

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

***LOS TESTIGOS EN LOS TESTAMENTOS***

FRANCISCO FERRARI CERETTI

**SUMARIO**

I. La abrogación de los testigos en las escrituras reconoce limitaciones. II. La capacidad para ser testigo. III. La opinión común respecto de la capacidad. IV. La capacidad debe existir al tiempo de la confección del testamento. V. Conocimiento del testigo por el escribano. VI. Entendimiento del idioma extranjero. VII. La residencia en el distrito en que se otorga el testamento. VIII. La edad de los testigos, IX. El parentesco. X. Los parientes del escribano, los dependientes de su oficina y sus domésticos. XI. Los defectos físicos. XII. Los privados del uso de razón,

**I. LA ABROGACIÓN DE LOS TESTIGOS EN LAS ESCRITURAS RECONOCE**

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

**LIMITACIONES**

Como norma general de las escrituras públicas, el Código Civil establecía que debían ser firmadas por los interesados en presencia de dos testigos, cuyos nombres constarán en el cuerpo del acto y autorizada al final por el escribano (art. 1001, Cód. Civil).

Siendo la escritura pública una especie de los instrumentos públicos, esos dos testigos instrumentales debían reunir las condiciones indispensables que para desempeñarse como tales fija el Código en el art. 990.

La supresión con carácter general de 108 testigos instrumentales en las escrituras públicas, dispuesta por la ley 15875(1)(583), como sostuvimos en oportunidad de su sanción(2)(584), tiene limitaciones, en los casos que el Código exige su presencia en forma expresa.

Tal sucede con los testamentos, en los que el codificador ha atribuido importancia capital a los testigos, a los que dedica un capítulo especial en el Libro IV, Sección 1ª, Título XIII: "De los testigos en los testamentos", que reglamenta las condiciones o requisitos que ellos deben reunir.

La razón, como sostiene Prayones(3)(585), es que los testigos en los testamentos son requeridos ad solemnitatem.

La presencia de ellos es tan necesaria como la del escribano, porque ambos son los que en realidad otorgan el testamento.

La ley los exige con el propósito de que la expresión de voluntad del causante sea rodeada de las mayores garantías para impedir fraudes o falsificaciones.

De tal manera, el testamento por instrumento público debe ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar (art. 3654, Cód. Civil).

En los pueblos de campaña, si no hubiere escribano en el distrito de la Municipalidad del lugar, lo que es muy difícil que suceda en esta época(4)(586), debe hacerse ante el juez de Paz y tres testigos residentes en el municipio.

Si el juez de Paz no pudiere concurrir, debe hacerse ante alguno de los miembros de la Municipalidad y tres testigos (art. 3655).

El pliego que contenga el testamento cerrado debe entregarse a un escribano en presencia de cinco testigos residentes en el lugar, de los cuales tres, por lo menos, deben firmar por sí (art. 3666).

En los testamentos especiales, en tiempos de guerra, puede testarse ante un oficial, que por lo menos tenga el grado de capitán, o ante un intendente del Ejército o ante el auditor general y dos testigos (art. 3672).

Si el disponente se hallare enfermo o herido, puede otorgarse ante el capellán o médico o cirujano que lo asista, y si se hallare en un destacamento, ante el oficial que lo mande, aunque sea de grado inferior al de capitán (art. 3673).

Los que navegan en un buque de guerra, podrán hacerlo ante el comandante del buque y tres testigos (art. 3679).

En los buques mercantes, bajo la bandera argentina, podrán hacerlo el capitán, su segundo o el piloto y tres testigos (art. 3683).

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

En los casos de peste o epidemia, si no se encontrare en el pueblo o lazareto escribano ante el cual pueda hacerse el testamento por acto público, podrá hacerse ante un municipal o ante el jefe del lazareto, con las demás formalidades prescriptas para el testamento por acto público (art. 3689), es decir, con la presencia de tres testigos.

El Código Aeronáutico(5)(587)admite que pueda ser otorgado ante el comandante de la aeronave, debiendo aplicarse las leyes especiales sobre la materia, por lo que debe hacerse ante tres testigos.

Finalmente, el argentino o el extranjero domiciliado en el país, en caso de hallarse fuera de la República, puede testar ante un ministro plenipotenciario del gobierno, un encargado de negocios o un cónsul y dos testigos domiciliados en el lugar donde se otorgue el testamento (art. 3636).

En los testamentos consulares, los testigos pueden ser argentinos o extranjeros, domiciliados en el lugar en que se otorgue.

La ley, en este caso, nada dice sobre la edad de los testigos, lo que se explica porque en algunos países la mayoría de edad se alcanza antes del límite fijado por el Código argentino.

El testamento consular no se encuentra legislado entre los testamentos especiales; forma una categoría aparte que la ley considera por separado.

No están sometidos a las formas estrictas de los testamentos ordinarios, desde que sólo se exige la presencia de dos testigos.

Se ha pretendido que las leyes 4711 y 4712 de Organización del Cuerpo Diplomático(5bis)(588), que facultan a los funcionarios diplomáticos (art. 19) y consulares (art. 15) a autorizar cualquier acto notarial, en la forma y condiciones requeridas por las leyes de la Nación para la validez de los instrumentos públicos, obligan a los cónsules a observar las mismas formalidades de los testamentos ordinarios, lo que no es así, como sostienen Fornieles(6)(589)y Fassi(7)(590), y lo ha establecido la Cámara Civil 2ª de la Capital(8)(591)al disponer que no están sometidos a otros requisitos que los fijados por el art. 3636 del Cód. Civil, y, en consecuencia, no los perjudica la omisión de la edad ni el hecho de que sólo sean dos.

En la mencionada sentencia, con nota de Carlos Alberto Lazcano, se ha dejado aclarado con toda agudeza que las leyes 4711 y 4712 no han derogado los arts. 3636 y 3637, Cód. Civil, y que éstos conservan toda su validez.

En tal carácter es dable afirmar que estos artículos son una excepción a las normas que en materia de testigos establecen los arts. 3655, 3657 y 3701 del Cód. Civil.

Los arts. 3636 y 3637 consignan que los testamentos otorgados ante un ministro plenipotenciario o ante un cónsul deberán contar con la presencia de dos testigos argentinos o extranjeros domiciliados en el lugar donde se otorgue el testamento.

En esos casos, como en los testamentos especiales, nuestra legislación tiene un régimen mixto impuesto por las necesidades.

Nuestra legislación determina que el que testa en la República debe sujetarse al Código Civil, cuyo contenido tiene carácter imperativo en materia de testamentos.

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

Existen razones de orden público que obligan a no admitir otras solemnidades que las previstas en nuestra legislación.

No ocurre lo mismo, por razones comprensibles, en cuanto a los testamentos que se otorgan fuera de la Nación.

En estos casos, el art. 3635, Cód. Civil, admite que rija la norma locus regit actum, de lo que disiente Machado(9)(592).

En todos los casos los testigos deben reunir las condiciones impuestas por el Código, para no ser causa de nulidad del testamento.

Esas condiciones tienden a asegurar la validez del instrumento y las estudiaremos a continuación.

