacidad de la testadora, mediante declaraciones testimoniales, que dan cuenta de la declinación física lógica en una persona de 87 años; cuando otros testigos aseveran que se trataba de una persona muy activa, que conservaba su vitalidad, ya que, hasta un mes antes de su deceso, subía y bajaba las escaleras.

Tampoco puede admitirse que el dicho de un testigo, que afirma conocer el último deseo de la testadora, prevalezca sobre lo expuesto y afirmado por ella ante un escribano, con todas las formalidades exigidas por la ley. Y, como se afirma en esa sentencia: Es cosa imposible testar en el mismo momento de la muerte; por lo que, vista la incertidumbre de ese momento, es a menudo conveniente expresar la voluntad que debe valer como última en una época anterior, razón por la cual el art. 3631 del Cód. Civil supone que el testador persevera en el deseo expresado en un testamento válido - cualquiera que sea el tiempo transcurrido - mientras no sea revocado.

Esta potestad de quien testa, de modificar su voluntad, no requiere más fundamento que el deseo del testador expresado con las solemnidades que la ley señala.

IV. EL PRINCIPIO DEL ARTÍCULO 992 DEL CÓDIGO CIVIL

a) Testamento delictuoso. Prescripción; b) Ley aplicable en el acto de testar y en el momento de su ejecución.

El art. 992 del Cód. Civil, en cuanto prohíbe a los testigos y al oficial público que lo extendió contradecir, variar ni alterar su contenido, tiene por fin garantizar la fe que la ley asigna a los instrumentos públicos.

Como sostiene el codificador en la nota, si los testigos instrumentales o el oficial público pudiesen, por sus declaraciones ulteriores, contradecir o alterar el contenido de un acto, no habría derecho alguno seguro constituido

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

por instrumento público. Este principio sólo cede si el testigo, al desdecirse, invoca que testificó el acto mediante dolo o violencia.

Consecuente con estas normas, la mencionada sentencia(66)(521) es correcta en cuanto mantiene la validez del testamento, por no haber demostrado los impugnantes la irrazonabilidad del cambio del testamento y ser la carga de la prueba a su cargo.

Si se hubiera logrado probar que el instituido heredero ha obtenido que se otorgara el testamento a su favor mediante procedimientos dolosos de captación de voluntad del causante, aprovechando las deficiencias físicas de éste, propias de su avanzada edad, hubiera correspondido pasar los antecedentes a la justicia de instrucción(67)(522).

La justicia del crimen ha establecido que si la testadora era una alienada mental y la firma del testamento de que se trata fue el resultado de un delito, tales hechos son irrevisables por la justicia civil, puesto que se opone a ello el principio de la cosa juzgada.

El carácter de instrumento público de un testamento otorgado por acto público, y sus efectos plenos, mientras no sea argüido de falsedad, vale cuando da forma a un acto voluntario lícito, no cuando es el resultado de un delito.

No es indispensable que un precepto legal expreso fulmine la nulidad de un acto delictuoso, dado que su antijuridicidad, que sirvió para prohibirlo y penarlo, lleva implícita su invalidez civil; lo contrario importaría vulnerar el orden jurídico, que sirve de base a toda sociedad bien organizada.

Por tal motivo, sobre la base del art. 18, Cód. Civil, la Corte Suprema de la Nación ha declarado que las nulidades absolutas no son susceptibles de prescripción en orden a que lo inmoral, lo que es contrario al orden social, lo que se reputa inexistente por falta de formas sustanciales no puede subsanarse con el transcurso del tiempo.

El acto será siempre inmoral, contrario al orden público o carente de las formas indispensables a su existencia, cualquiera que sea el número de años que hayan pasado desde su celebración. El tiempo es impotente para transformar lo inmoral en moral, lo ilícito en lícito, lo informal en formal, y siempre el acto conservará el vicio original(68)(523) .

Es imprescriptible la acción civil de nulidad de un testamento fundada en que su firma fue resultado de un delito del derecho penal. El orden público, la moral y las buenas costumbres no estarían suficientemente tutelados si los efectos de la sentencia condenatoria en materia penal se redujeran a aplicar la pena sin otra virtualidad, permitiendo al delincuente usar y gozar libremente del producto del delito.

Un último aspecto que debe contemplarse en cuanto a la calificación de la capacidad de testar es el que se trata en el art. 3613, Cód. Civil y su nota.

Como muy claramente lo explica el codificador, abolida entre nosotros la confiscación de bienes y no perdiéndose el derecho de testar por sentencia de muerte ni por ninguna pena, debe atenderse sólo al tiempo en que se otorga el testamento para decidir sobre la capacidad del testador, como se dispone en el texto del artículo.

Es una confirmación de la norma del art. 3611, Cód. Civil, en cuanto que la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ley del domicilio del testador, al tiempo de hacer su testamento, es la que decide sobre su capacidad o incapacidad para testar.

Pero, una cosa es la ley que se toma en consideración para determinar la capacidad para testar, y otra distinta, la que debe tenerse en cuenta para establecer la validez o invalidez del contenido del acto.

Es suficientemente clara la nota del art. 3612, Cód. Civil, en el sentido de que la ley que contempla la legítima de los herederos forzosos, si fuere distinta, en el momento del otorgamiento del acto, de la vigente en el instante de su muerte, se debe resolver la validez o invalidez de acuerdo con la vigente en el domicilio del testador al tiempo de su muerte.

Como afirma Prayones(69)(524), una ley posterior al otorgamiento del acto no tiene efecto alguno respecto de la capacidad para testar (art. 3611, Cód. Civil).

En cuanto a la validez de las disposiciones contenidas en el instrumento, se aplica la ley del domicilio vigente al fallecimiento del testador.

Porque ya no se trata de la capacidad del disponente o de la forma del instrumento sino de la ejecución del testamento.

V. CONCLUSIONES

El estudio realizado nos permite llegar en este tema a las siguientes conclusiones:

1º Sólo pueden testar quienes se encuentren en su perfecta razón.

2º Los dementes declarados tales en juicio no pueden hacerlo ni aun en intervalos lúcidos; para ello, previamente debe levantárseles la interdicción.

3º Los dementes no declarados pueden hacerlo en intervalos lúcidos prolongados.

4º La locución "dementes" empleada por el codificador comprende todos los aspectos que presenta esta enfermedad y los accidentes como la beodez, etcétera.

5º La presunción del art. 3616 del Cód. Civil, en el sentido de que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario, sólo puede ser destruida por la prueba concluyente que produzca el impugnante.

6º En contrario, el que sostiene la validez también debe probar que el testador se encontraba en su sano juicio al otorgar el instrumento.

7º Las enunciaciones de los escribanos sólo tienen valor en cuanto a la sustancia del acto y el cumplimiento de las solemnidades prescriptas por la ley.

8º Es asunto ajeno al escribano la constatación de la capacidad física del testador.

9º La sanción dispuesta en jurisdicción criminal lleva implícita la invalidez civil del testamento. Esta nulidad absoluta no es susceptible de prescripción.

10º Para determinar la capacidad de testar debe estarse a la ley del domicilio del testador al tiempo del otorgamiento del acto.

11º En cambio, para calificar la validez de las disposiciones testamentarias es aplicable la ley en vigor en el domicilio del disponente a la fecha de su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

fallecimiento.