

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EL TESTAMENTO CERRADO

FRANCISCO FERRARI CERETTI

SUMARIO

I. Antecedentes. II. Ventajas. III. Inconvenientes. IV. Requisitos. V. Saber leer. VI. El momento. VII. Los caracteres de la escritura. VIII. No es condición esencial la lectura. IX. A quién corresponde la prueba. X. El caso del sordo y del mudo. XI. Escrito y firmado de su mano. XII. El idioma. Intérpretes. XIII. El pliego interior y otorgamiento del acta. XIV. El requisito de la firma. XV. La entrega del pliego. XVI. Constancias del acta. XVII. Unidad del acta. XVIII. Validez del testamento cerrado nulo, como ológrafo. XIX. Valor probatorio. XX. Obligación de los escribanos por la guarda del testamento.

I. ANTECEDENTES

El testamento cerrado, al igual que el otorgado por acto público, aparece en el derecho romano. Es el testamentum mysticum o "secreto", nombres con los que se designa indistintamente en el Código Civil francés.

Es una forma menos utilizada que las otras, pero se la mantiene en los Códigos por ciertas ventajas que ofrece.

Tuvo su origen en el Bajo Imperio, que admitió que el disponente, habiéndolo escrito con antelación, reuniera siete testigos y les presentara las tablas cerradas en parte, si quería guardar secreto de sus mandas.

En ese caso, los comparecientes colocaban sus sellos y, junto a ellos, cada uno escribía sus nombres(1)(1).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Durante la Edad Media fue permitido en Francia para los países de derecho escrito, siendo desconocido al principio en los de costumbre.

Por Ordenanza de 1735 se extendió a todo el territorio.

En el antiguo derecho español, siguiendo las fuentes romanas, está expresamente legislado.(2)(2)Nuestra legislación, en el Libro 4º, Título XII, Capítulo III, arts. 3665 al 3670 - el art. 3671, si bien colocado en el mismo Capítulo, habla de cualquier especie - , nos conduce al tratamiento del testamento cerrado.

II. VENTAJAS

Esta forma de testar ofrece ventajas en cuanto a su conservación, secreto, escritura y menor rigor formal.

Respecto de la conservación, cuando queda en manos de un escribano, no existe peligro de que pueda ser ocultado o sustraído por quienes puedan tener interés en ello.

Su contenido se conserva oculto, nadie sabe lo que dice, incluido el escribano que firma la cubierta.

En general no es necesario que el testador escriba de su puño y letra el cuerpo del testamento.

Puede valerse de otra persona, lo que proporciona una gran facilidad para que los que no saben o no pueden escribir, siempre que sepan leer, a fin de que puedan fiscalizar la exactitud de lo que han dictado o explicado.

Desde el punto de vista de las formas no es tan riguroso como el otorgado por acto público, y los peligros de nulidad por el incumplimiento de los requisitos son más limitados.

III. INCONVENIENTES

Lo constituyen el elevado número de testigos que requiere la ley para asegurar que no se ha sustituido la hoja que contiene el sobre.

La posibilidad de la suplantación se evita con el requisito de la firma, que en el derecho francés puede ser reemplazada por la de un séptimo testigo(3)(3), lo que no permite nuestra ley, y, en ciertos casos especiales se requiere que sea escrito de puño y letra por el testador, como ocurre en el testamento ológrafo.

IV. REQUISITOS

La ley, al permitir esta forma, ha querido que el disponente pueda mantener oculta su voluntad; de ahí, como hemos dicho, la denominación adoptada por la legislación francesa: testamento místico o secreto.

Al mismo tiempo, evitar la eventualidad de su extravío.

Así como en el testamento ológrafo el art. 3639 impone tres requisitos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

esenciales: a) ser escrito todo entero; b) fechado; c) firmado por la mano misma del testador, en el caso del testamento cerrado, el art. 3665 exige que sepa leer.

Por tal motivo debe reunir las condiciones elementales que determina la ley.

V. SABER LEER

El que no sabe leer no puede otorgar testamento cerrado.

Nuestro Código, apartándose del art. 978 del Código Civil francés, no ha contemplado el caso de que el testador sepa pero no pueda leer.