## II. LA CAPACIDAD PARA SER TESTIGO

Como principio general, todas las personas a quienes la ley no se lo prohíbe pueden ser testigos en los testamentos (art. 3696).

También con carácter genérico el Código dispone que la incapacidad no se presume y el que la alega debe probarla.

En principio, todas las personas que en el Título XIII o en otras disposiciones del Código no son declaradas incapaces, están facultadas para ser testigos en los testamentos.

Como el Código ha establecido una legislación especial para los testamentos, la doctrina aparece dividida; así, según Llerena(10)(593), no les son aplicables las normas generales de los arts. 990 y sigtes.

Su capacidad o incapacidad debe juzgarse por el título específico exclusivamente, como sostiene Demolombe(11)(594).

Como ley especial, este título del Código deroga las disposiciones de carácter general establecidas en otra parte del mismo.

Tal el hecho de ser sacerdote, a que se hace referencia en el art. 990, no obstante lo cual puede serlo en un testamento.

La incapacidad que no tenga un efecto determinado, como la de no poder aprovecharse de lo que disponga el testador, mencionada en el art. 3664, produce siempre la nulidad del testamento.

La capacidad es cuestión de forma, y la forma es indivisible y exigida bajo pena de nulidad.

Como sostienen Laurent(12)(595) y Demante(13)(596), la presencia del escribano y del número de testigos capaces es esencial tanto en el testamento público como en el cerrado.

Por tanto, si el notario o un testigo es incapaz, el testamento es absolutamente nulo en el todo, por estar viciada la sustancia misma. Tales son la doctrina y la jurisprudencia universal aceptadas.

Para Segovia(14)(597), nuestro Código más que el francés contiene una legislación completa en materia de testigos, respecto de quiénes son incapaces, por lo que está exclusivamente reglada por este título. Así es como pueden serlo los dependientes de otras oficinas, los religiosos y los comerciantes fallidos no rehabilitados, a quienes les está vedado serlo respecto de los instrumentos públicos por el art. 990, pero que no están

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

comprendidos en las prohibiciones del Título XIII.

En contrario, Machado(15)(598)sostiene que las afirmaciones de Llerena y de Segovia van muy lejos. Desde que, si bien el testamento por acto público está sujeto a su legislación especial, como escritura pública debe llenar los requisitos de ésta. En cambio, al testamento cerrado, como no es una escritura pública, se le aplican las disposiciones particulares del Título XIII del libro IV. cuando el testamento forma parte del protocolo, es una cosa distinta, y, además de esas disposiciones particulares, les son aplicables las normas relativas a las escrituras públicas, como la del art. 1005, relativa al orden cronológico.

Existen normas comunes del art. 990 que están comprendidas en el título específico y otras no. Así, los que no saben firmar su nombre no pueden ser testigos en los instrumentos públicos, pero pueden desempeñarse como testigos en los testamentos por acto público y en los cerrados, siempre que haya un número suficiente para firmar por ellos. Los sordos y los mudos no están incluidos en la enumeración del art. 990, por lo que pueden desempeñarse como testigos en los instrumentos públicos, pero no pueden serlo en los testamentos porque se lo prohíbe expresamente el art. 3708.

Respecto de los mudos, existen discrepancias entre los tratadistas franceses, como indica el codificador en la nota, habiéndose inclinado por la ley romana, basado en que la explicación por signos equívocos nunca podría dar al Juez evidencia de lo que al otorgarse el testamento había visto o entendido.

Por el art. 990 pueden ser testigos en los instrumentos públicos los domésticos del escribano, pero no pueden serlo en los testamentos porque en el art. 3707 se los menciona expresamente.

Para Machado, en los testamentos por acto público deben relacionarse las normas generales con las del título particular, porque si éste no hubiera existido siempre se hubieran aplicado aquéllas. Con lo que disentimos por la sencilla razón de que la materia ha sido legislada en el caso particular y debe aplicarse la máxima specialia generalibus derogant como dice Llerena. Por tanto, las disposiciones particulares ordenadas por la ley son aplicables a los testigos en las diversas clases de testamentos en los que se exige su presencia. En consecuencia, debe reputarse capaz toda persona a quien la ley no le prohíba serlo; lo que explica la afirmación final del art. 3696, en el sentido de que quien alegue la incapacidad debe probarla.

Para Segovia(16)(599), la incapacidad puede probarse por cualquiera de los medios ordinarios de prueba, sin necesidad de argüir de falso el testamento.

La ley no dice que no puedan ser testigos los comprendidos en el Título XIII, sino que en el art. 3696 habla de aquellos a quienes no les prohíbe la ley.

Es de preguntarse: ¿Qué ley? La respuesta, sin lugar a dudas, es el Código Civil, y entonces a los testamentos por escritura pública les es aplicable el art. 990.

Pero no es aplicable a los testamentos especiales, en los que otras personas desempeñan el papel de "ministros de la fe".

En cambio, los jueces de Paz y los municipales están comprendidos,

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

cuando actúan a falta de escribano

**III. LA OPINIÓN COMÚN RESPECTO DE LA CAPACIDAD**

El art. 3697 posibilita que el testigo incapaz pueda ser considerado capaz, si, según la opinión común, fuera tenido como tal. La creencia general no es suficiente en esta materia, sin embargo; pues, como sostiene el codificador en la nota, para salvar la nulidad del testamento es necesaria la concurrencia de una serie de actos que constituyan una posesión de estado.

El error debe ser invencible, no es suficiente que la apariencia de la capacidad haya sido tal que en concepto de cualquiera pueda aparecer como capaz.

El conocimiento que el escribano tenga del testigo, agregado a la opinión general de capacidad, es lo que disculpa el error e impide la nulidad del testamento. Pero es necesario que exista una razón para errar. El error debe ser común y posible, por eso, como dice el codificador en la nota, si no tiene esos caracteres no hay capacidad putativa.

Es necesario que el error sea invencible, como decimos en el párrafo precedente, lo que no ocurre con la edad o el parentesco, salvo, como dice Vélez Sársfield, que en circunstancias extraordinarias no fuese posible averiguar la edad o el parentesco del testigo.

Demostrada la incapacidad, el que alegue la validez del testamento debe probar el error común. El error de que habla el artículo se refiere a la incapacidad de hecho, porque la de derecho no es excusable, a menos que una disposición expresa así lo establezca.

Así, si se creyera que un legatario puede ser testigo, ese error no impediría la nulidad del testamento, aunque todos los vecinos pensaran que podía serlo; ello porque, repetimos, la opinión común sólo puede referirse a las calidades de hecho.

Por eso es fundamental el conocimiento que el escribano debe tener del testigo. En ese sentido, Babiloni(17)(600)proponía agregar al final del art. 3697 lo siguiente: "y el escribano no conociere la incapacidad", argumentando que "El hecho de que el notario conoce o debe conocer la incapacidad no impide la nulidad, fundado en el error de los otros; no es, entonces, error común".

