

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

TESTAMENTOS(*) (213)

JOSÉ JULIÁN CARNEIRO(**) (214)

I. INTRODUCCIÓN

El testamento es un acto unilateral de disposición de bienes para después de la muerte del testador. Es un acto trascendente que, como todo acto humano, presenta situaciones que, a veces, dificultan la labor del escribano. En muchas oportunidades llega en circunstancias límites, es exigido por el tiempo ante la necesidad de dar cabal cumplimiento a la voluntad del testador, y, en otras ocasiones, quienes lo rodean provocan condiciones conflictivas, que obligan al notario a verificarlas y a obrar en consecuencia. Nos referiremos a los antecedentes históricos y luego a los testamentos ológrafos, por acto público y cerrado, excluyendo el tema de las nulidades, que requiere un tratamiento específico.

II. ANTECEDENTES

En sus antecedentes históricos muy remotos lo que importaba fundamentalmente era suceder en la autoridad; más que la sucesión en los bienes, se quería transmitir autoridad, designar al jefe. En la época romana ocurría exactamente igual: el pater familias designaba a su sucesor. Luego, con el aporte germánico y las costumbres francesas, aparece el testamento como acto de disposición de bienes para después de la muerte. Con esos mismos precedentes se elabora el derecho español - el Fuero Real y las Partidas -, y de allí lo recibimos nosotros. Vélez Sársfield, al redactar su Código, tomó muy en cuenta los antecedentes patrios, que son también los de la legislación española, que en este punto no fueron modificados por las costumbres locales, de tal suerte que el testamento reviste las características de acto de disposición de bienes para después de la muerte, tal como era considerado en la segunda mitad del siglo pasado. Los textos que tuvo a la vista para redactar el Código Civil fueron el de Napoleón, el de Chile, de Andrés Bello, y el proyecto de Código Civil español de 1851, de García Goyena, además de otros que cita en sus notas.

III. EL DERECHO DE HACER TESTAMENTO

¿Es legítimo el derecho de testar? Sí, pues es un derecho natural que proviene del derecho de propiedad, del poder disponer de los bienes; y así como puede hacerse por acto entre vivos, cabe reconocerlo para después de la muerte.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El ánimo que guía al testador es el de beneficiar a quienes lo sucederán, sin perjuicio de que el testamento pueda tener reconocimientos extrapatrimoniales. Pretende proteger a la familia, a determinadas personas dentro de la familia o a extraños. Desde otro punto de vista, determina la posibilidad de acrecentar la riqueza, los ahorros hechos por el testador, en cabeza de los beneficiarios.

IV. ¿QUÉ ES EL TESTAMENTO?

a) El testamento es un acto escrito hecho con las solemnidades establecidas por la ley, por el cual una persona dispone de todo o parte de sus bienes para después de su muerte (art. 3607 del Cód. Civil y su nota). En nuestro derecho siempre es un acto escrito; los testamentos nuncupativos, o sea orales, están excluidos.

b) La expresión de "acto escrito, celebrado con las solemnizadas de la ley", es la definición del testamento como documento.

c) La diferencia del testamento con los actos entre vivos reside en que el testamento es un acto completo, que concluye cuando lo firma el testador, si es ológrafo, o cuando lo firman todos los participantes: el testador, el escribano, los testigos, en los testamentos por acto público.

d) No obstante ser un acto completo, es revocable, y en ello radica el principio de libertad que gobierna la voluntad del testador. Puede dejarlo sin efecto cuando quiera.

e) Dentro de la clasificación de los actos jurídicos (art. 944 del Cód. Civil) es un acto jurídico unilateral (art. 946 del Cód. Civil), pues basta la voluntad de una de las partes para que quede concluido.

f) El testamento no es un proyecto ni una oferta, destinada al heredero para que éste la acepte o no. Su vigencia no depende de la aceptación del heredero sino simplemente de que no haya sido revocado en vida por el testador y produce sus efectos después de su muerte.

g) Cuando se decreta la presunción de fallecimiento por ausencia (ley 14394, arts. 22 y sigts.), corresponde abrir el testamento, puesto que la muerte presunta es equivalente a la muerte física.

h) El testamento es un acto jurídico completo que se pone en funcionamiento a partir de la muerte, y se consolida con la aceptación del heredero. Naturalmente, se extinguen sus derechos con su renuncia, pero bien entendido que la vigencia del testamento no depende ni de la aceptación ni de la renuncia. Por eso se puede decir categóricamente que el testamento es un acto perfecto desde el momento en que ha sido concluido.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

i) Es un acto personalísimo, unilateral; sólo el testador puede hacerlo. Su voluntad debe estar claramente expresada. No debe tener influencias extrañas, los heredípetas deben estar excluidos.