El objeto es evitar sustituciones y fraudes, como sostienen Machado(4)(4) y Demolombe(5)(5); no sólo debe saber leer sino poder hacerlo.

VI. EL MOMENTO

Se plantea el interrogante de saber en qué momento debe poseer esa capacidad.

Es evidente que ella debe poseerla en el momento de presentar el documento al notario.

Como sostiene Demolombe, si el mismo testador lo hubiera escrito cuando pudo leerlo y no pudiera hacerlo en el acto de suscripción del acta levantada por el escribano, no podría afirmar que el papel presentado a éste como su testamento es el mismo que él ha leído cuando podía hacerlo y que ha habido cambio o sustitución por error o fraude.

VII. LOS CARACTERES DE LA ESCRITURA

En cuanto a la capacidad de leer, si el testador sólo conoce la letra de imprenta, no habría inconveniente, como dice Machado, en que la persona que lo escribe bajo su dictado lo hiciera imitando con la mano ese tipo de letra, a fin de que el disponente pueda leerlo, y lo mismo cabe afirmar para el caso de que estuviera redactado con letras de imprenta, desde que en este caso revestiría el carácter de documento original.

Igualmente cabe afirmar que si se tratara de un ciego y el testamento se hubiera redactado con caracteres salientes (sistema Braille), porque tales personas han aprendido a leer con el tacto, que en ese caso reemplaza a la vista; es evidente que lee con las manos y no con los ojos.

El Código exige que pueda leer su testamento, sin hacer distinciones en el modo, como sostienen Coin Delisle y Mercadé.

Distinto es el caso del ciego que no sabe leer en ninguna forma, en que sería nulo, por la necesidad de saber leer que la ley impone al testamento cerrado.

Si la posibilidad de leer por el ciego no existe, es lo mismo que si no sabe leerlo.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El objeto, según Machado, es que pueda estar seguro de que lo escrito es verdaderamente su testamento y que nadie ha podido sustituirlo.

VIII. NO ES CONDICIÓN ESENCIAL LA LECTURA

No es una condición esencial que el disponente lea el testamento y que se haga constar esa circunstancia.

De lo contrario, no habría testamento cerrado que no pudiera atacarse, cuando lo hubiera escrito una tercera persona y firmado el testador.

Si el testador lo hubiera dictado cuando no sabía leer y sí solamente firmar, y después de haber aprendido a leer lo entregare al escribano, el testamento no podría ser atacado.

Por el contrario, si lo hubiera otorgado cuando pudo leerlo, más aún, si él mismo lo hubiera hecho y lo entregare estando ciego, no valdría según Machado, con apoyo de Demolombe(6)(6), que dice:

"No bastaría que el testador hubiese podido leer en el momento en que la escritura interior se hubiera hecho, si no podía leer en la época en que el acta de suscripción debió ser escrita; porque él no estaría en estado de afirmar que el papel presentado como su testamento, es el mismo que él había leído cuando podía hacerlo, y que no ha habido cambio o sustitución por error o fraude".

Cuando el testador presenta el pliego cerrado al escribano y testigos, manifestando que ésa es su voluntad, recién ha dado valor a lo escrito antes de su firma.

Del hecho de que el testador no haya leído el documento no puede deducirse que no haya tenido participación en él, tanto cuando lo ha dictado a un tercero como cuando lo ha suscrito en blanco y encargado a un tercero que haga el testamento y disponga de sus bienes; porque quien hace el testamento en tales casos no es el tercero, por la sencilla razón de que el testamento no existe, aunque esté redactado y firmado por el disponente, hasta tanto no estén llenadas las formalidades prescritas por el Código para esta clase de disposiciones (arts. 3666 a 3669).

Antes puede llamárselo proyecto o cualquier otra cosa, como dice Segovia(7)(7), pero, como testamento, carece absolutamente de valor, ya que no es ni ológrafo (art. 3639) ni cerrado, ni menos por acto público (arts. 3656 y sigts.).

La circunstancia de que sea el propio testador quien haga la lectura ha sido objeto de controversias en el derecho francés, sosteniendo algunos autores que, si se probara que el testador no ha leído el testamento que acaba de firmar, sería nulo.