**IV. LA CAPACIDAD DEBE EXISTIR AL TIEMPO DE LA CONFECCIÓN DEL TESTAMENTO**

Para ejecutar cualquier acto jurídico, el otorgante debe ser capaz en el momento de formación del acto. De la misma manera, para atestiguar en un testamento, el testigo debe ser capaz en ese instante.

Si el testigo no ha sido capaz antes de la celebración del acto o después de otorgado, no perjudica la validez. Lo mismo sucede en cualquier clase de instrumento público; para juzgar la capacidad de hecho del agente se

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

atiende al instante en que el acto se realiza. Como sostiene Demolombe(18)(601), no interesa la incapacidad anterior o posterior al acto. Es de hacer notar que el interdicto no puede serlo, aunque tenga intervalos

**V. CONOCIMIENTO DEL TESTIGO POR EL ESCRIBANO**

Como sostiene Machado(19)(602), cuando el escribano concurre a otorgar un testamento público o cerrado debe necesariamente conocer al testador y a los testigos, porque si no conociera al primero no podría afirmar que tal persona es la que ha manifestado su voluntad en esa forma y lo mismo ocurre con los testigos.

En los testamentos, cualquier formalidad exigida por el legislador no es prescrita como medio de prueba sino como forma esencial, y la falta de una sola anula el testamento.

Cuando la ley exige que los testigos deben ser conocidos del escribano, excluye por completo a los que no conozca. El objeto de que la ley exija que el escribano conozca a los testigos es que aquél pueda dar fe de la capacidad de estos.

Un escribano que no conozca a los testigos no puede dar fe de que viven en tal parte y que tienen tal nombre, como dice Llerena(20)(603); ésta es a causa por la que el art. 3654, y se explica en la nota, exige que los testigos sean residentes en el lugar en que se otorga el testamento.

De la misma manera, cuando el art. 3657 exige bajo pena de nulidad que el testamento contenga el nombre de los testigos, su residencia y edad, es para que el escribano conscientemente afirme que los testigos tienen el nombre puesto en el cuerpo del testamento y son residentes en ese lugar. El escribano debe hacer esta afirmación con un conocimiento personal y no como mera fórmula.

Los testigos que debe traer el testador no basta que sean de su conocimiento sino que también deben serlo del escribano, a quien, como sostiene Prayones(21)(604), deben certificarle que el disponente es efectivamente la persona cuyo nombre invoca.

La Cám. Civ. 1ª Cap.(22)(605) y la Suprema Corte de Tucumán(23)(606), por el contrario, han sostenido que "los testigos instrumentales no certifican la identidad del testador, bastando que éste sea del conocimiento del escribano. Si no lo es, entonces juegan un rol importante los testigos, pues es de aplicación al caso lo dispuesto por la ley para las escrituras públicas (arts. 992, 1002, 3699 y demás concordantes del Código Civil).

Por su parte, la Cám. de Apel. Civ.(24)(607) ha sentenciado que "para la validez del testamento basta que el escribano conozca a los testigos aunque estos no lo conozcan a él".

Hace largo tiempo que hemos sostenido, con carácter general, que los testigos deben ser de conocimiento del escribano(25)(608). Si los testigos no son conocidos del escribano, dispone el art. 3699, puede exigir, antes de otorgar el testamento, que dos testigos le aseguren su identidad y residencia. Se sigue aquí la misma norma del art. 1002, respecto de la

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

.justificación de las partes no conocidas por el escribano, que deben justificar su identidad personal por medio de dos testigos que el escribano conozca.

Estas formalidades, bajo pena de nulidad, como dice el art. 3657, deben constar en el instrumento mismo, porque no puede buscarse fuera del testamento la prueba de que se han llenado los requisitos formales, como lo dispone concluyentemente el art. 3627.

El conocimiento, como sostiene Demolombe(26)(609), no es una mera fórmula que no afecte al testamento, sino de la esencia de la forma del testamento(27)(610).

En contrario, la Cám. Civ. 1ª v la Cám. Civ. 2ª(28)(611)han establecido: "La circunstancia de que el escribano no haya hecho constar que los testigos conocían al testador, no prueba lo contrario, ni es causa de nulidad del testamento".

Como afirma Fornieles(29)(612), esta doctrina parece prescindir del art. 3627, enseñando que el escribano sólo queda obligado a dejar constancia de aquellas formalidades que expresamente la ley ha mandado asentar; en cuanto a lo demás, deben ciertamente observarse, y si se prueba que no han tenido lugar, se producirá la nulidad, pero no es causa de nulidad el hecho de no constar su cumplimiento en la misma escritura.

Para aventar toda posible cuestión, Bibiloni(30)(613)propone reproducir el art. 3699, agregando a continuación: "Lo hará constar así en el testamento. y firmarán con los demás testigos del acto, bajo pena de nulidad del testamento".

## **VI. ENTENDIMIENTO DEL IDIOMA EXTRANJERO**

El Código exige a los testigos de los testamentos una doble condición; según el art. 3700, deben: a) entender el idioma del testador y b) entender el idioma en que se extiende el testamento.

No tienen los testigos la facilidad que el art. 3663 acuerda al testador, cuando no conoce nuestro idioma, de valerse de dos intérpretes, que harán la traducción en castellano, debiendo en tal caso escribirse el testamento en los dos idiomas, a diferencia de las demás escrituras públicas, que, según el art. 999, deben hacerse de conformidad con una minuta firmada por las mismas partes, que, traducida, deberá quedar agregada al protocolo.

En ambos arts. 3663 y 3700, los testigos deben entender uno y otro idioma, pues, en contrario, como sostiene Machado(31)(614)y lo confirma Vélez Sársfield en la nota, siguiendo a Troplong(32)(615), no basta con que el testamento se traduzca, porque los testigos, si no entienden el idioma, no pueden saber si la traducción es exacta.

El testigo, como afirma Prayones(33)(616), no puede valerse de un intérprete, sino que directamente debe conocer los dos idiomas.

## **VII. LA RESIDENCIA EN EL DISTRITO EN QUE SE OTORGA EL TESTAMENTO**

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

La ley (art. 3701, Cód. Civil) dispone que los testigos deben tener residencia en el distrito en que se otorga el testamento. Esta norma ratifica el art. 3654, en cuanto manda la presencia de tres testigos residentes en el lugar, y el art. 3657, en cuanto a que, bajo pena de nulidad, el escribano debe consignar la residencia de los testigos.

Como dice el codificador en la nota, las leyes españolas exigían la vecindad, lo que es motivo de discusiones. Juzga suficiente la residencia en el lugar, porque ella es suficiente para probar la identidad y la individualidad de los testigos.

El codificador respecto de la residencia ha usado diversas acepciones: en el lugar (art. 3654); en el municipio (art. 3655) y en el distrito (art. 3701). Según Machado(34)(617), todas ellas deben ser tomadas como equivalentes del distrito, departamento o subdivisión administrativa o judicial que el escribano tenga señalado para actuar.

Este artículo sólo tiene aplicación en los testamentos por acto público y en los cerrados, pues en los que se otorgan en circunstancias extremas no es posible exigir la residencia. En esta materia es necesario hacer excepciones, con lo que concuerda Segovia(35)(618), en el sentido de que no es posible hacer extensiva la disposición al testamento marítimo como al militar.