¿Cómo saber cuando ese acto personalísimo responde a la verdadera voluntad del testador? Es difícil e importante la actitud del escribano, quien debe verificar cuándo se reúnen frente al testador voluntades tendientes a torcer sus deseos y cuándo la expresión de éstos es cabal. Mas no hay fórmulas jurídicas sino las que surgen de su propia experiencia, de su buen criterio, a veces de su intuición.

Desde otro ángulo y para afirmar el criterio de acto personalísimo, no se admiten los testamentos conjuntos (art. 3618), porque si dos personas tienen que ponerse de acuerdo para hacer un testamento, se coarta la libertad. Los testamentos conjuntos no tienen vigencia en nuestro derecho, como tampoco los recíprocos, que son contratos para producir efectos después de la muerte, o bien los pactos sobre herencias futuras.

j) Si en un testamento concurren los beneficiarios y aceptan las disposiciones, ¿se perjudica el testamento? No; la aceptación del beneficiario, absolutamente innecesaria para que el testamento valga como tal, no modifica de ningún modo el acto jurídico testamentario, de tal suerte que se tendrá por no escrita. El testamento tiene valor, salvo que a través de la aceptación se revele una implícita captación de herencia.

k) La ley protege la libertad de testar y sanciona a quien la interfiere con la pérdida de la herencia (art. 3296). Es incapaz de suceder quien ha obligado a otro a testar, o ha impedido que testara, o ha impedido que revocara el testamento o cuando lo ha sustraído.

l) Es requisito de gran importancia el determinar el grado de aptitud mental que posee el testador. Este debe obrar con perfecta razón.

¿Qué quiere decir "perfecta razón" ? Que la razón debe ser excelente, debe ser cabal en el momento de testar y en orden a las circunstancias particulares de cada sujeto; mas la perfecta razón no debe valorarse con un criterio objetivo, no es un estándar jurídico igual para todos. La perfecta razón hay que analizarla en cada caso. Cada persona tiene; su perfecta razón conforme a sus antecedentes culturales, su nivel social, su edad y hasta, por qué no, según su enfermedad.

m) ¿El deseo de beneficiar es determinante para la validez del testamento? No es un requisito sustancial porque a veces se testa y no se beneficia. Cuando se hace un legado con cargo que absorbe el legado mismo, no se beneficia el heredero. Quien recibe una herencia cuyo pasivo cubre el activo y debe pagar con su patrimonio las deudas del causante, tampoco se beneficia. Sin embargo, no se perjudica el testamento.

n) ¿Se afecta la validez del testamento cuando en una misma hoja se redactan dos testamentos por dos personas distintas? Si pudiéramos

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cortarla y poner las hojas separadas, cada una de ella valdría por si misma como testamento. Importa determinar si existe independencia intelectual, en cuyo caso no hay testamento conjunto, sino dos testamentos escritos en una misma hoja.

ñ) El testamento requiere unidad. Es sustancial en el testamento por acto público, pero el testamento cerrado como el ológrafo pueden redactarse en varias etapas siempre que, unidas todas ellas, formen un conjunto, una unidad (art. 3828).

V. CAPACIDAD PARA TESTAR

a) La ley establece la capacidad para testar a partir de los dieciocho años (art. 3614). Pero, ¿cuándo se cumplen los dieciocho años? ¿El día del cumpleaños o a partir de la hora 24 del día del cumpleaños? La capacidad, que se adquiere el mismo día en que se cumplen los veintiún años (arts. 126, 129).

¿Lo mismo ocurre con la capacidad para testar? Si se presenta ante el notario un menor que hoy cumple dieciocho años, ¿puede testar? La opinión está dividida. Quienes sustentan un criterio restrictivo dicen que solamente para la mayoría de edad está establecida la excepción, pero como la ley no dice nada para los actos realizados por un menor de dieciocho años sólo podrá testar al día siguiente del cumpleaños. Otros sostienen un concepto contrario: dentro del régimen de capacidad la ley se aplica por analogía. Frente a esta duda considero que la misión del escribano es admitir el testamento, aun corriendo el riesgo de una eventual nulidad.

b) Nos hemos referido a la perfecta razón. La razón es la facultad de discurrir, de entender, de comprender los actos que se realizan. ¿Perfecta es lo excelente, lo mejor, o bien dentro de las circunstancias, lo mejor que se puede? Estimo aceptable este último criterio: debe valorarse al sujeto en orden a sus circunstancias para establecer si tiene la perfecta razón.