En contrario, la Corte de Pau, confirmada por la Casación el 7/5/866, ha sostenido que "los arts. 976 y 978 del Código de Napoleón no obligan a hacer la lectura personalmente, basta haber tenido la posibilidad de hacerlo y de realizarla sin intermediario, sin más contralor que su propia apreciación. Se ha probado que el testador sabía y podía leer; no es a causa de un impedimento cualquiera que no ha leído el testamento, sino que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

voluntariamente no lo ha leído él mismo y se lo ha hecho leer por quien lo había escrito, cuya honorabilidad le era bien conocida, etc. ".

En nuestro derecho no puede haber tales dificultades porque en el art. 3665 el codificador suprimió las palabras "o no pueda hacerlo" del art. 978 del Código francés, expresando solamente: "el que no sabe leer".

No existe disposición alguna en nuestro Código que exija al testador, so pena de nulidad, ni aun como una formalidad esencial, la necesidad de leer el testamento dictado.

Como dice Segovia(8)(8), el testamento valdrá aunque el testador no lo haya leído, con tal que pudiendo hacerlo, lo haya firmado voluntariamente, antes o después de escrito por un tercero, ya que siempre ha podido leerlo, y al presentarlo como su testamento lo ratifica.

La ley se ha contentado con la firma y la posibilidad de leerlo.

La colocación de la firma significa la prueba suficiente de que el testador tenía una certeza, al menos moral, de su verdadero contenido.

Esa certeza puede obtenerse no sólo por la lectura propia, sino por la de otros, ya se haga repetirla al mismo en diversas ocasiones, o hacer leer el testamento por diversas personas, o por el que lo redactó en presencia y bajo el control del heredero único o sólo por éste.

Existe una inmensa diferencia entre la imposibilidad absoluta de leer, para poder cerciorarse de lo escrito en el testamento, y el renunciar a hacerlo, pudiendo perfectamente hacerlo.

No es tan fácil adulterar la voluntad cuando el disponente puede descubrir el fraude inmediatamente.

Por eso la ley se ha contentado con la posibilidad de leer y deja librado a la voluntad soberana de controlar el documento que otro le ha redactado.

La ley debe contentarse con ciertas manifestaciones exteriores de voluntad y no puede descender a detalles que coarten la libertad individual, sin exponerse al peligro de constantes pleitos y a burlar esa libertad.

Si se presenta espontáneamente un documento cerrado que se dice contiene su última voluntad, que ha escrito voluntariamente, no puede admitirse que por sólo no haberlo leído personalmente, se decrete su nulidad.

Como sostiene Llerena(9)(9), no es necesario que conste que ha leído el testamento, desde que está firmado por quien puede leer; lo racional es pensar que lo ha leído, sin que pueda alegarse, como dice Machado(10)(10), por el que lo ataca, que no fue leído, y que no conocía sus disposiciones; porque no es una condición esencial el que lo lea y se haga constar esa circunstancia.

IX. A QUIEN CORRESPONDE LA PRUEBA

La prueba de que no sabía o no podía leer incumbirá siempre al demandante que lo afirma; nunca al demandado.

Las doctrinas de Furgole(11)(11), seguidas por Demolombe y Troplong, Grenier, Merlin y otros autores franceses, para Segovia(12)(12) importan una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

doble violación al principio fundamental en materia de prueba: al actor incumbe la prueba.

Su error consiste en dar la fuerza de presencia de derecho (juris) a simples presunciones de hecho o de hombre (facti vel hominis), que sólo sirven de auxilio al que está obligado a probar. Pero que a diferencia de las legales, nunca pueden tener el efecto de cambiar los roles de las partes en juicio, echando la carga de la prueba sobre la parte contraria.

La violación se produce también a favor del falso principio de que lanegación no es susceptible de prueba alguna (factum negantis nulla est probatio), y a merced de una errada aplicación del equívoco axioma "ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat".

Furgole hace la distinción siguiente: "si el testador hubiere sabido leer, y no lo hubiera podido hacer cuando otorgó el testamento, el que funda la nulidad sobre el hecho de poder leer, es quien debe probar el hecho, a menos que el acto mismo lo justificase; porque la ceguera o el debilitamiento de la vista es un acontecimiento contrario al estado natural. Si por el contrario, la nulidad fuera opuesta porque el testador no sabía leer, o bien el testamento o acto de suscripción del testamento, justifica que el testador sabía leer, como si dijera que ha leído su disposición, o si hay una presunción, como si el testador ha firmado, lo que puede hacer presumir que sabía leer, al que ataca el testamento corresponde la carga de la prueba.