Para Llerena(36)(619) es una consecuencia del art. 3699 e importa una repetición del art. 3654, por lo que ha podido suprimirse. De lo que disiente Machado, puesto que el art. 3654 sólo habla de los testamentos por acto público y esta norma tiene aplicación en los cerrados, y, además, no es una consecuencia del art. 3699, dado que el escribano puede conocer personas que no residan en el lugar, y esa circunstancia no sería suficiente para habilitarlos como testigos.

Al respecto, la Cám. Apel. Cap.(37)(620) ha establecido que: "la ley exige bajo pena de nulidad la designación de la edad, residencia, etc., de los testigos", lo que hace imposible toda interpretación ante el precepto de que "lo claro no puede interpretarse".

Conforme con este criterio, la Cám. Apel. Mendoza(38)(621) dijo: La disposición del art. 3657 es clara y precisa, de modo que no habiéndose hecho la designación de la residencia de los testigos no cabe interpretación alguna, ya que esa omisión legal precisa anula el testamento hecho ante el juez de Paz que ofició como escribano (art. 3655).

Por su parte, la Cám. Civ. y Com. de Rosario(39)(622) ha sentenciado: La ley, al hablar de testigos, no pide el domicilio, conformándose con la residencia, por las razones que explica la nota al art. 3654.

Para Fornieles(40)(623) es indiferente la residencia en cualquier lugar adonde alcance la jurisdicción de ese municipio y aun cuando el testigo resida fuera del territorio asignado al escribano para el ejercicio de sus funciones. Al decir vecinos, el testamento cumple con el art. 3657, pues basta una mención directa para satisfacer el imperativo legal.

El hecho de que en la escritura no mencione que el testamento se hizo en la zona rural de Marcos Paz, pues dice que se hizo en su domicilio, y el

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

disponente habitada en jurisdicción de Marcos Paz, es causa para desistir de la impugnación, como se dice en esa sentencia.

En algunos fallos, Cám. Civ. 1ª(41)(624), se ha establecido que la mención de la residencia se encuentra cumplida si el escribano hace constar que todos los testigos "son vecinos hábiles de esta ciudad" o se indica su domicilio, aunque no se indique si es real o legal.

En contra, la Cám. Civ. 2ª Cap.(42)(625)ha dicho: La omisión de la residencia de los testigos del acto vicia de nulidad el testamento. La exigencia de que los testigos tengan su domicilio o residencia en el lugar se aplica a los instrumentales no a los de conocimiento (art. 1002), ha sostenido la Cám. Civ. 2ª(43)(626).

La doctrina encabezada por José María Moreno(44)(627)ha sido seguida por la Cám. Civ.(45)(628), en el sentido de que la falta de la residencia es causal de nulidad, porque son datos que hacen a la identidad e individualidad del testigo.

Sin embargo, en algún fallo se ha dicho: Cuando el testigo está afincado en la ciudad de Buenos Aires v en él se indica la calle y el número del domicilio de los testigos, es obvio que tal dirección alude a la ciudad en que el testamento se suscribió, con lo que está cumplida la exigencia de que los testigos sean residentes en el lugar (arts. 3654/3655, Cód. Civil).

Bibiloni(46)(629)ha propuesto agregar en el art. 3701, después de "residencia en", "el pueblo o distrito rural", con lo que se zanjarían muchas discusiones.

## **VIII. LA EDAD DE LOS TESTIGOS**

Al igual que con la residencia, el art. 3657, Cód. Civil dispone, bajo pena de nulidad, que el escribano debe designar la edad de los testigos. Completa esa norma el art. 3705, en cuanto exige que los testigos sean varones, mayores de edad.

Respecto del sexo, después de la ley 11357 de Derechos Civiles de la Mujer y de la 17711 de Modificación del Código Civil, en cuanto a que la mujer mayor de edad, cualquiera que sea su estado, tiene plena capacidad civil, es indudable que la incapacidad contenida en el art. 3705, respecto de ella, ha desaparecido.

En la Argentina, desde 1926, la mujer es hábil para ser testigo en los testamentos. Lo mismo había ocurrido en Francia; el Código Napoleón fue modificado por una ley de 7/12/897, permitiendo a la mujer ser testigo en los testamentos.

Respecto de la edad, la ley 17711, al sustituir el art. 126, Cód. Civil, ha limitado la minoridad a los 21 años, de modo que, a partir de la fecha en que los menores cumplen los 21 años, tienen plena capacidad para desenvolverse en la vida civil.

Y en cuanto a los menores emancipados por disposición del art. 128, cesa su incapacidad a los efectos de los actos de la vida civil, sin depender de formalidad alguna y con las solas limitaciones impuestas por los arts. 134 y

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

135, Cód. Civil. De modo que también pueden desempeñarse como testigos en los testamentos.

En contrario, Fassi(47)(630) sostiene que los menores emancipados, capaces de serlo en las escrituras públicas (art. 990), no pueden serlo en los testamentos. Pensamos que aquí sucede lo mismo que con el Código Napoleón, que fue modificado posteriormente por la citada ley de 7/12/897 y por la del 12/8/902. Las leyes 11357 y 17711 han producido cambios substanciales en cuanto a la capacidad de los menores emancipados, según hemos dicho en párrafo precedente.

Los Códigos que tuvo a la vista Vélez Sársfield no contenían la edad ni la incluyen los que se han sancionado después, ni es teóricamente defendible, para Fornieles(48)(631). Pero los términos de la ley son categóricos; el art. 3657 es categórico y debe cumplirse.

Como sostuvo el fiscal Vidal(49)(632), una vieja regla de interpretación establece que cuando la ley es clara, no debe interpretarse.

El juez debe siempre resolver según la ley. Nunca le es permitido juzgar del valor intrínseco o de la equidad de la ley.

Alguna vez se ha sostenido que la falta de mención de la edad de los testigos no daña, lo que no es defendible ante los términos categóricos del art. 3657.

Por su parte, el fiscal Matías Mackinlay Zapiola afirmó: "El art. 3657 dispone que el escribano debe, bajo pena de nulidad del testamento, designar el nombre de los testigos, su residencia y edad. Se trata de un requisito esencial para la validez del acto, porque está impuesto por la ley ad solemnitatem.

Dijo Gerónimo Cortés: "La nulidad del acto es manifiesta, por cuanto la ley se pronuncia expresamente".

"Esta circunstancia es la única que la ley requiere para considerar a los testigos hábiles para intervenir en el otorgamiento de un testamento, por lo que concierne a la edad, pero al exigirse que esto se determine, lo que ordena es que se establezca el número de años de cada uno, como un dato que puede ser vital o necesario para comprobar la identidad de la persona".

"La nulidad en que se ha incurrido, es debida a una evidente negligencia del escribano, para quien el fiscal de V.E. solicita del Tribunal una severa sanción disciplinaria sin perjuicio de responder por las demás responsabilidades".