Hay situaciones que no son fáciles de resolver. Si se trata de un demente declarado en juicio, ¿podemos decir que tiene perfecta razón? Si es un demente declarado tal, ¿cómo puede sostener un escribano que tiene perfecta razón?; ¿puede aceptar que un demente dicte su testamento?

Se trata de un punto discutido, pero hoy la mayoría de los autores está conteste en señalar que el demente declarado tal en juicio puede testar. La incapacidad como consecuencia de la demencia proviene de la sentencia de interdicción (art. 140). El demente declarado es un incapaz absoluto de hecho (art. 54). Cesa su incapacidad cuando el juez, después de valorar la pericia donde los médicos determinan que ha concluido su enfermedad, dicta sentencia correspondiente levantando la interdicción (art. 150).

Pero entre uno y otro estado puede pasar por muchas situaciones jurídicas. Por ejemplo, cuando los médicos revisan al enfermo y concluyen que ha

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cesado su enfermedad, ya no será demente, pero es un incapaz en sentido jurídico. Entre el momento en que los médicos presentan su dictamen y aquel en que se dicta sentencia, pueden pasar días y a veces, meses.

Si un demente en ese período hiciera su testamento, ¿se le debería privar de valor porque jurídicamente es un incapaz? Esta idea choca contra el buen sentido. En definitiva, ¿tiene o no perfecta razón?

Tiene perfecta razón; mas la ley lo declara interdicto. Por tanto, debe admitirse su testamento. Si el escribano conoce esos antecedentes procesales deberá recibir el testamento de un demente declarado en juicio.

¿Podemos ir más allá en nuestro razonamiento? Cuando no existe pedido de cesación de la interdicción, ¿podrá arriesgarse a asentar su testamento en el protocolo? La situación es más dudosa y por cierto de mayor responsabilidad para el notario, pero en definitiva es exactamente igual a la anterior, si bien con menos apoyo porque no cuenta con una pericia que sirva de medio principal para determinar que la enfermedad ha cesado. Pero no existe razón jurídica alguna para que no pueda admitir el testamento, bien entendido que es un acto de última voluntad.

Si pensamos que el testamento no puede repetirse, ¿por qué no permitir hacerlo en estas circunstancias tan especiales? Naturalmente, la decisión final es difícil, pero cada uno la valorará según su propia responsabilidad profesional. Como la ley permite testar cuando se tiene la certeza de que la enfermedad ha cesado por ese tiempo, como es el intervalo lúcido (art. 3615), puede admitir el testamento de un demente declarado.

c) ¿Pueden hacer testamento los inhabilitados del artículo 152 bis del Código Civil? Pueden ser inhabilitados los toxicómanos, los ebrios, los que tienen disminuidas sus facultades mentales y los pródigos, en las circunstancias previstas por el artículo citado.

Los inhabilitados tienen disminuidas sus facultades mentales, según los supuestos que corresponden a cada una de las categorías, y como consecuencia, la ley les impide realizar actos de disposición de sus bienes. Pueden administrarlos y, a veces, según la índole de la enfermedad, el juez puede prohibirles realizar actos de disposición; cuentan con un curador que no los representa sino que los asiste, es decir, que suscribe conjuntamente con aquél, los actos entre vivos que necesitan de su asistencia.

Como la ley no establece la prohibición de testar, en cada caso habrá que analizar si el inhabilitado tiene perfecta razón para testar, o no. La inhabilitación por sí misma no conlleva una incapacidad para testar. Pero, por el grado de la enfermedad, podrá ocurrir que tenga perfecta razón, o no. Pero los actos de última voluntad no necesitan la asistencia del curador.

Respecto de la senilidad y ancianidad hay que hacer la debida distinción. Anciano es quien tiene muchos años de vida; senil es la persona que padece de una enfermedad que afecta su entendimiento como consecuencia del paso de los años. Tener muchos años no significa necesariamente senilidad; de tal suerte, el anciano puede testar a cualquier edad. La persona que padece de senilidad, en cambio, no puede testar porque no tendrá perfecta razón; para el caso no interesa si existe sentencia

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de interdicción.

d) Ciertas enfermedades no privan de la perfecta razón. Sin embargo, el sordo, el mudo y el sordomudo no pueden hacer testamento por acto público. Quien no sabe o no puede escribir no puede hacer testamento ológrafo y si no sabe o no puede firmar no puede hacer testamento cerrado. ¿La cólera y la ira son causales que impiden testar? En el viejo derecho, Justiniano incorporó una acción que permitía anular un testamento cuando había sido realizado en un raptó de ira del testador. En nuestro derecho la solución es distinta.

¿Tiene perfecta razón quien, al testar, padece de un estado de cólera, de gran enojo? Tendrá que determinarlo el notario en relación con las circunstancias que le indicaren si puede testar en ese momento; es decir, si su razón es completa o no.

En cuanto a los sordomudos, no pueden testar cuando no saben leer ni escribir. Si saben leer y escribir pueden hacer testamento. Cabe aclarar que el sordomudo es un interdicto cuando por sentencia así se lo declara, sobre la base de que no sabe darse a entender por escrito (art. 153). ¿Cuándo se levanta la interdicción del sordomudo? Cesa por sentencia después de verificar que sabe darse a entender por escrito (art. 158). En tanto, es incapaz absoluto de hecho, aunque sepa escribir (art. 54, inc. 4º).

Si en el tiempo posterior al momento en que se dictó la sentencia aprende a escribir, puede hacer testamento aunque no se haya dictado sentencia que levante la interdicción. Los principios son idénticos a los que señalamos respecto de los dementes.

VI. LA FORMA DEL TESTAMENTO

a) El testamento es siempre solemne, ya se trate del ológrafo, del celebrado por acto público o del cerrado. Debe advertirse que el testador puede elegir cualquiera de las formas, pero no combinarlas porque cada una tiene su propia problemática, su propia reglamentación (art. 3626).

En el lenguaje vulgar es común hablar de "codicilo", como aquella disposición testamentaria que complementa a otro testamento. En nuestro derecho no existe el codicilo, porque, según se lo define, es el acto por el cual el testador designa un fideicomisario para que realice su voluntad (art. 3619). Como el testador no puede disponer que otro realice los actos que sólo aquél puede decidir, el codicilo no tiene amparo en nuestro Código. Pero es común llamar "codicilo", en el lenguaje corriente, al testamento que complementa a otro.

¿Es procedente completar un testamento con otro? En alguna época se sostenía que un testamento posterior importaba revocación del testamento anterior (art. 3828) O sea, que no se podían acumular varios testamentos.

Hoy la reforma ha establecido (art. 3828, ley 17711) que los testamentos pueden complementarse. El testamento posterior revoca el anterior solo en cuanto sea incompatible con las disposiciones de éste (confr. art. 3647).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

b) ¿Cuál es la ley aplicable en materia de testamentos? Por un lado, la ley del lugar donde se celebre, y, por el otro, la ley vigente al momento en que se realiza (arts. 3625, 3631, 3634, 3638). Este principio es tanto de derecho local como de derecho internacional, de modo que el testamento realizado por un extranjero en país extranjero, conforme a la ley del lugar donde reside, tendrá validez en nuestro territorio (art. 3638). En cuanto al argentino que viaja al exterior, tiene dos opciones: o bien celebrar el testamento según la ley del lugar donde se encuentre, o recurrir al cónsul argentino y hacer testamento conforme a nuestra ley (arts. 3635 y 3636). Advierto que el cónsul reúne las condiciones de notario en el exterior.

c) La firma es el elemento que da autenticidad al testamento. ¿Qué es la firma? Es el modo particular que tiene cada persona de escribir su nombre y apellido.

Aquellas firmas que no se entienden, que son signos y rúbricas, ¿valen como firmas? De acuerdo con la definición antedicha pareciera que no. Sin embargo, la excepción que contiene el artículo 3633 se convierte en regla; la firma irregular, incompleta, siempre que reúna la característica de ser la que usa el testador para todos los actos cuando se obliga, es firma. Por lo tanto, ese garabato, muy frecuente, es firma.

La firma tiene dos elementos, uno objetivo y otro subjetivo. El objetivo es el grafismo que se repite en todos los actos, y el subjetivo es la voluntad de obligarse.

¿Qué ocurre cuando se pone en un testamento una firma incompleta o distinta de la habitual? No es firma, o sea, que el testamento no es válido.