Si no hay presunción alguna de que el testador sepa leer, el heredero que sostiene el testamento debe ser encargado de probar el hecho afirmativo, porque, repetimos, "ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat".

La distinción que hace Furgole, como dice Machado, y que debemos adoptar, hace excepcionalmente raro el caso en que el demandado deba probar el hecho afirmativo, pues las presunciones estarán siempre a su favor, porque la firma que el testamento debe llevar arrojará la presunción de que sabe leer.

El Código de Chile, art. 1022, dice: "el que no sepa leer ni escribir no podrá hacer testamento cerrado", con lo que cierra toda posible discusión: pero el nuestro sólo exige la firma, motivo por el cual Machado critica la nota del art. 3624.

Nosotros pensamos como Llerena(13)(13) que no basta que sepa firmar; es a más necesario que sepa leer, en lo que no habría contradicción con la nota del art. 3624, que dice: "El testamento cerrado no puede ser hecho sino por las personas que saben leer y escribir".

Nos fundamos en que el art. 3665 exige saber leer, y el art. 3666, que "el testamento cerrado debe ser firmado por el testador".

De todos modos será necesario que cuando se redacte el pliego por el notario, se especifiquen ambos extremos, con lo que se evitarán posibles juicios.

X. EL CASO DEL SORDO Y DEL MUDO

El mudo puede otorgar testamento cerrado, pero en tal caso la ley exige

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ciertos requisitos esenciales.

El art. 3668 dice: "El que sepa escribir aunque no pueda hablar, puede otorgar testamento cerrado".

La ley exige en tal caso que el testamento deba estar escrito y firmado de su mano.

Además; al presentarlo al escribano y a los testigos deberá escribir en la cubierta que aquel pliego contiene su testamento.

En los demás deberá observarse lo que queda prescrito para esta clase de testamentos.

El art. 3669 permite al sordo otorgar testamento cerrado, siguiendo a Demolombe, quien afirma que el testador podrá leer por sí mismo la escritura hecha por un tercero y declarar a los notarios - en derecho francés deben ser dos - y testigos que el papel que les presenta - contiene su testamento.

El sordo no puede testar por acto público porque la ley exige que sea leído en presencia del otorgante y de los testigos (art. 3658), mientras que en el testamento cerrado no hay lectura que hacer, siendo suficiente que sepa leer y firmar.

En este caso, como sostiene Segovia(14)(14), el escribano esquivará toda responsabilidad dando a leer al testador el acta de suscripción, ya que a éste no le es posible escuchar su lectura.

Para evitar conflictos en este supuesto es conveniente que el escribano haga constar esa circunstancia en el acta, aunque el art. 3666 no lo exige.

Lafaille(15)(15)sostiene que es indispensable que el testador en tal caso pueda valerse de la escritura, que es un requisito para compensar la condición física en que se encuentra el otorgante.

Antes de que se extienda el acta, el disponente debe dejar constancia bajo su puño y letra en la misma portada del pliego que éste es su testamento, que extiende íntegramente y firma.

De esa manera existe extrema dificultad para el fraude; después de eso, el escribano levantará el acta dejando constancia de esa manifestación que ha sido escrita y firmada en su presencia.

XI. ESCRITO Y FIRMADO DE SU MANO

El codificador se ha apartado aquí del modelo francés (art. 979), que, como en el caso de la forma ológrafa, exige que esté "escrito enteramente, fechado y firmado de su mano".

Mientras que nuestro art. 3668 sólo dice: "ha de estar escrito y firmado de su mano", sin expresar si lo será todo entero.

De modo que si no contuviera palabras o la fecha escrita por una mano extraña no sería nulo, porque no le son de aplicación las disposiciones del testamento ológrafo, y en lo que respecta a la fecha, la da la de su presentación al escribano.

Los autores Machado(16)(16), Segovia(17)(17), Llerena(18)(18)están contestes en que el testamento en tales condiciones tendrá validez.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Desde luego que para que pudiera valer como ológrafo en el caso del art. 3270, como medida de precaución el disponente deberá haber cumplido con los extremos exigidos para los de esta forma.