Sobre la base de esos fundamentos, la Cám. Civ. 2ª Cap.(50)(633), y lo que enseña la doctrina (Machado, 9, 553 y Fornieles, 2, 213, Nº 371 ) declaró nulo el testamento, y, atento el art. 213, ley 1893, aplicó una multa de \$ 300 al escribano por la negligencia en que había incurrido.

La doctrina, encabezada por Moreno(51)(634), Prayones(52)(635), Llerena(53)(636) y Machado(54)(637), y la jurisprudencia, Cám. Civ., Fallos, serie 2ª, 5 - 53; Inspección de Justicia, agosto 1913; Cám. Civ., Fallos, 14 - 47; y José María Mustárich(55)(638), son terminantes en sostener que la falta de mención de la edad es causal de nulidad.

Por su parte, Fornieles(56)(639), a pesar de sostener que las formas requeridas deben cumplirse todas bajo pena de nulidad, porque en esta

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

materia no existen formalidades esenciales y formalidades accesorias, critica los fallos que anulan un testamento por haberse omitido la edad, si bien, a continuación, sostiene que es un requisito de forma, con lo que incurre en contradicción.

El convencimiento sobre la necesidad de mantener el carácter solemne del testamento ha engendrado en algunos juristas y jueces un rigorismo exagerado en las apreciaciones de las deficiencias formales que son especialmente rigurosas en los testamentos por instrumento público.

Tan delicado se ha vuelto el mecanismo de tales testamentos que en algunos países, como Francia e Italia, donde las leyes establecen la responsabilidad civil del escribano por los daños y Perjuicios derivados de la anulación (ley francesa del 25 Ventoso - Año XI v ley italiana del 25/5/879), algunos notarios suelen negarse a autorizarlos y procuran convencer a sus clientes de que lo hagan en forma privada (De Gásperi, Sucesiones, t. 3, N° 218), aunque pierdan sus honorarios (Fornieles, t. 2, pág. 224, N° 324), como se ha sostenido en algún fallo(57)(640).

Nuestra jurisprudencia registra algunos fallos muy expresivos de ese ciego apego a las exigencias formales; así, se declaró la nulidad de testamentos en que el escribano se había limitado a consignar que los testigos eran mayores de edad, cuando el Código exige que se exprese la edad del testigo, Cám. Civ. 28 Cap.(58)(641).

Para Borda, felizmente se advierte una notoria reacción contra este rigorismo; así los Tribunales de la Capital, volviendo sobre su anterior jurisprudencia, han declarado que basta que la escritura diga que el testigo es mayor de edad, para reputar cumplida la exigencia del art. 3657(59)(642), y en general se comprueba una mayor elasticidad para interpretar las normas de orden formal.

La nulidad sólo debe declararse cuando se han omitido aquellas formalidades que sirven para asegurar la verdad y autenticidad del acto, sin que el juez deba hacer de cada palabra, de cada coma de la ley, una trampa en la que naufraguen la voluntad del causante y los derechos de los beneficiarios, sostiene Fornieles(60)(643).

En ese sentido, la Cám. Nac. Apel. Civ.Cap.(61)(644)resolvió que el art. 3657, en cuanto exige bajo pena de nulidad que el escribano designe la edad de los testigos de un testamento por acto público, sólo se ha propuesto asegurar la concurrencia al acto, en calidad de testigos, de personas capaces, pero sin exigir la especificación de la edad en números; basta con que se consigne que son mayores de edad, lo cual equivale a expresar, implícitamente, que cuentan con más de 22 años (ahora 21).

La circunstancia de que no se haya mencionado la edad de los testigos, limitándose el escribano a consignar que eran mayores de edad, no invalida el testamento, ha sostenido la Cám. Nac. Civ.(62)(645).

La Cámara señala en ese fallo, como ejemplo de la nueva tendencia jurisprudencial, que la Cámara Civil Primera admitió con fecha reciente la validez de un testamento a pesar de que en él se observaba idéntica omisión (causa 3444, Julio 3 de 1950).

También la doctrina ha evolucionado en el mismo sentido, considerando

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

que la mención por parte del escribano de la mayoría de edad de los testigos es suficiente para tener por debidamente cumplido el requisito correspondiente al art. 3667, Cód. Civil, aun cuando no se determine en cifras cuántos son los años de aquéllos.

Fornieles(63)(646)y Alberto G. Spota(64)(647), entre otros, califican como "formalismo supersticioso", impropio del derecho de nuestro tiempo la idea de seguir el texto literal de la ley, so pena de nulidad absoluta del testamento.

Del art. 3697 y su nota se desprende que la mención de una edad equivocada no anula el testamento, si el testigo es capaz, por lo que resulta válido de acuerdo con el art. 3705 que establece que deben ser mayores de edad.

La Suprema Corte de Buenos Aires(65)(648)ha sentenciado: El art. 3657, Cód. Civil, al exigir que el escribano exprese en el testamento, bajo pena de nulidad, la edad de los testigos, tiende a que se compruebe su habilidad, de modo que el requisito se cumple con la expresión de que ellos son hábiles.

Anular el testamento por falta de mención expresa del número de años de los testigos importa hacer prevalecer una formalidad hueca, desoyendo la voluntad auténtica del testador, máxime si, como ocurre en la especie, no se cuestionan la identidad ni la habilidad de aquéllos.

En esta materia se presentan dos tendencias divergentes, que se alinean así:

La tesis restringida sostiene: La solemnidad sacramental que por esencia define la validez del testamento requiere, respecto de los testigos del acto en la escritura pública, que se exprese el número de años que tiene cada uno, como significación única de su edad.

Es apoyada por: Héctor Lafaille, Derecho de sucesiones, t. 2, pág. 190, N° 256, punto d, 240, 242, 248 y págs. 240, nota 50, y 330, edición 1933; Baldomero Llerena, Concordancias y comentarios del Código Civil argentino, t. 10, pág. 51, Nros. 5 y 554; Salvador Fornieles, Sucesiones, t. 2, pág. 213, N° 371 (aunque señala el exceso de la interpretación restrictiva); Eduardo Prayones, Sucesiones, pág. 353; José María Moreno, Formalidades del testamento público, en Obras Jurídicas, pág. 267, edit. Lajouane, 1883; Juan Antonio Bibiloni, Anteproyecto, art. 27, t. IV, pág. 464, en el que reproduce el art. 3657; Lisandro Segovia, El Código Civil argentino. Explicación y crítica en forma de notas, t. 2, 607, N° 77; José Olegario Machado, Exposición y comentario del Código Civil argentino, t. 9, pág. 553.

La tesis amplia afirma: La edad no es sino un elemento integrante para la identificación del testigo y signo inequívoco de su habilidad, por lo que, expresada su mayor edad, está cumplida la formalidad requerida por el Código en el art. 3657.