¿Qué ocurre si alguien que acostumbra a firmar con su nombre y apellido rubrica con un signo distinto del corriente? No se considera firma.

¿Qué sucede si alguien hace dos rúbricas, una más de la habitual? Tampoco es firma, porque la jurisprudencia considera que al colocar estos signos tan extraños se demuestra la voluntad de no querer testar. Frente a los heredípetas, o sea aquellas personas que realizan maniobras dolosas para obtener una herencia, los conforma el testador haciendo una firma aparente, para que después pueda demostrarse que no era su firma.

En algunas oportunidades el testador firma dos o tres veces en forma diferente, pero esa diferencia es provocada por su pulso débil, que intenta firmar pero no consigue hacerlo como acostumbra y repite una y otra vez el mismo acto. En estos casos la firma se ha considerado válida. Más aún: es una reiteración de la voluntad de testar, antes que una causal de nulidad.

Es corriente que en el momento de testar, con la angustia propia que ello significa, al testador le tiemble el pulso y el dibujo que hace de su firma no responde a lo que él quiere. No hay inconveniente en que el escribano le permita firmar otra vez, bien entendido que tal reiteración responda a su perfecta razón.

¿Vale como firma el sobrenombre? En principio si lo usa habitualmente como firma, sí; pero son excepciones. Vélez Sársfield, en la nota al artículo 3639, cita el caso de un obispo que hizo su testamento firmando con una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cruz seguida de sus iniciales e indicando su dignidad eclesiástica. Estimo que debe decirse al testador que firme como lo hace habitualmente. Si el escribano cuenta con algún antecedente de firmas hechas por él en escrituras asentadas en su protocolo, es de buena práctica mostrársela para que las recuerde.

d) Los testigos tienen por fin en el testamento por acto público asegurar la seriedad del acto, la libertad del testador, su regularidad y unidad.

¿Por qué se mantienen los testigos en los testamentos, si se suprimieron para otras escrituras públicas (arts. 1001, 1004, ley 15875)? El testamento es un acto importante, trascendental, y a veces la presencia de testigos lo complica. Justamente por la deficiente enunciación de la edad, la relación de parentesco que pueda tener el testigo con el oficial público puede acarrear la nulidad del testamento (arts. 990, 3666, 3664, 3696, etc.).

Para la seriedad del acto o para asegurar la libertad del testador la presencia del notario es suficiente. Pienso que los testigos tendrían que ser suprimidos también para el testamento, salvo que el escribano decida, por circunstancias particulares, que estén presentes, o que lo requiera el propio testador.

El artículo 990 establece un régimen de incapacidad general para ser testigo y los arts. 3702 y sigts. disponen un régimen especial de incapacidades para los testamentos.

Algunos autores sostienen que el régimen general del art. 990 no se aplica para los testamentos sino únicamente el régimen especial, dicen que se complementan, lo cual origina problemas.

Según el régimen general, no pueden ser testigos los empleados de otras escribanías, pero en el régimen especial no se establece esta prohibición, de manera que podrían ser testigos para el testamento los empleados de otras escribanías. No pueden ser testigos quienes no saben firmar (art. 990), pero en el testamento basta que uno sepa firmar (art. 3658).

El comerciante fallido, de acuerdo con el régimen general, no puede ser testigo. Tampoco pueden serlo los religiosos profesos y quienes han sido condenados por falso testimonio; pero en el régimen especial no se establece esta restricción.

Frente a esta disconformidad entre las normas generales y especiales cabe preguntarse: ¿Qué debe hacer el escribano? Debe cumplir tanto las prohibiciones generales como las especiales. Además, pienso que el testador debe llevar sus testigos, para poner distancia entre la función notarial y el acto que pretende realizar el testador. No es prudente que el escribano colabore proponiendo testigos.

e) El testamento ológrafo es un acto personalísimo que el testador puede mantener en secreto, libre de influencias, y puede hacerse en cualquier idioma, en cualquier momento, en cualquier y con cualquier elemento apto para ser escrito o para escribir, porque puede hacerse sobre un papel, o en una pared, o en un pizarrón, con tiza, con lápiz, con tinta, etc.

Mas por otro lado, quien no tiene el consejo técnico del escribano, puede

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cometer errores, incluso falsas interpretaciones de la ley sucesoria y perjudicar a sus beneficiarios.