XII. EL IDIOMA. INTÉRPRETES

Segovia y Machado se plantean el interrogante del idioma en que debe estar redactado, sosteniendo que si el testador no sabe hablar el idioma castellano, sería nulo, porque no le son aplicables las normas del art. 3663 para el público ni las del art. 999 para las escrituras públicas, de lo que disiente Llerena, porque tanto el testamento cerrado como el ológrafo pueden redactarse en cualquier idioma, y éste es nuestro modo de pensar, apoyados en el art. 3641.

Únicamente en la cubierta que debe poner el testador de conformidad con el art. 3668, debe llenarse el extremo del art. 3663 relativo a los intérpretes. Como sostiene Machado(19)(19), en la cubierta el testador debe escribir que aquel pliego contiene su testamento, de modo que si lo hiciera al pie del testamento y, después de mostrarlo al escribano y a los testigos, cerrase el pliego, el testamento sería nulo por no haberse cumplido la ley.

XIII. EL PLIEGO INTERIOR Y OTORGAMIENTO DEL ACTA

El testamento cerrado se compone de dos partes conexas entre sí, pero que forman dos instrumentos distintos:

El pliego interior, que puede ser extendido por un tercero o escrito a máquina - como hemos visto -, y sólo en el caso excepcional del art. 3668 extendido de puño y letra por el disponente.

Y el acta que se levanta sobre la cubierta, en la que deben intervenir el escribano y los testigos.

XIV. EL REQUISITO DE LA FIRMA

El primer requisito del art. 3666 es el relacionado con la firma; dice expresamente:

"El testamento cerrado debe ser firmado por el testador".

Respecto de la firma rigen los principios generales establecidos por el art. 3633, que ya hemos analizado en capítulos anteriores(20)(20).

El testamento será completamente nulo si al procederse a su apertura se encontrase con que sólo estuviera firmado con las iniciales de su nombre y apellido o únicamente se encontrase rubricado, salvo, se sobreentiende, que esa fuera la modalidad empleada por el testador en sus actos.

Fuera de la firma del disponente, no existe formalidad alguna con respecto a lo interno del testamento; puede ser escrito por cualquier persona, incluso por el mismo heredero o legatario; puede contener correcciones que no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sean escritas por la propia mano del testador; es indiferente que el testador lo haya dictado o sólo encargado, dando las directivas y tampoco es necesario que lo haya leído, porque al legislador le basta con que haya tenido la posibilidad de hacerlo.

El legislador sólo exige que sepa leer y pueda hacerlo.

No necesita tampoco que tenga fecha y lugar, porque el contenido interno no es en realidad un testamento hasta que no se hayan cumplido las demás disposiciones establecidas en el art. 3666 y siguientes.

Es un proyecto solamente, aunque si está todo escrito por la mano del testador, fechado y firmado puede valer como testamento ológrafo.

Para nuestra ley el testamento cerrado debe ser firmado personalmente por el testador y no puede hacerlo otro a su ruego.

Le son aplicables las normas del art. 3633 en cuanto a la firma incompleta o irregular.

Así como puede ser escrito por diversas personas, puede extenderse en diversos idiomas, siempre que el testador los entienda y tenga la posibilidad de leerlo.

La forma de un testamento no puede extenderse a los testamentos de otra especie, dispone el art. 3626, por cuyo motivo la prohibición del art. 3653, relativa al parentesco del escribano, sólo rige para los testamentos por acto público y no puede ser aplicada al testamento cerrado, aun frente a la opinión contraria de Llerena(21)(21).

Esto tiene una explicación fundamental: la voluntad del testador está extendida en un pliego cerrado, que, por ser desconocido, lo coloca al margen de toda posible influencia ajena.

XV. LA ENTREGA DEL PLIEGO

El pliego que contenga el testamento debe entregarse a un escribano en presencia de cinco testigos residentes en el lugar o municipio, como expresamente lo dispone el art. 3701.

El testador debe expresar que el contenido de ese pliego es su testamento.

El pliego que lo contenga debe estar cerrado, no siendo indispensable que esté sellado.