Es afirmada por: Alberto G. Spota, "La omisión de la edad de los testigos testamentarios y la ineficacia del testamento por acto público", J.A., 1946 - IV - 360/4; Cám. Civ. Cap., L.L., 63 - 115; Cám. Civ. Cap., Sala C, L.L., t. 40, pág. 419 y t. 202, pág. 281 Luis Jossierand. Derecho civil. t. 3, vol. 3, pág. 28, N° 1283; Marcelo Planiol y Jorge Rippert, Tratado teórico - práctico

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

de Derecho Civil francés, t. 5, pág. 581, N° 555 y t. 7, pág. 788; N° 1445, edit. Cultural La Habana; Enciclopedia Jurídica Juliana, pág. 789, N° 56, vol. 16, pte. 1, ed. 1922; Juan Carlos Rébora, Sucesiones, t. 2, pág. 201, N° 378 (aunque en nota señala que ha de ponerse la edad, no tratando el punto en el texto); Salvador Fornieles, Sucesiones, t. 2, pág. 260, año 1950, y Custodio Maturana, en fallo, L.L., t. 63, pág. 116 (rectifica su opinión anterior).

En conclusión: La posición que sostiene la doctrina sobre la conveniencia y hasta la necesidad de poner dicho dato numérico, ya que haciéndolo se evitan cuestiones como las que se han suscitado, según lo hemos visto precedentemente, en cuanto se trata de adoctrinamiento para juristas y escribanos, con carácter general, en modo alguno es excluyente de toda otra perspectiva que permita llegar a la habilidad del testigo y de su identificación, aludiendo a su mayor edad y con abundamiento al número de años, unido a la expresión de su capacidad, y enlaza la hermenéutica del art. 3657 con lo dispuesto en el art. 3705, que esta reñida con la posición restrictiva.

## **IX. EL PARENTESCO**

El Código contempla varios aspectos en esta materia; así es como determina la prohibición respecto de los ascendientes y descendientes del testador, con una diferencia, respecto de los colaterales o afines, a quienes no alcanza la prohibición, siempre que el testamento en que actúen no contenga alguna disposición en su favor (art. 3702).

Algunos autores franceses citados en la nota, como Durantou, 9, 116; Troplong, Testament, N° 1603; Toullier, t. 5, N° 399; Aubry y Rau, parágrafo 670, admiten que los ascendientes y descendientes puedan ser testigos, si el testamento no contiene alguna disposición en su favor. Vélez los ha excluido, como explica en la nota, por la mutua influencia que pueden ejercer sobre el testador. El Código no ha incluido en la prohibición al cónyuge del testador, por lo que en principio podría ser testigo.

Profundizando el estudio del tema se llega a la conclusión contraria. Pues la influencia de que habla el codificador en la nota al art. 3702 es extensiva al cónyuge, con mucha mayor razón, como opina Prayones(66)(649).

Opinión contraria le merece a Machado(67)(650), porque no se puede extender una prohibición sin una disposición expresa; las prohibiciones no se deducen, ni se crean, es necesario que la ley las establezca, concordando con Saintespés - Lescot, IV, 1113.

De modo que, según él, si no es legatario ni recibe beneficio alguno, puede ser testigo en el testamento de su cónyuge.

Disentimos de esta forma de razonar y nos inclinamos por Vélez Sársfield y Prayones, porque, si se analiza el fondo del asunto, la influencia que el marido puede ejercer es en algunos casos mayor que la de los ascendientes y descendientes, como se ve diariamente en los casos que presenta la vida de relación.

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

Algunos autores explican la omisión por haber sido tomada la disposición de la ley de legislaciones que no reconocen al cónyuge el carácter de heredero forzoso, lo que no ocurre en nuestro derecho. La influencia de uno y otro cónyuge es mayor que la del poder del hijo. Por tanto, si bien no está expresamente determinada, la prohibición debe existir.

Esta norma está estrechamente vinculada con el art. 3706, que hace extensiva la prohibición a los herederos instituidos, a los legatarios y a los que reciben algún beneficio por las disposiciones del testador.

En todos estos casos la ley ha querido asegurar la imparcialidad del testigo, motivo por el cual la prohibición es tan amplia y se acomoda a lo dispuesto por el art. 3664, en cuanto prohíbe aprovecharse de lo que disponga el testador, y es más amplio, puesto que incluye a los parientes o afines, dentro del cuarto grado, de los testigos.

Como lo ha establecido la Cám. Apel. Civil(68)(651), el parentesco sólo es tacha legal dentro de los grados que la ley señala. Para Machado, la prohibición del art. 3706 es genérica, mientras que el art. 3664 está constreñido a un caso particular.

El primero se refiere a la forma, y el testamento en esas condiciones es nulo, salvo que tenga mayor cantidad de testigos que los requeridos por la ley, en que sólo se anula la manda.

El segundo apunta al fondo, y el testamento conserva su validez y sólo se anulan las mandas o legados en favor de los que se encuentran dentro del grado prohibido; pero si los testigos son beneficiarios de la manda y no existe un número de testigos hábiles suficiente, se anula el testamento, porque no han podido ser testigos en él.

En algún fallo(69)(652)se ha dicho: La existencia de un legado prohibido por la ley no anula el testamento. La Cám. Nac. Apel. civil(70)(653)sostuvo, por primera vez, el caso de nulidad de un testamento en que se transgrede la norma del art. 3664, en cuanto a que el escribano y los testigos y sus parientes dentro del cuarto grado no pueden aprovecharse de lo que se disponga en su favor.

La Cámara por mayoría resolvió que el art. 3664 no rige cuando los parientes del testigo lo son también del testador, pues ello está en armonía y lógica concordancia con la solución dada por el art. 3686 (caso de los testamentos marítimos) y 3739 (los parientes dentro del cuarto grado de los confesores del testador).

La interpretación literal del art. 3664 equivaldría a reconocer que el Código resuelve casos similares con criterios diferentes, lo que no tendría explicación lógica jurídica.

El art. 3741, que declara la nulidad de la disposición testamentaria hecha en beneficio del incapaz de recibir por testamento, aunque se haga a nombre de personas interpuestas, es una presunción juris et de jure que no puede extenderse a los parientes colaterales, respecto de los cuales debe admitirse la prueba contraria, tendiente a disipar la sospecha de influencia, interés o coacción moral.

El art. 3664 establece una presunción juris tantum, es decir, susceptible de prueba en contrario.

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

Contra la opinión mayoritaria de aquel fallo, la minoría sostuvo que se introduce una presunción *juris tantum* donde la ley ha establecido una incapacidad o incompatibilidad por razones de autenticidad testamentaria y que las situaciones de los arts. 3686 y 3739 no son análogas al 3664, por cuanto éstos contemplan casos de excepción y que las dos normas son comprensivas de casos distintos.

Planteado nuevamente un caso semejante, la Cámara(71)(654)por mayoría sostuvo que el art. 3664 del Cód. Civil reposa en una presunción de captación de voluntad o sospecha de interés personal susceptible de ser destruida por prueba en contrario, a fin de evitar soluciones injustas que, en definitiva, llevarían a contrariar la voluntad del causante, cuyo cumplimiento constituye el gran propósito de la ley en materia testamentaria, debiendo tenerse en cuenta además, al interpretar la mencionada norma, que por ella no se establece una nulidad absoluta o de pleno derecho ni se halla tampoco entre las situaciones que el propio codificador se encarga de calificar imperativamente nulas (arts. 3608, 3621, 3630, 3639, 3640, 3657, 3658, 3660 y 3686, Cód. Civil).

La norma del art. 3664 no es de aplicación cuando se demuestra en forma acabada que aquéllos en momento alguno se aprovecharon de su condición de intervinientes en el acto para torcer los deseos del causante.

Ese criterio ha sido compartido por Elías P. Guastavino, en la nota del fallo "La prevención del fraude de los testigos testamentarios": "en definitiva puede sostenerse que la correlación del art. 3664 con otras normas que integran el sistema legal autoriza a compartir la interpretación sustentada en el pronunciamiento anotado".

Para Segovia(72)(655), los testigos en tales condiciones no tendrían la imparcialidad necesaria, y si fueren admitidos se abriría una puerta a la falsificación, vergonzoso expediente a que recurren muchas veces la avaricia y la miseria.

Sostiene, en concordancia con Machado(73)(656), que la prohibición no puede hacerse extensiva al testamento cerrado, por cuanto sus disposiciones no son conocidas (secretas) y el testigo no puede conocerlas, y el juez puede resolver que le eran desconocidas.

En definitiva, es una cuestión de hecho, y la dificultad de la prueba no es una razón jurídica para impedir demostrar que el testigo tenía conocimiento de las disposiciones.

Respecto de la prohibición del art. 3706, Fornieles(74)(657)dice que, según el art. 3664, sólo se anulan las cláusulas contenidas en favor del testigo, lo que presupone la validez del testamento, por lo que la opinión más corriente es que no existe nulidad, con lo que concuerda Rébora(75)(658).

Es de advertir, como lo dispone el art. 3703, que el parentesco existente entre varias personas no es obstáculo para que sean simultáneamente testigos en un testamento.

Para disipar toda duda, el codificador, en la nota, ha ejemplificado el concepto, estableciendo que dos hermanos o un padre y su hijo pueden ser testigos en el testamento de una persona extraña o de un pariente colateral y siempre que ninguno de ellos esté personalmente afectado por una

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

incapacidad, como expresa Fassi(76)(659).

Tampoco la ley inhibe a los albaceas, tutores y curadores ser testigos en el testamento en que fueren nombrados (art. 3704).

Para Llerena(77)(660), pueden serlo siempre que en estos testamentos no se disponga algo en su favor, pues entonces aparecen las reglas combinadas de los arts. 3664 y 3706.

Tal sería si se les fijara una remuneración por el desempeño del cargo, porque podría esconder un legado, como sostiene Fornieles(78)(661), a juicio de quien la remuneración siempre debe someterse a regulación judicial.

Fassi(79)(662)reputa una anomalía que el art. 3848 permita al testigo ser ejecutor testamentario, en lo que se contradice, con lo expuesto por el codificador en la nota:

"Las incapacidades relativas a recibir por testamento, no importan incapacidades para ser ejecutor testamentario".

"Sin embargo, el albacea que no pudiese recibir nada como legatario, por ejemplo el confesor, nada tampoco podrá recibir a título de ejecutor testamentario", como sostienen Zachariae, N° 491, y notas 14 y 17 de Massé.

Machado(80)(663)y Lafaille, al igual que Fassi(81)(664), critican la disposición tomada del Derecho francés, porque en éste el cargo de albacea es gratuito, mientras que entre nosotros es remunerado y "bien remunerado". Sostienen que, de reformarse el Código, debería prohibirse a los escribanos y testigos poder ser nombrados ejecutores testamentarios, con lo que, en nuestra opinión, se alejan de la realidad.

En la antigua legislación, dice Machado - y también en la actual, sostenemos nosotros -, el cargo de albacea se confiere a quien goza de la confianza del disponente, y nadie está mejor habilitado que el escribano, que generalmente ha atendido largos años al testador y aconsejado bajo los más diversos aspectos de su vida, que está interiorizado de sus negocios y de sus relaciones familiares, para que aquél le comisione para el cumplimiento de sus mandas.

No cerramos este capítulo sin dejar constancia de que Bibiloni(82)(665)y la Comisión de Reformas de 1936(83)(666)incluyen expresamente al cónyuge, aunque esté divorciado de él o separado de hecho, entre las personas a quienes les está prohibido ser testigos en los testamentos.

**X. LOS PARIENTES DEL ESCRIBANO, LOS DEPENDIENTES DE SU OFICINA Y SUS DOMÉSTICOS**

La ley nos dice, en el art. 3707, que no pueden ser testigos en los testamentos los parientes del escribano dentro del cuarto grado.

Concuera con el art. 3664 en cuanto a que éstos no pueden aprovecharse de lo que se disponga en su favor.

El artículo no hace distingo entre los parientes, de modo que comprende tanto a los legítimos como a los ilegítimos, como sostiene Fassi(84)(667), y

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

también al cónyuge, contra la opinión de Borda(85)(668), y a los afines, según Machado(86)(669) y Segovia(87)(670), quien disiente en cuanto a los parientes naturales porque el Código en otros casos se ha referido expresamente a ellos, arts. 3477 y 3747.

La amistad con el escribano, por estrecha que sea, no inhabilita al testigo, según la Cám. Civil la(88)(671), salvo que fuere dependiente de aquél.

Bibiloni(89)(672) ha proyectado la modificación del art. 3707, disponiendo. "Tampoco pueden ser testigos de los testamentos, los parientes del notario por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado ni su cónyuge, ni los empleados de su oficina, ni sus servidores y domésticos, ni los que acostumbran atestiguar las escrituras de su notaría, ni los dependientes o testigos acostumbrados de otros notarios".

Explica que el art. 3707 omite los dependientes de otras notarías, que el art. 990 equipara a los de la propia.

Afirma que se ha convertido en una irregularidad tan extendida tener testigos acostumbrados en las escrituras, que hay que impedirla enérgicamente en los testamentos.

"Son dependientes o servidores más o menos disimulados. Los protocolos revelan el desembarazo de ciertos notarios. Tanto valdría levantar la prohibición de testificar a los dependientes ostensibles de la oficina Propiamente en tales casos, no hay más testigo que el escribano que actúa".

Esa anomalía, revelada con evidencia en la discusión parlamentaria de la ley 15875, que suprimió los testigos en las escrituras públicas, ha desaparecido por ese motivo, y hoy los testigos en los casos en que son requeridos están presentes en los actos que instrumentan los notarios.

Para Llerena(90)(673) y Segovia(91)(674) no existe motivo para que el codificador haya excluido a los dependientes de otras escribanías en el art. 3707, cuando el art. 990 les prohíbe serlo respecto a los instrumentos públicos en general.

Según Fassi(92)(675), no incapacita para ser testigo la dependencia de otra oficina, la amistad íntima con el escribano y la circunstancia de ser pariente del titular si la escritura fue otorgada por el adscripto, como lo tiene resuelto la Suprema Corte de Buenos Aires(93)(676).

Es de advertir que la misma Corte(94)(677) ha declarado: "El testamento es nulo si uno de los testigos era dependiente del escribano ante quien se lo hizo".

Para la Cám. Nac. Apel. Civ. Cap.(95)(678), el concepto de dependiente del escribano, que impide ser testigos en las escrituras públicas (art. 990), supone una subordinación que de ordinario se traduce en la prestación de servicios por un precio. La dependencia debe ser probada y el criterio Judicial, tratándose de determinar la validez de los actos, debe ejercerse con suma prudencia.

El concepto de dependiente ha sido perfectamente establecido en el fallo de la Cám. Nac. Apel. Civ. Cap.(96)(679), al sentenciar: "Es nulo de nulidad absoluta el testamento por acto público en que se ha transgredido el art. 3707, Cód. Civil, por haberse demostrado que uno de los testigos del acto

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

era dependiente de la oficina del escribano ante el cual se otorgó".

"Ello porque siendo el testamento un acto solemne y trascendental, ha de ser testificado por personas que puedan controlar libremente la fe pública que acuerda el escribano".

En los considerandos de la sentencia se expresa: "El art. 3707, Cód. Civil, en cuanto establece que no podrán ser testigos en los testamentos los dependientes de la oficina del escribano, ha dejado librado el concepto de dependencia a la apreciación judicial, a fin de determinar si las relaciones entre uno y otros impide al testigo gozar de la indispensable libertad espiritual para fiscalizar la fe que da el oficial público; y ello sobre la base de los hechos probados y a la habitualidad, continuidad, permanencia, obligatoriedad y subordinación del desempeño del testigo con relación al escribano".

"No ha podido ser testigo en un testamento quien desempeña en la oficina del escribano, quien extendía de su puño y letra en el protocolo, las escrituras, como asimismo foliaba las hojas, índices y notas marginales, poseía las llaves de la oficina y de la caja fuerte, se hallaba continuamente en la oficina y atendía la clientela, retiraba la correspondencia del casillero. En tales condiciones no puede admitirse que desempeñaba esas tareas por amistad con el escribano, sino en relación de dependencia y subordinación con el mismo.

El criterio legal es amplio y por eso se abandona el criterio de "amanuense" que figura en el Derecho francés, en cuya fuente se inspiró el codificador para tomar el de "dependiente", concepción genérica que comprende a todos los que tienen una relación de subordinación con el principal, cualquiera que sea la tarea que desempeñen.

La tarea del testigo es de contralor, y para ello se requiere gozar de libertad espiritual.

En cuanto a la caracterización de "domésticos", es aleccionador el fallo del Tribunal Supremo Español(97)(680).

Dicho Tribunal admite que dos o más testigos ante los que se otorgó el testamento se domiciliaban en otro lugar y se hallaban circunstancialmente en la ciudad del otorgamiento "por haber ido a efectuar la recolección de la vendimia de la testadora"; sólo residían circunstancialmente en el lugar durante los días precisos para recoger los frutos de sus viñas, sin residencia permanente allí, ni propósito para ello, por lo que no ostentan la calidad de criados domésticos como se pretendía, y ser costumbre brindar alojamiento y alimentación a los trabajadores de esa índole.

En mérito de lo que el Tribunal les negó idoneidad para ser testigos y confirmó la nulidad decretada, agregando que "si bien en los testamentos lo esencial es atender la voluntad manifestada por el testador, los requisitos exigidos por la ley han de cumplirse, para que surtan los debidos efectos las disposiciones testamentarias".

Es oportuno señalar que la palabra "doméstico" a que se hace referencia en el art. 3707, Cód. Civil, indudablemente corresponde a la acepción que da el Diccionario(98)(681), "es la que se aplica y aun a veces con preferencia a los criados que están destinados para el servicio interior de una casa, que

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

viven en ella y se consagran a servicios especiales como cocinero, mucamo, portero, mayordomo, cochero y demás voces que se usan para designar a ese enorme ejército de personas que prestan utilidad en a misma".

## **XI. LOS DEFECTOS FÍSICOS**

El Código procura que los testigos posean condiciones físicas que les permitan cumplir eficazmente su cometido.

Fassi(99)(682)afirma: "Existiendo la posibilidad de recurrir a muchas personas, ¿por qué ha de acudirse a quien no tiene la plenitud de sus facultades físicas para compenetrarse plenamente del acto?".

En tal sentido, el art. 3708, Cód. Civil dispone que: Los ciegos, los sordos y los mudos no pueden ser testigos en los testamentos.

La prohibición es plenamente justificable, desde que el ciego no puede ver al testador cuando se otorga el testamento; ni el sordo oír la lectura, como lo dispone el art. 3658 y lo señalan Segovia(100)(683), Machado(101)(684), Llerena(102)(685)y Fassi(103)(686).

En cuanto a los mudos, aunque supieran escribir y pudieran explicarse, nuestro Código los ha incapacitado, contra la opinión de Machado, quien señala que podrían darse a entender por medio de signos.

Pero la nota de Vélez Sársfield es suficientemente explícita; menciona las posturas contrarias en que están colocados los tratadistas franceses y sigue la ley romana, porque la explicación de los testigos, cuando fuere necesaria, sería únicamente por signos equívocos que no podrían nunca dar al juez evidencia de lo que en el testamento habían visto o entendido.

## **XII. LOS PRIVADOS DEL USO DE RAZÓN**

Los que están privados del uso de razón y los dementes ni aun en los intervalos lúcidos pueden ser testigos en los testamentos, dispone el art. 3709, Cód. Civil. Se siguen aquí los principios expuestos por el codificador en el art. 3615 respecto del disponente.

Cuando la demencia fuere notoria, aunque no haya declaración previa, el tenido por demente no podrá ser testigo, debiendo demostrar la notoriedad el que impugna el testamento.

La ley no distingue entre dementes declarados o no, de modo que no cabe hacer distinciones, y así lo confirma la nota de Vélez Sársfield.

La explicativa nota es suficientemente clara, respecto de los intervalos lúcidos del demente, que podrían existir en el momento de otorgarse el acto y no cuando fuese llamado por el juez a declarar; por lo que basta que la enfermedad pueda volver para excluirlo de la posibilidad de ser testigo, aunque los otros testigos lo crean en un intervalo lúcido, porque su testimonio será necesario todavía para abrir un testamento cerrado, o para reconocer la firma en un testamento militar o marítimo, y es posible que en

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

otros casos que puede ser necesario, el juez se encuentre con que está completamente demente.

La disquisición que efectúa Machado(104)(687)entre dementes declarados o no interdictos no la reputamos válida, ante el texto claro y la explicativa nota del artículo, apoyándonos en Segovia(105)(688), Llerena(106)(689)y Fassi(107)(690).

Para qué recurrir a un testigo objetable, como sostiene el último autor, que genere la posibilidad de una impugnación del testamento.

En cuanto a la expresión "por cualquier causa que sea", referida a la falta de razón, es comprensiva de cualquier circunstancia accidental, como el abuso del alcohol, de estupefacientes, etc., como ya lo hemos dicho en otra oportunidad, al estudiar os arts. 3615/3616, relativos a la facultad para testar(108)(691).