Considero que es preferible realizar el testamento por acto público dado que resguarda más al acto y al instrumento. El testamento por instrumento privado puede perderse, ocultarlo o romperlo quien tenga interés en hacerlo. Agréguese a ello la publicidad que surge de la inscripción del testamento, que debería tener carácter obligatorio y nacional, para todo el país, y no sólo local a través del Colegio de Escribanos.

f) ¿Las cartas son testamentos? Una carta que se envía a otra persona, en la que se hace un acto de disposición de sus bienes, escrita de puño y letra, fechada y firmada por el testador - conforme los requisitos formales del testamento ológrafo - ¿es testamento?

En principio, no, porque no es normal testar en una carta dirigida a otra persona. Sin embargo, si quien lo hace manifiesta que de ese modo va a testar, se lo puede considerar como testamento ológrafo. Reitero que por principio no, porque no es lo razonable hacerlo así. Excepcionalmente, si las circunstancias lo permiten, se admite que las cartas misivas sean testamento cuando revelan la intención de testar.

g) En el testamento ológrafo puede haber entrelíneas, palabras tachadas, frases enteras testadas. Ese testamento es válido siempre que esté fechado, escrito y firmado por el testador.

La fecha puede colocarse en cualquier lugar: al principio, al final o en el medio. Lo normal es ponerla al principio o al final.

El testamento puede ser de redacción muy simple, en dos líneas: "Dispongo de todos mis bienes para después de mi muerte a favor de fulano de tal. . .". O puede tener manifestaciones personales del testador; inclusive, con referencias, como suele hacerse, a la religión que profesa o al cariño, preocupación o agradecimiento hacia parientes o extraños. Estas manifestaciones, si bien superfluas, son también expresión de la voluntad del testador y pueden servir como guía para interpretarla.

Si el testamento está testado totalmente, no vale como tal, siempre que lo haya tachado el propio testador. ¿Cómo saberlo? Es una cuestión de prueba; por lo general, difícil.

Pero si quien lo testó fue un tercero debe admitirse su validez.

Si otro escribe en el testamento sin la conformidad del testador el testamento vale. Pero si alguien escribe mientras el testador está haciendo el testamento, éste es nulo. Si el testador permite que otra mano intervenga en la redacción del testamento, no vale como tal.

Cuando se redacta un testamento, ¿puede ayudarse a escribir al testador? Sí, pero con ciertas limitaciones; por ejemplo enderezar la hoja, indicarle con la mano donde está el renglón si el testador tiene mala vista o le tiembla el pulso. Pueden hacerse estas mínimas indicaciones. Lo que no puede hacer es guiar la mano del testador, porque eso causaría la nulidad.

La fecha es muy importante: día, mes y año. Un plenario de la Cámara Civil de la Capital lo ha dicho hace muy poco: la omisión de la fecha causa

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nulidad. Pero a veces se puede utilizar otros modos para indicar con precisión la fecha. Vélez ejemplifica: "Viernes Santo de 1869": vale como fecha (art. 3642 y su nota).

El año puede ser de nuestro calendario gregoriano o de otro si de este modo se puede precisar la fecha.

Un error de fecha puesta por el testador involuntariamente, vale como tal. La fecha errónea por sí misma no causa nulidad. Del mismo testamento puede surgir la verdadera fecha, es decir mediante prueba intrínseca; la prueba extrínseca en principio no vale para determinar el error en la fecha. Razón de más para preferir al testamento por acto público que al testamento ológrafo. Ese mínimo error que puede cometer una persona por sus años, por razón de su enfermedad, podría revelar falta de perfecta razón.

VII. ANTEPROYECTOS

Apremiado por el tiempo, debo terminar mi exposición, pero antes leeré y comentaré brevemente dos proyectos, muy elementales por cierto, sobre el testamento por acto público y el testamento cerrado.

a) "En la ciudad de Buenos Aires, a los seis días del mes de mayo de mil novecientos ochenta y uno, ante mí, escribano público, titular del Registro número . . . , y los testigos que más adelante se nombrarán, compareció a mi oficina de la calle . . . , número . . . , de esta Capital, don . . . , quien exhibió documento nacional de identidad número . . . , mayor de edad, hábil, de mi conocimiento doy fe, quien se domicilia en la calle . . . , número . . . , de esta Capital".

Comparecerá ante las oficinas del escribano el testador, que debe ser persona de conocimiento del notario, quien debe saber quién es e identificarlo de la mejor manera posible.

". . . quien luego de expresar su voluntad de otorgar testamento, lo dictó verbalmente, y a tal efecto procedo a redactarlo: Primero: . . . Segundo: . . . , Tercero: . . .".

El testador puede hacer el testamento dictándoselo al escribano. También puede darle una minuta para que el escribano después lo redacte como legalmente corresponde (art. 3656). Si se hace la minuta, conviene, en principio, agregarla como antecedente del testamento. Es una prueba más de la perfecta razón con que actúa el testador. Es imprescindible que el testador diga cómo le transmitió su voluntad al escribano, sea por minuta o verbalmente (art. 3657).

Después de expresar lo dicho, el escribano ordenará en disposiciones - primera, segunda, tercera, etcétera - cuanto el testador desee.

Como cláusula final puede agregarse que el testador revoca cualquier disposición anterior. Como dijimos que las cartas misivas pueden ser consideradas testamentos, y puede darse el caso de que a alguien se le ocurra pensar que una carta que le fue dirigida es un testamento, para evitar toda posibilidad de interpretaciones erróneas es útil esta cláusula.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"No teniendo otras disposiciones que otorgar que las manifestadas por el testador, procedí a leerlo en alta voz al testador. . .".

La lectura es fundamental y debe hacerse en voz audible. Una lectura en voz débil podría invocarse como causal de nulidad.

". . . quien se ratificó de su contenido".

El escribano después de leer el testamento agregará que el testador se ratificó, y firmó, mas debe completarse así:

"Todo este acto pasó en presencia de los testigos que a continuación se nombrarán, quienes vieron al testador como también a este testamento, comprobaron que le fue leído, oyeron que se ratificaba de su contenido, dejando constancia que el acto se realizó en una sola habitación, donde se encontraban todos los nombrados y no fue interrumpido en ningún momento".

Todo lo dicho es conveniente expresarlo por razones de seguridad, para evitar que el testamento sea atacado de nulidad. Adviértase que son manifestaciones efectuadas por el escribano, de manera que sólo mediante querrela de falsedad pueden ser destruidas (art. 993).

"Los testigos son . . . , nacido en el año . . .".

La ley exige no sólo que sea mayor de edad, sino que se indique la edad. Por eso, con mencionar el año es suficiente.

". . . domiciliado en la calle . . . , número . . . , de esta ciudad, quienes son vecinos del lugar de este Registro. En prueba de conformidad firman los testigos ante mí".

Supongamos que el testador no sabe firmar, en este caso debe decirse:

"El testador manifiesta que no firma por no saber hacerlo, haciéndolo a su ruego el testigo. . .".

¿El testigo debe firmar una o dos veces? Como no hay ninguna reglamentación al respecto, puede hacerlo dos veces: una como testigo y otra por la representación que ejerza. De todos modos, si firma una sola vez se entiende que lo hace en doble carácter.

Pasemos al caso del testador que no puede firmar. Si el testador dice que no firma la escritura porque no puede firmar, no vale como manifestación. Debe decir por qué no puede firmar. Por ejemplo:

"porque padece de una parálisis que le impide mover su mano derecha y no sabe firmar, ni acostumbra, ni puede hacerlo con la otra mano".

Reitero la importancia que tiene señalar por qué no puede firmar, no basta decir que no puede hacerlo.

¿El escribano debe comprobar la causa de la imposibilidad? No está obligado a ello, empero es de buena práctica tener un certificado médico. En cierto caso, en el momento de testar apareció el testador con su mano derecha vendada; dijo que había sufrido una fractura y que no sabía firmar con la mano izquierda. Alguien firmó a su ruego. Ese testamento posteriormente se anuló porque se probó que no tenía tal fractura y podía haber firmado; mas debo señalar que el escribano no tiene por qué desenvolver el vendaje y verificar la causa de la supuesta o presunta imposibilidad. Esa nulidad no le acarrea ninguna responsabilidad.

Si se sospecha que el testador es demente, que no tiene perfecta razón,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

¿qué hay que hacer? Algunos autores, con muy buen criterio, sostienen que en este caso debe aparecer un testigo más - el mínimo son tres - , que sea médico y declare sobre la buena salud mental del testador. Con ello el escribano obtiene la confirmación de un técnico, el médico; por otro lado, él no puede dejar de asumir su responsabilidad, por lo cual es conveniente que además verifique su estado con una conversación con el testador.

En este caso el escribano podrá decir:

"conozco al testador desde hace . . . años, por haber sido su escribano; y por el modo de comportarse, y conversaciones tenidas con él entiendo que se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales".

Es razonable que el notario así lo diga si responde a lo que él siente; pero si a ello se agrega el certificado médico, mejor.

b) Veamos la fórmula de un testamento cerrado, que prácticamente en nuestro país no se usa porque es muy complejo. Requiere cinco testigos, número que no tiene justificación. Creo que debería reformarse el régimen suprimiendo el exceso de formalidades que la ley impone (arts. 3665 y sigts.).

¿Cómo se procede? No se necesita que el testador lo haga de su puño y letra; puede escribirlo a máquina, no necesita fecha, basta que lo firme. Lo entrega en un sobre al escribano, quien redacta en la tapa de ese sobre un acta notarial, que según los autores no es menester asentar en el protocolo. Luego del encabezamiento, similar al del testamento por acto público, diría:

". . . quien me entrega en este acto y con la presencia de los cinco testigos que más adelante se nombran, un pliego cerrado (que podrá ser lacrado, cosido) expresando que contiene su testamento (circunstancia que el escribano no necesita verificar) y me requiere que asiente esta declaración ... "

En el sobre que entrega el testador puede ponerse una cubierta o bien a su vez, ponerlo dentro de otro sobre. Algunos autores dicen que puede utilizarse un sello notarial que, después de ser doblado, se pone dentro de él el sobre que contiene el testamento cerrado, y se pega. En ese sello notarial se redacta el acta que estamos considerando.

"Seguidamente procedí a escribir esta acta en su cubierta, y previa lectura, el compareciente se ratificó de su contenido, y firmó conjuntamente con los testigos. . . "

Aquí se nombran los cinco testigos, con las mismas enunciaciones para el testamento por acto público. Y se sigue diciendo:

". . . todos hábiles, de mi conocimiento doy fe, dejando constancia que el acto no fue interrumpido, y devuelto al testador, a su pedido el testamento (o bien se dice: «quedando el testamento en mi poder, a pedido del testador»)".

El testamento puede quedar en poder del escribano, reservado por él, o bien se lo entrega al testador.

El mayor engorro consiste en la protocolización, que es sumamente compleja en los testamentos cerrados, porque el escribano y los testigos tienen que concurrir ante el juez para declarar que el acta no ha sido modificada y que es tal como la vieron cuando terminó el acto notarial antes

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

relatado. De allí la necesidad de la comparecencia de todos. Pero a veces no se consigue la asistencia de los cinco testigos; en este supuesto basta que lo haga la mayoría; y en ocasiones, tampoco se consigue esa mayoría. En ese caso, para poder protocolizarlo, previamente debe hacerse pericia de las letras, lo que es sumamente largo y difícil. Si un acto notarial da fe por sí mismo, ¿por qué tantos trámites para protocolizar el testamento? Todo ello aconseja no recomendar el régimen de testamento cerrado, si bien sería muy ventajoso encarar su reforma, pues pienso que puede ser útil difundir su uso.

c) Se me pregunta si es necesario para la validez del testamento que en su texto conste que el acto se ha realizado sin interrupción, y si en caso que no lo diga puede impugnarse la validez del testamento.

Es conveniente que el testamento diga que el acto se realizó sin interrupción alguna y si bien el requisito no es solemne puede impugnarse. Es decir, puede impugnarse en caso que no lo diga, e inclusive en el caso de que lo exprese por querrela de falsedad, porque el escribano no se ajustó a la verdad y el acto fue interrumpido.

d) ¿Es indispensable indicar que el acto se realizó en la oficina del escribano, sita en la calle equis?

Sí, porque indica el lugar en que se llevó a cabo y para determinar si ocurrió dentro de su jurisdicción (arts. 980, 981, 1001, 1004, 3657).

En las escrituras en general no se dice que se hacen en la oficina del escribano; sí se hace constar cuando se efectúan fuera de ella, cuando el notario concurre a otro domicilio o lugar donde se encuentra el testador. El testamento exige cubrir con mayor rigor esos requisitos. La ley exige indicar el lugar o sea la ciudad en la que se halla la notaría pero no dice expresamente que deba mencionarse la calle y número donde se encuentran las oficinas (art. 3657). Lo mismo sucede con la hora, debe mencionarse porque horas después el testador puede revocar su testamento.