A diferencia del Código Civil francés (art. 976), no es preciso que el testador declare que ha firmado el testamento y menos que esto se haga constar en el acta.

Aquella manifestación debe hacerla de palabra, si puede hablar, caso contrario, deberá escribir sobre la cubierta que aquel pliego contiene su testamento, como lo dispone el art. 3668.

XVI. CONSTANCIAS DEL ACTA

El escribano debe dar fe de la presentación y entrega, extendiendo el acta en la cubierta del testamento.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La redacción dada al artículo indica que es el mismo escribano el que debe redactar el acta y que ello debe cumplirse en la portada; son dos circunstancias esenciales que si no se cumplieran invalidarían el testamento.

Así, si el escribano dictara a otro la redacción del acta o si la misma se extendiera en un papel separado, el testamento sería nulo, porque estas circunstancias revisten el carácter de leyes de orden público.

El acta deben suscribirla el testador y los testigos que puedan hacerlo, y, por los que no puedan, los otros a su ruego; nunca podrán ser menos de tres los que firmen por sí, conviniendo que los que no puedan hacerlo estampen su impresión digital, aunque la ley no lo exige, porque es una prueba de que estuvieron presentes.

Si es el testador quien no puede hacerlo por alguna causa que le haya sobrevenido, firmará por él otra persona o uno de los testigos.

A diferencia del testamento por acto público (art. 3662), no es necesario dejar constancia de la causa por la cual no firma, porque la ley no lo exige, pero es conveniente hacerlo, porque sería la forma de contrarrestar un juicio hipotético por quien asegura que no firmó porque se negó a firmar el acta, y con el mismo fin dijera que no podía, pudiendo hacerlo.

Por el motivo expresado no se anularía el testamento, porque la falta de firma en el acta no es de gran importancia, puesto que el testamento contenido en su interior aparece firmado.

Concluye el art. 3666 así: "El escribano debe expresar al extender el acta en la cubierta del testamento - aseveración demostrativa y ratificante de que es el escribano quien debe escribirla - , el nombre, apellido y residencia del testador" - también de los testigos y del que hubiera firmado a su ruego - , como asimismo, "el lugar, día, mes y año en que el acto pasa".

Aquí no cabe sustituir la fecha del calendario por otras enunciaciones equivalentes, porque el escribano otorga un instrumento público que debe contener, bajo pena de nulidad, la indicación de la fecha en que se otorga.

La ley nada dice respecto de la lectura del acta, por cuya causa Machado(22)(22) afirma que no es necesario que el escribano deje constancia de que la ha leído, fundándose en que el sordo puede otorgar testamento ológrafo.

Nosotros reputamos prudente que lo haga.

XVII. UNIDAD DEL ACTO

El gran peligro que ofrece el testamento cerrado es la posibilidad de su sustitución.

Para evitarlo, el art. 3667 manda que: "la entrega y suscripción del testamento cerrado, debe ser un acto sin interrupción por otro acto extraño, a no ser por breves intervalos, cuando algún accidente lo exigiere".

La nota traslada a la legislación española, 1. 3, tít. 1, Partida 6º; al Código francés, art. 976; de Chile, 1023; napolitano, 902; holandés, 987; de Luisiana, 1578, que exigen la unidad de tiempo y acción, porque de otra

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

manera el pliego que contuviese el testamento podría ser cambiado.

El motivo de la excepción es bien claro, como ser: una necesidad física o cualquier causa que provenga de un accidente.

En esto el codificador ha seguido el derecho romano y abandonado el Código francés.

Dice Machado⁽²³⁾(23) que los jueces no pueden arbitrariamente prolongar los intervalos breves de que habla el artículo alegando seguridades tomadas para que el testamento no sea sustituido, y prolongarlos en casos especiales.

Los intervalos breves deben ser exigencias premiosas, que no se refieran a asuntos extraños, aunque pudieran comenzarse y concluirse en breve tiempo.

Si el escribano lo suspendiera por breve tiempo para hacer otra escritura, el acto sería nulo.

El testador puede tomar toda clase de precauciones que repute convenientes para evitar la sustitución y requerir que esas circunstancias consten en el acta de suscripción.

XVIII. VALIDEZ DEL TESTAMENTO CERRADO NULO, COMO OLÓGRAFO

Si el documento encerrado en el sobre reúne todas las condiciones del testamento ológrafo: estar "todo él escrito y firmado por el testador", cuando se produjera la nulidad del acta, valdrá como tal; así lo dispone el art. 3670 del Cód. Civil.

En el artículo se ha omitido la referencia a la fecha, lo que Segovia⁽²⁴⁾(24) atribuye a error del copista, ya que es un requisito esencial según el artículo 3639.

La solución de nuestro Código fue muy controvertida entre los romanistas, como lo recuerda Vélez Sársfield en la nota, figurando entre los que se oponían a ese resultado el célebre Cujacio⁽²⁵⁾(25), fundado en la Novela 2 del Código Teodosiano y en la intención del otorgante que había querido disponer de sus bienes bajo forma determinada, según lo destaca Lafaille⁽²⁶⁾(26).

La equidad y buen sentido rechazan la presunción de que una persona que en efecto ha querido testar, no haya querido dar subsistencia a su última voluntad, habiendo un medio legal para que subsistiera cuando falta el medio que se ha elegido, como dicen Aubry y Rau⁽²⁷⁾(27), Demolombe⁽²⁸⁾(28)- que trata extensamente la cuestión - , y demás autores citados en la nota por el codificador.

XIX. VALOR PROBATORIO

Para determinar el valor probatorio deben tenerse en cuenta las partes conexas que integran esta forma de testar.

En principio, sólo el acta reviste el valor que la ley atribuye a los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

instrumentos públicos, lo que está asegurado por la intervención notarial (art. 979).

En cuanto al contenido del pliego, una simple demanda de nulidad sin necesidad de redargüirlo de falsedad, sería suficiente para discutir su validez, ya que el escribano no fiscaliza ni interviene en el contenido.

XX. OBLIGACIÓN DE LOS ESCRIBANOS POR LA GUARDA DEL TESTAMENTO

El codificador ha impuesto a los escribanos en el art. 3671, cuya ubicación critican los autores Llerena(29)(29), Segovia(30)(30), Machado(31)(31), una obligación de difícil cumplimiento.

Dispone el Código que: "El escribano que tenga en su poder o en su registro un testamento, de cualquiera especie que sea, está obligado, cuando muera el testador, a ponerlo en noticia de las personas interesadas, siendo responsable de los daños y perjuicios que su omisión les ocasione".

El escribano, en el caso del testamento cerrado, está en el deber de guardarlo y, como depositario, es responsable del daño que irroque la destrucción del mencionado instrumento.

Si ignora el deceso del causante o el domicilio de los herederos, es muy difícil que pueda dar cumplimiento a esta obligación que le ha impuesto la ley.

Si se trata de testamentos por acto público, los protocolos pasan al archivo después de cuatro años y por consiguiente dejan de quedar en sus manos, lo que también importa un tropiezo.

Algunos autores se han pronunciado por que la obligación, en estos casos, pase al jefe del Archivo de Protocolos o por la organización a cuyo cargo esté el Registro de Testamentos - que hoy ya poseen casi todos los Colegios de Escribanos de la República -, a los que podrán ocurrir los interesados.

Bibiloni(32)(32) dispone que la obligación pase al sucesor en la notaría, lo que se convierte en causa de mayores dificultades fácilmente imaginables.

La Comisión de 1936(33)(33), en el art. 2022, generalizó la obligación para todo aquel que tuviere en su poder un testamento.

La ley no fija plazo para el cumplimiento de la obligación impuesta a los escribanos, la que debe cesar cuando desconoce el domicilio de los herederos o quienes son los instituidos.

La obligación se torna más grave en el caso del testamento místico, por su carácter secreto.

Los jueces deben tener en cuenta para resolver las cuestiones de daños y perjuicios que puedan presentarse, el deseo de dañar o la mala intención del escribano al ocultar un testamento, a la vez que disculpar un olvido cuando tiene una vida profesional muy intensa que haga presumible la ausencia de aquella intención.

Además cuando el escribano o un particular tienen en su poder un testamento ológrafo o cerrado, deben presentarlo al juez del último domicilio del testador, según lo dispone el art. 3691 del Cód. Civil.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal