

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

DE LOS TESTAMENTOS ESPECIALES(*) (219)

FRANCISCO FERRARI CERETTI

SUMARIO

I. Características. II. El testamento militar. a) Extensión y características. b) personas involucradas; e) ante quién se puede testar; d) las formalidades del documento; e) la firma y demás requisitos; f) los testigos; g) validez. Plazo; h) el uso de las formas ordinarias: cerrado u ológrafo; i) la protocolización. III. El testamento marítimo. a) Extensión y requisitos; doble ejemplar; b) ante quién se puede testar; c) conservación del documento; d)

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

obligaciones impuestas a los comandantes; e) posibilidad de otorgar testamento ológrafo y cerrado; f) los buques mercantes; g) plazo de validez; h) no se reputa hecho en el mar; i) la nulidad de los legados hechos a los oficiales; j) no existe prohibición para testar en forma ológrafa; k) posibilidad de los militares de usar las distintas formas: militar o marítimo. IV. El testamento en caso de peste o epidemia. Requisito fundamental: que no se hallare en el pueblo o lazareto escribano ante el cual pueda hacerse el testamento por acto público. V. El testamento consular. a) Quiénes pueden otorgarlo. Ante qué funcionarios. El sello; b) la vigencia del art. 3636, Cód. Civil y las leyes 4711 y 4712. VI. El procedimiento a seguir. VII. De la apertura, publicación y protocolización de algunos testamentos. a) Advertencia sobre la "publicación"; b) reglas de procedimiento dentro del Código Civil; e) forzosa intervención notarial; d) a quién corresponde la designación del escribano; e) protocolización del hecho ante el juez de Paz u oficial municipal; f) sin ninguna otra diligencia previa; g) los testamentos deben presentarse tal como se hallen; h) la protocolización del ológrafo; i) la protocolización del testamento cerrado; j) condiciones en que debe estar el testamento; k) no es necesaria la concurrencia de todos los testigos; l) admisión del cotejo de letras; ll) inexistencia de firmas para realizar el cotejo; m) la escritura de protocolización del testamento; n) las leyes 11846 y 15875 que modificaron el art. 1003, Cód. Civil; o) acta que contenga solamente los datos necesarios para precisar la identidad del documento protocolizado.

I. CARACTERÍSTICAS

El Código Civil, en el Libro 4º, Título XII, Capítulo IV, se ocupa de "los testamentos especiales", en los que la ley ha tenido en cuenta actos de emergencia para atemperar las exigencias esenciales que impone en los casos que reputa normales.

Son actos realizados en condiciones que imposibilitan llenar esos extremos, y la ley, entre impedir la realización del acto y la posibilidad de respetar la voluntad del testador, ha preferido dispensarlos en alguna medida.

Como sostiene Prayones(1)(220), en tiempos de paz, los militares deben llenar las formalidades comunes para todo aquel que quiere testar. Para épocas de guerra, el Código les acuerda facilidades, de modo que puedan cumplir con un acto de la vida civil, como es testar.

En esos casos se ha producido una turbación de la vida normal que impide el cumplimiento de muchas formalidades legales, de ahí, el privilegio que a tales actos acuerda la ley.

Esta categoría de testamentos está revestida de una característica particular: son actos transitorios y, por tal motivo, su valor es circunscripto a un período limitado en el tiempo.

Transcurrido éste, deben ser convertidos en testamentos ordinarios, salvo, que el disponente falleciera dentro de ese plazo (arts. 3676 y 3684), en que conservarán todo su valor. Los testamentos especiales deben

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

circunscribirse al militar y al marítimo. Desde que el caso de peste o epidemia contemplado en el artículo 3689 ofrece características distintas y se asemeja al testamento efectuado en los pueblos de campaña y en la campaña, que trata el artículo 3655.

Fornieles(2)(221) dice que las disposiciones del Código sobre este tema son de rara aplicación porque se exteriorizan en casos de guerra, de peste o en alta mar.

Las epidemias han desaparecido, ante el progreso experimentado por la medicina, con los caracteres que ofrecían en la época de la sanción del Código Civil - año 1869 - y, en cuanto a las guerras, si bien no son imposibles entre nosotros, en el caso de declararse alguna, posiblemente habría que adecuar la ley a las nuevas necesidades.

Por lo general, en estos casos se dictan leyes de emergencia. Estos testamentos contemplan casos distintos: la guerra o el mar, que entramos a considerar a continuación.

II. EL TESTAMENTO MILITAR

El art. 3672. dispone: "En tiempo de guerra los militares que se hallen en una expedición militar, o en una plaza sitiada, o en un cuartel o guarnición fuera del territorio de la República. y, asimismo, los voluntarios, rehenes o prisioneros, los cirujanos militares, el cuerpo de intendencia, los capellanes, los vivanderos, los hombres de ciencia agregados a la expedición, y los demás individuos que van acompañando o sirviendo a dichas personas, podrán testar ante un oficial que tenga a lo menos el grado de capitán, o ante un intendente del ejército o ante el auditor general y dos testigos. El testamento debe designar el lugar y la fecha en que se hace".

Entre otros conceptos, el codificador, en la nota, dice: "La Ley Recopilada 8ª, Tít. 18, Lib. 10, concedió a todos los individuos de fuero de guerra el privilegio exorbitante de testar militarmente en todo tiempo y lugar". En nuestra ley no es así.

a) Extensión y caracteres

Los testamentos especiales, como todos los de su género, son siempre casos de excepción. El que estudiamos, que contempla a los militares, en nuestra ley, y en otras de su época, se limitaba al tiempo de guerra.

Hoy, diversas legislaciones no sólo lo permiten en tal hipótesis, sino también, cuando el militar se encuentra en regiones lejanas, en lugares fronterizos, o en tierras colonizadas, siempre que el otorgante perteneciera al ejército y no se encuentre en condiciones regulares para testar.

En este aspecto, Bibiloni(3)(222) destaca que los franceses tienen experiencia en sus guerras africanas y lo han autorizado en la reforma del art. 981, Cód. Napoleón, suprimiendo la exigencia de que sea "en tiempo de guerra".

El mismo criterio ha sido aceptado por la Comisión de Reformas de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1936(4)(223), al sugerir la redacción dada al art. 2051.

Pero mientras la reforma no se convierta en derecho positivo, conserva todo su valor el precepto de Vélez Sársfield.

Así lo afirma Machado(5)(224): "El testamento militar privilegiado sólo se permite en tiempo de guerra", sin distinción que sea guerra nacional contra una nación extranjera o guerra civil. porque es únicamente la necesidad lo que hace presumir esta forma, de donde se deduce que debe permitirse a todos los que se encuentran en esa necesidad.

Como lo destaca Lafaille(6)(225), el artículo pudo ser aplicado sin dificultad en las contiendas civiles, en la expedición al desierto de Adolfo Alsina, completada por el general Roca. en las luchas contra los indios, en la conquista del Chaco, en la reciente guerra contra el terrorismo, pero no en los períodos posteriores de ocupación y colonización.

De modo que los militares y la tropa destacados en zonas fronterizas remotas del país no pueden acogerse al beneficio del testamento militar.

Este vacío de nuestra ley que señala Lafaille está cubierto por la forma autorizada en el art. 3655, para los casos en que no exista escribano en los pueblos de campaña.

Para Segovia(7)(226), la cesación momentánea de las hostilidades o el armisticio no hacen desaparecer el estado de guerra; tampoco hay que distinguir el guardia nacional del soldado de línea, ni si la expedición es dentro o fuera de la República; o que se trate de una guerra ofensiva o defensiva; no importa tampoco que existan escribanos en la plaza sitiada y que los sitiadores sean argentinos o extranjeros, como expresan Demolombe(8)(227) y Aubry y Rau(9)(228).

Es de señalar que Machado también sostiene que "la suspensión momentánea de las hostilidades no altera la situación".

No debe confundirse el "estado de guerra" con el "decreto del estado de sitio", porque, según la Constitución Nacional, dicho decreto importa la suspensión de las garantías constitucionales, que en el art. 23 sólo autoriza al Poder Ejecutivo para arrestar o trasladar las personas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefirieran salir del país.

Llerena(10)(229) señala como una deficiencia que no se permita testar militarmente cuando la plaza o guarnición sitiadas se encuentran dentro del territorio, y no sea posible encontrar escribano o testar en forma ológrafa, como lo hace el Código Civil francés, en el art. 983, del que Vélez Sársfield tomó nuestro art. 3672.

Machado afirma que, aunque la plaza sitiada se encuentre dentro de la República y exista escribano en el lugar, en esas condiciones el soldado se encuentra bajo la ley militar, que domina con el carácter de necesidad y hace acallar las leyes ordinarias.

Lo real es que el art. 3672, contempla: "los militares que se encuentran en una expedición militar o en una plaza sitiada o en un cuartel o guarnición fuera del territorio de la República".

b) Personas involucradas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La ley no sólo contempla a los militares en esa situación, sino que incluye a "los voluntarios, rehenes o prisioneros, los cirujanos militares, el cuerpo de intendencia, los capellanes, los vivanderos, los hombres de ciencia agregados a la expedición y los demás individuos que van acompañando o sirviendo a dichas personas". Es decir, que todas las personas que integran el grupo podrán testar en esa forma.

La disposición es amplia, incluye expresamente hasta los vivanderos y los prisioneros. Respecto de estos últimos, como lo señala Ruiz Moreno(11)(230), el art. 19 del Reglamento de La Haya dispone: "Los testamentos de los prisioneros de guerra se otorgarán o redactarán en las mismas condiciones que para los militares del ejército nacional". Y esta es la regla adoptada por nuestro Código.

En cuanto a la mención de los prisioneros, es de advertir que si lo fueran en el extranjero, regirán las leyes de la nación que los ha tomado, pero si lo hicieran en alguna de las formas permitidas por nuestras leyes, el testamento sería válido (art. 3638, Cód. Civil).

c) Ante quién se puede testar

El artículo 3672 lo expresa claramente; el testamento puede otorgarse:

- a) ante un oficial que tenga a lo menos el grado de capitán;
- b) ante un intendente del ejército;
- c) ante el auditor general.

Todas estas personas actúan en el caso como fedatarios, siendo el mencionado en último término quien se encuentra más habilitado para efectuarlo, porque es el asesor letrado del ejército.

Para Machado, aunque el asesor que acompañase a la expedición no tuviera el título de auditor general podrá, no obstante, presidir la facción del testamento militar.

La lista de quienes el Código asimila al notario se amplía cuando el que desea testar se encuentre enfermo o herido, que, según el art. 3673, podrá hacerlo ante: a) el capellán o médico o cirujano que lo asista; b) si se hallare en un destacamento, podrá hacerlo ante el oficial que lo mande, aunque sea de grado inferior al de capitán.

El artículo contempla dos hipótesis distintas; en la primera es necesario que el individuo se encuentre enfermo o herido; de no ser así, es de aplicación el art. 3672, y debe hacerlo imperiosamente ante los funcionarios allí mencionados.

En el segundo caso, el legislador ha supuesto un caso de urgencia y, cuando no existen los funcionarios antes expresados, puede hacerlo ante un sargento en sustitución del oficial.

Bibiloni, en el Anteproyecto, y la Comisión de Reforma de 1936 han suprimido la exigencia de estar enfermo o herido, para hacer lugar al funcionario que reemplazará al notario en el lugar donde no lo hubiere.

Es de advertir que en nuestro país la falta de escribano se ha tornado más que hipotética ante la proliferación de estos profesionales en todos los extremos de la República.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Pero puede darse el caso de existir notario en el lugar y hallarse imposibilitado para actuar, por enfermedad o por razones de incapacidad, en cuyo caso actúan los subrogantes antes indicados.

d) Las formalidades del documento

Concluye el art. 3672 estableciendo que el testamento debe designar el lugar y fecha en que se hace.

Esta última disposición, juntamente con las de los arts. 3674 y 3675, integran la forma o sean los requisitos esenciales que el testamento militar debe reunir y que no está sujeto a otras formalidades.

Aunque Segovia(12(231)) afirma que nada impide la aplicación de las disposiciones contenidas en los arts. 3606 y 3634, en cuanto facultan a las personas para disponer de sus bienes por testamento con arreglo a lo establecido por el Código; de modo que los otorgados en la República deben serlo en alguna de las formas contempladas en el mismo; así, en el caso de que el testador no pudiera hacerlo sino en un idioma extranjero, sería de aplicación el art. 3663, que requiere la presencia de dos intérpretes.

Pensamos que las formas establecidas para una clase no son de aplicación a las otras, como lo dice expresamente el art. 3626, y este principio es de estricta aplicación en el testamento militar.

Este es privilegiado, por las circunstancias especiales en que se hace, que en algunos casos pueden ser angustiosas para los funcionarios que eventualmente las desempeñan, por la premura y la falta de práctica; todo lo que contribuye para que nunca fueran llenadas esas formas, como sostienen Machado, Llerena y Lafaille.

La ley, en estas situaciones que pueden revestir gravedad extrema, no debe establecer que los funcionarios inidóneos cumplan los requisitos del testamento por acto público.

Entonces, en una circunstancia tan especial, el testamento puede otorgarse en una hoja suelta de papel común, como dice Lafaille - en una hoja volante del papel que se pueda conseguir, según Prayones -, y basta, para cumplir el extremo del in fine del art. 3672, que se designen el lugar y la fecha en que se hace.

e) La firma y demás requisitos

Dispone el art. 3674 que "el testamento será firmado por el testador, si sabe y puede firmar, por el funcionario ante quien se ha hecho y por los testigos. Si el testador no sabe o no puede firmar, se expresará esa circunstancia y uno de los testigos firmará por él. De los testigos, uno por lo menos debe saber firmar".

Como no le son aplicables las normas del testamento por acto público, no se pedirá la constancia de haberse leído el testamento, ni la expresión de si lo dictó, si lo dio escrito o sólo le dio escritas las disposiciones para que lo redacte, como exige el art. 3656, para los de esa clase.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Están conformes Machado(13)(232), Lafaille(14)(233) y Segovia(15)(234) que es suficiente que conste la expresión de la voluntad de disponer de sus bienes. Lo que, según Llerena(16)(235), es un error, fundado en la nota del art. 3622; en la que la prueba de la observancia de las formalidades prescritas para la validez del testamento deben resultar del testamento mismo (art. 3627) y en los comentarios que formula el art. 3658, respecto de la lectura, la presencia de los testigos, la visión del documento y del testador.

En oposición. Bibiloni(17)(236) y la Comisión de Reformas de 1936(18)(237) participan de la idea contraria, puesto que nada han establecido para exigir el cumplimiento de esos requisitos del testamento por acto público a los testamentos especiales, limitándose la última a que cuando el testador no sabe o no puede firmar, se deje constancia de ello y, en tal caso, suscriban el acto ambos testigos.

Estos testamentos son casos excepcionales y, como tales, están exceptuados de cumplir los extremos de las otras formas de testar.

Pero, al testador, en tales circunstancias, la ley le permite hacerlo en las formas ordinarias, ológrafo (art. 3687) o cerrado (art. 3678); debiendo, en tales casos, llenarse todas las formalidades impuestas para esas formas.

Cuando se trata del testamento cerrado, no es necesaria la intervención del escribano público, porque su presencia es sustituida de acuerdo con las normas del capítulo IV que estudiamos, y así lo establece el art. 3678, debiendo cumplirse con los demás requisitos que los arts. 3666 a 3668 determinan para esa forma de testar.

f) Los testigos

En los testamentos ordinarios, la ley exige tres testigos en el que se otorga por acto público y cinco, si se trata del cerrado.

En los testamentos especiales, el Código los limita a dos, de los cuales uno, por lo menos, debe saber firmar (art. 3674).

Por su parte, el art. 3675 dispone que sean varones, mayores de edad, si sólo fueren soldados, bastando que tengan 18 años si se tratare de sargentos en adelante.

Las reformas introducidas por las leyes 11357 y 17711, han modificado las exigencias en cuanto al sexo; ahora, las mujeres también pueden serlo, si se encuentran dentro de la plaza sitiada o forman parte de la expedición.

Más aún, con la incorporación de la mujer a las tareas que comúnmente desempeñan los varones, incluso dentro de las fuerzas armadas de todos los países, la limitación en la práctica ha dejado de tener razón de ser.

Surge el interrogante de si son o no aplicables las normas generales que en materia de testigos establece el Código en los arts. 3696 a 3708, respecto de las condiciones que éstos deben revestir.

Pensamos, como sostienen Segovia y Machado, que es necesario practicar un detenido estudio, tratándose de una forma tan especial como es el testamento militar, en que, por circunstancias singulares, no sería posible cumplirlas.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Existen dentro de esos artículos exigencias que indudablemente no son aplicables a estos testamentos, como ocurre con la exigencia de la edad, contemplada en el art. 3705; el conocimiento por el escribano en el art. 3699; el entendimiento del idioma del art. 3700; la residencia en el lugar (art. 3701); el parentesco y vinculación con el escribano (art. 3707), que deben ser armonizados con el caso especial que tratamos.

En cambio, son de rigurosa aplicación, las prohibiciones por razón de parentesco del art. 3702, en cuanto a los ascendientes y descendientes del testador y a los colaterales y afines a quienes se beneficie en el testamento; a los herederos instituidos, los legatarios y los que reciben algún favor (art. 3706); los ciegos, los sordos y los mudos de que habla el art. 3708 y los que están privados de su razón por cualquier causa y los dementes a que se refiere el art. 3709, porque se encuentran privados física e intelectualmente para atestiguar.

Concurren en estos casos circunstancias que deben ser contempladas por los jueces antes de aplicar esas normas genéricas a los testamentos militares, cuando con evidencia se demuestre que no ha existido fraude ni confabulación.

g) Validez. Plazo

Esta clase de testamentos, en los que el legislador permite prescindir de casi todas las solemnidades, deben caducar una vez desaparecidas las causas que los autorizaron.

Dispone el art. 3676 que si "el testador fallece antes de los noventa días subsiguientes a aquel en que hubiesen cesado con respecto a él las circunstancias que lo habilitan para testar militarmente, valdrá su testamento como si hubiese sido otorgado en la forma ordinaria. Si el testador sobreviviere a este plazo, su testamento caducará".

El plazo de 90 días no se cuenta desde la fecha del otorgamiento sino de aquella en que cesó la causa o los extremos que permiten acogerse al autor a este beneficio.

Pero, si dentro de ese plazo de noventa días desde que cesaron las causas, el testador volviera a encontrarse en las mismas circunstancias, desde ese momento deben volver a contarse los noventa días, como lo sostienen todos los autores franceses y lo consignan Machado(19)(238), Llerena(20)(239) y Segovia(21)(240), porque, como dice el último, no habría conveniencia en obligarle a reproducir el testamento en lugar de mantener su eficacia.

Pasados los noventa días, si el testador sobrevive, el testamento caduca, como dice la última parte del art. 3676.

Lo que es lógico, porque si han desaparecido las condiciones que acordaron el privilegio, no existe motivo para mantener su validez y el disponente deberá otorgar uno nuevo, en cualquiera de las formas ordinarias.

Llerena, fundado en el art. 3649, Cód. Civil y aplicando por analogía lo dispuesto en el art. 3670 respecto del testamento cerrado, sostiene que si el testamento militar reúne los requisitos del ológrafo, aunque el testador

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

muera después de los noventa días, subsiste la validez, porque en esas condiciones no se trata de un testamento militar, aunque contenga las formalidades de tal.

Consideramos arriesgada esa argumentación, porque si la intención del testador hubiera sido otra, no necesitaba recurrir a la forma del testamento militar; además, en este caso no existe una disposición similar a la del art. 3670.

Otra discrepancia que se plantea entre los autores es si la caducidad del testamento, por haber transcurrido los noventa días, produce o no la revocación de un testamento anterior.

Nos inclinamos por la argumentación de Machado(22)(241), desde que el simple transcurso del plazo es causa de la caducidad, revive el testamento anterior y es válido mientras no sea revocado nuevamente por un acto posterior.

h) El uso de las formas ordinarias: cerrado u ológrafo

Tanto el militar como las demás personas mencionadas en el art. 3672 pueden, en tales circunstancias, elegir entre la forma privilegiada o las formas ordinarias para testar.

El art. 3678 los faculta para hacerlo cerrado, en cuyo caso deberá actuar como ministro de fe cualquiera de las personas ante quienes ha podido otorgar testamento abierto.

En cuanto a la forma ológrafa, es autorizada expresamente por el art. 3687. Queda claro que, en caso de usar cualquiera de estas formas, el testamento deberá reunir todos los requisitos esenciales prescriptos por la ley para tener validez.

Se sobreentiende que en estos casos, si por cualquier motivo el documento no pudiera valer como testamento cerrado u ológrafo, valdrá como militar.

i) La protocolización

Producida la muerte del testador dentro del mencionado plazo de noventa días y, con ello, la validez del acto otorgado en la forma prescripta, el testamento deberá ser enviado al cuartel general y con el visto bueno del jefe de estado mayor, que acredite el grado o calidad de la persona ante quien se ha hecho, se mandará al Ministerio de Guerra, y el ministro de este departamento lo remitirá al juez del último domicilio del testador, para que lo haga protocolizar, dispone el art. 3677, Cód. Civil.

El último párrafo de dicho artículo ordena que, si no se conociere domicilio al testador, lo remitirá a uno de los jueces de la capital, para que lo haga protocolizar en la oficina que el juez disponga.

Este artículo contiene normas relativas al procedimiento a seguir para obtener la protocolización.

Dichas normas deberán ajustarse, además, a las fijadas por la Corte Suprema de la Nación en el Reglamento para la Justicia Nacional y las Cámaras de Apelaciones en lo Civil, en cuanto al ordenamiento y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

distribución de los expedientes.

Si se incurriera en algún error de procedimiento, no se causará la nulidad del testamento y deberán mandarse subsanar los defectos.

Tal sería el caso de ser remitido a un juez federal en las provincias, que deberá enviarlo al juez de la justicia ordinaria que corresponda.

III. EL TESTAMENTO MARÍTIMO

El testamento marítimo difiere del militar en que éste exige la existencia de "un estado de guerra" que autorice a usar del privilegio, mientras que aquél basta con encontrarse navegando para estar autorizado a hacerlo. El testamento marítimo es, en realidad, el otorgado a bordo de un barco.

La primera cuestión que se suscita en el art. 3679 es la forma de su redacción; dice: "Los que naveguen en un buque de guerra de la República", pero no está limitado a "los buques de guerra", porque el art. 3683 extiende sus disposiciones a "los buques mercantes".

Tampoco está limitado a "la navegación por mar", como parecería desprenderse del art. 3685, porque como dice Prayones(23)(242), aunque el Código emplea la expresión "marítimo", ello no implica que necesariamente esté navegando en el mar.

Los navegantes de nuestros ríos también pueden otorgar ese testamento, como lo reconoce Machado(24)(243).

a) Extensión y requisitos. Doble ejemplar

El art. 3679 se refiere a los que naveguen "sean o no individuos de la oficialidad o tripulación", de modo que es posible que los ajenos a la tripulación, que se hallen accidentalmente a bordo, puedan valerse del testamento marítimo.

Así se desprende del art. 3683, que habla de "los buques mercantes".

La razón es obvia; en la navegación, sea en el río o en el mar, los individuos se encuentran aislados, sin que puedan recurrir a funcionario alguno.

El testamento debe ser fechado y se extenderá un duplicado con las mismas firmas del original, ordena el art. 3679.

La ley impone como requisito que esté fechado, lo que es importante por obvios motivos; pero nada dice sobre la firma ni sobre el lugar, lo que ha sido severamente criticado por algunos autores (Segovia y Machado).

La firma es un requisito fundamental para la existencia de cualquier instrumento, por lo que de ninguna manera puede pensarse que el codificador reputó innecesario establecerlo.

Debe atribuirse a un olvido, así permite afirmarlo, lo dispuesto para las formas ordinarias, arts. 3639, 3658 a 3662, 3666, y aún para el militar, art. 3674; y lo argumentado por Llerena(25)(244) y Segovia(26)(245).

Como sostiene Machado(27)(246), debemos admitir que si el testador sabe firmar lo hará con dos de los testigos y el comandante del buque; si no sabe o no puede, bastará con expresarlo, haciéndolo a su ruego uno de los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

testigos o un tercero.

En estos casos, siempre es conveniente, aunque el Código no lo establece, tomar la impresión digital y, caso de faltarle los dedos de las dos manos, la plantal; con el propósito de probar la presencia del testador en el acto.

En caso de omitirse el doble ejemplar, no por ello deberá anularse el testamento, porque no se trata de una formalidad intrínseca, que ataque el testamento mismo, cuando se han guardado todas las otras.

Es una medida de seguridad que el legislador ha adoptado para evitar el extravío, pero no debe influir en la validez del testamento.

En cuanto al lugar en que se hace el testamento, es conveniente para determinar la ley aplicable y la competencia de los magistrados.

b) Ante quién se puede testar

Dice el artículo 3679: "podrán testar ante el comandante del buque y tres testigos, de los cuales dos a lo menos sepan firmar".

El comandante no puede delegar sus funciones, pero, en caso de que faltara, como el comando de la nave debe pasar al segundo o a otros oficiales, éstos deben desempeñarse como oficial público.

c) Conservación del documento

El art. 3680 dispone que: "el testamento será custodiado entre los documentos más importantes del buque y se hará mención de él en el diario".

El comandante viene a constituirse en depositario del documento, pero el incumplimiento de estas disposiciones no afecta la validez del testamento, porque son circunstancias externas que sólo afectan y obligan al comandante.

El objeto de la anotación en el diario de navegación (libro de bitácora, art. 927, Cód. de Comercio, inc. 8º) es establecer la existencia del testamento en forma fehaciente.

d) Obligaciones impuestas a los comandantes

El art. 3681, Cód. Civil, impone a los comandantes el cumplimiento de ciertas normas cuando arribare a un puerto extranjero en que haya un agente diplomático o un cónsul argentino.

El comandante deberá entregar un ejemplar del testamento a los expresados funcionarios y éstos deberán remitirlo al Ministerio de Marina, a los mismos efectos que se han establecido para el testamento militar en el art. 3677, que hemos analizado anteriormente.

Si el buque volviese a la República, lo entregará al capitán del puerto, para que lo remita a los mismos efectos al Ministerio de Marina.

El Código debió hacer responsables a los comandantes del cumplimiento estricto de esas normas, como sucede con los escribanos públicos que conservan en su poder un testamento, que deben ponerlo en conocimiento

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de los interesados, según el art. 3671.

Si éstos incurren en negligencia, podrán ser sancionados por ese incumplimiento con sanciones civiles, art. 1112, Cód. Civil, disciplinarias, ley 12990 y aun penales.

El fin de esas diligencias es hacer conocer el testamento a sus beneficiarios; pero la omisión de su cumplimiento, como hemos dicho, no puede ser causa de anulación del testamento.

La omisión del doble ejemplar y del depósito en la capitanía del puerto a que arribe el buque en manera alguna puede afectar la validez del que se conserva a bordo.

A diferencia del testamento militar, que solamente debe presentarse al cuartel general, en caso de que el testador falleciere, art. 3677; el testamento marítimo debe ser presentado en todos los casos, por el peligro de hundimiento del buque, como afirman Llerena(28)(247) y Machado(29)(248).

e) Posibilidad de otorgar testamento ológrafo y cerrado

La ley ha normado estos testamentos privilegiados, pero nada obsta a que los disponentes quieran hacer uso de las formas ordinarias.

Es lo que dicen los arts. 3682 y 3687. Si prefieren hacerlo cerrado, deberán guardarse las solemnidades prescriptas para los de esta clase, actuando como ministro de fe el comandante del buque o su segundo, ante tres testigos; en la normalidad, el art. 3666 impone la presencia de cinco, de los cuales dos deben saber firmar.

El párrafo final de ese artículo dispone: "observándose en lo demás lo dispuesto en este capítulo para el testamento marítimo".

Lo que debe cumplirse, como surge de la redacción dada al citado artículo, y bien lo señala Llerena(30)(249), es la redacción del duplicado y la remisión al agente consular.

f) Los buques mercantes

Los buques mercantes han sido equiparados a los de guerra en el art. 3683, en cuyo caso el testamento se hará ante el capitán, su segundo o el piloto, quienes deberán cumplir con las obligaciones que impone el art. 3681 al comandante.

g) Plazo de validez

A semejanza del testamento militar, el marítimo no vale sino cuando el disponente hubiere fallecido antes de desembarcar o antes de los noventa días subsiguientes al desembarco.

Hemos dicho que estas facilidades de testar sin observar los requisitos esenciales de los testamentos ordinarios son un privilegio que la ley concede a quienes se encuentran en las circunstancias apuntadas, y, por tanto, su validez no puede ser ilimitada. Por ese motivo, el codificador ha

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

establecido ese plazo, vencido el cual el testamento pierde su valor.

El artículo es sumamente claro: "antes de los noventa días posteriores al desembarco". De modo que no hay por qué plantearse la duda de si deben contarse desde el arribo o el desembarco, como se plantea Machado(31)(250), que concluye respetando el texto del codificador, que, repetimos, es de una claridad meridiana.

Las dudas que plantea Prayones(32)(251), relativas al desembarco en una isla desierta o donde no exista notario, a esta altura de las comunicaciones alcanzadas en el mundo, han quedado totalmente desvirtuadas.

Pueden reavivarse, en cambio, con los experimentos de los nuevos medios de transporte espacial. Lo mismo sucede con el que desembarca para tripular otro de inmediato, contemplado en el párrafo final del art. 3684, que dice: "No se tendrá por desembarco el bajar a tierra por un corto tiempo para reembarcarse en el mismo buque". Mientras no se modifique la ley, son casos que quedarán a la decisión de los magistrados.

La norma del art. 3684 rige tanto para los testamentos hechos en un buque de guerra como en un buque mercante.

Si el testador se decidiera por la forma ológrafa y reuniera todos los requisitos esenciales para los de esta clase, entendemos que conservará su validez aun después del plazo de noventa días.

h) No se reputa hecho en el mar

El art. 3685 niega validez a los testamentos hechos en un buque que se encuentre en un puerto donde hubiere cónsul de la República. Esta norma concuerda con el pensamiento que impera en el capítulo; el privilegio se acuerda cuando existe imposibilidad de otorgar el testamento en circunstancias normales.

Encontrándose el barco anclado en puerto, esas circunstancias desaparecen, porque puede otorgarlo ante el cónsul, según el art. 3636; sobre todo porque, desaparecida la imposibilidad de ocurrir a los funcionarios a que alude el citado art. 3636, no existe mérito para mantener el privilegio acordado al mar. El testamento, al no otorgarse a bordo del barco, ya no sería marítimo, porque se habría cambiado el lugar de su realización.

Y aun en el caso extremo de que el individuo navegante se encontrare enfermo o prisionero o en cuarentena y se hiciera imposible la asistencia por los funcionarios autorizados por la ley para el otorgamiento de tales instrumentos, pensamos que el testamento, en tales circunstancias, sería válido.

i) La nulidad de los legados hechos a los oficiales

El codificador con el fin de asegurar la imparcialidad de los oficiales del buque, sea éste de guerra o mercante - la ley no distingue -, establece en el art. 3686 la nulidad de los legados que se hagan en su favor, en el testamento marítimo.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Se sigue en esto el mismo pensamiento exteriorizado en los arts. 3664, respecto del testamento por acto público, 3739 y 3740, referentes al confesor del testador en la última enfermedad y el ministro protestante en idéntico caso; y son de aplicación los arts. 3741 y 3742, que tratan de las personas interpuestas a quienes se incapacita para heredar.

Disienten los autores si la norma comprende toda clase de testamentos, como afirman Llerena(33)(252) y Segovia(34)(253), inspirados en Demolombe(35)(254), o si sólo es aplicable al testamento marítimo, como dice Machado(36)(255), con quien concordamos.

Está en lo cierto Demolombe cuando dice que el art. 997, Cód. Napoleón es aplicable a todo testamento hecho en el mar, sea ológrafo o cerrado, porque la ley tiene una expresión general: "el testamento hecho en el mar no podrá contener disposición alguna en provecho de los oficiales del buque, si no son parientes del testador".

En contrario, nuestro art. 3686, Cód. Civil, difiere totalmente en su redacción y dice expresamente: "son nulos los legados hechos en testamento marítimo a los oficiales del buque, si no fueren parientes del testador".

El testamento ológrafo es un testamento ordinario, sin privilegio alguno, y, por ende, no puede estar comprendido en la prohibición. En cuanto al cerrado, si se hubiera otorgado en forma marítima, estaría involucrado en ella, pero si su contenido valiera como ológrafo, no; por la sencilla razón de que no es un testamento marítimo.

Nuestra ley sólo anula los legados, no así el resto del contenido del testamento marítimo, y lo mismo sucedería en el caso de que fueran instituidos herederos: se sigue así el argumento del art. 3710, párrafo tercero.

Si el beneficiario fuere el oficial que ha intervenido en la confección del testamento, se anula la manda, no así el testamento, por aplicación del art. 3664, si es que hubiera podido concurrir a su redacción, según lo normado en el art. 3653; en los demás, el testamento será válido.

En cambio, si uno de los testigos fuere el legatario, el testamento caería, porque el art. 3706 prohíbe ser testigos a quienes reciben algún beneficio.

En cuanto a la expresión final del art. 3687, "si no fueren parientes del testador", los comprende a todos cualquiera que sea el grado, porque nuestro Código no contiene limitaciones en este caso, como prevé en otros (arts. 3653 y 3664).

j) No existe prohibición para testar en forma ológrafa

El art. 3687 permite, tanto a los militares como a los marinos - hoy cabe agregar a los aviadores - en forma ológrafa.

Es que el militar, como el pasajero, no pierde su situación de persona por el hecho de estar en una expedición militar o embarcado, y, por tanto, conserva la libertad constitucional de disponer de sus bienes, tanto por actos entre vivos como para después de su muerte.

La forma ológrafa puede ser empleada siempre, como dice Demolombe(37)(256), y en todas partes por el marino o por el pasajero, en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el buque navegando en el mar, o anclado en puerto - agregamos nosotros -, como por el militar en expedición, porque la ley, en estos casos de excepción, no ha tenido en vista el testamento ológrafo sino el testamento que exige la concurrencia del oficial público.

Nuestro Código ha consagrado esa doctrina en el art. 3687, siguiendo los principios establecidos en el art. 3624.

k) Posibilidad de los militares de usar las distintas formas: militar o marítimo

El art. 3688 permite a los militares, en ciertas circunstancias, usar las dos formas de testamentos privilegiados: militar o marítimo.

La ley exige, en estos casos, una condición ineludible: a) estar embarcados en un buque del Estado; b) para una expedición militar.

Si no reúnen esas dos condiciones, la ley no les acuerda la licencia.

Ello se explica porque la ley exige que esté unido, al acto, el hecho de estar embarcado, con un objeto que lleva esa fuerza militar, la expedición.

Con cualquier otro fin que se embarcaran, los militares no tendrían derecho a hacer uso de la licencia para testar militarmente, como sostiene Machado(38)(257), porque el artículo es terminante: "los militares embarcados para una expedición".

Fuera de esa circunstancia, siempre podrán hacer uso del testamento marítimo, si - por supuesto - se encuentran a bordo de un buque, desde que en ningún caso pierden los derechos que la ley acuerda a los ciudadanos.

IV. EL TESTAMENTO EN CASO DE PESTE O EPIDEMIA

Esta clase de testamento no constituye precisamente un testamento especial, sino más bien un testamento ordinario, el que, por ciertas circunstancias, puede ser otorgado ante determinados funcionarios, aunque no sean propiamente oficiales públicos, como sostienen Lafaille(39)(258), Segovia(40)(259) y Machado(41)(260).

Se trata de un caso similar al contemplado en el testamento por acto público en los pueblos de campaña y en la campaña, legislado en el art. 3655, para el que se reducen las formalidades ordinarias.

Con una diferencia esencial. que es necesario destacar, en el caso del art. 3655 puede otorgarse ante un juez de paz, y aquí, no; sólo puede hacerse ante un municipal o ante el jefe del lazareto.

Este testamento reconoce su origen en el Derecho Romano, en el Digesto(42)(261); los requisitos eran más reducidos, en cuanto al número de testigos y otras condiciones.

El codificador, en la nota, conduce al Código Civil francés, art. 985, que no ha seguido literalmente.

En nuestro derecho es suficiente la existencia de "peste" o "epidemia" como causa, mientras que el Código francés pone el caso de "un lugar con el que estuviera interceptada toda comunicación a causa de la peste u otra

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

enfermedad contagiosa".

La presencia de "peste" o "epidemia" es suficiente para atemorizar al pueblo; en ese caso todo es confusión y miedo, por lo que no debió exigirse el cumplimiento de las solemnidades prescritas para los testamentos por acto público.

La situación del que habita una ciudad infestada es muy semejante y, a veces, más preocupante que la del militar o la del navegante, por lo que debieron atemperarse las exigencias.

Lo más probable ante la "inidoneidad" del munícipe o del jefe del lazareto, a quienes no podrá exigirse la preparación del notario, es que estos testamentos ofrezcan una serie de deficiencias que los hagan anulables.

Pero, dura lex sed ley, y el Código es concluyente: estos testamentos no gozan de privilegio alguno y deben llenar las solemnidades que exige el art. 3689.

Como sostiene Llerena(43)(262), las incapacidades relativas al escribano y testigos se aplicarán también a los que intervienen en esta clase de testamentos.

Requisito fundamental es "que no se hallare en el pueblo o lazareto, escribano ante el cual pueda hacerse el testamento por acto público", como enseña Prayones(44)(263).

En la actualidad, como hemos sostenido en otro lugar(45)(264), al considerar el art. 3655, es sumamente improbable la inexistencia de escribano en el lugar, y el Código exige esa condición.

La prueba de la inexistencia de escribano o de que éste se encontraba imposibilitado o era inhábil estará a cargo de quien pretenda impugnar el testamento realizado en esas condiciones. No basta la circunstancia de que la peste invada el pueblo para presumir que no haya escribano, porque la ley no establece esa presunción.

Es inexplicable que entre los funcionarios no se haya incluido al juez de Paz, como ocurre en el art. 3655, porque por lo menos está en la misma condición - y aun tal vez superior - que el municipal.

Es de advertir, que la jurisprudencia ha establecido que "habiendo escribano con registro en la localidad, los jueces de Paz de campaña - en el caso del art. 3655 - no pueden otorgar testamentos"; pero, "estando ausente del lugar el escribano, en la época en que se testó, el testamento puede otorgarse válidamente ante el juez de Paz y tres testigos", como tiene resuelto el Superior Tribunal de Entre Ríos(46)(265).

También se ha resuelto que "Si bien es regla general que el testamento por acto público cabe otorgarlo ante escribano público y tres testigos del lugar, se admite que en los pueblos de campaña y en la campaña, en que no hay escribano en el distrito de la Municipalidad donde se otorgare el testamento, debe serlo ante el juez de Paz del lugar y tres testigos residentes en el municipio"(47)(266).

El art. 3689 dispone: "Si por causa de peste o epidemia no se hallare en pueblo o lazareto, escribano ante el cual pueda hacerse testamento por acto público, podrá hacerse ante un municipal, o ante el jefe del lazareto, con las demás solemnidades prescriptas para los testamentos por acto público".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Esa es la ley, y hay que atenerse a lo que ella dispone, según nuestro pensamiento.

V. EL TESTAMENTO CONSULAR

Esta clase de testamento debió incluirse en el capítulo IV del Código, en lugar de los arts. 3636 y 3637, como se ha hecho, porque los funcionarios diplomáticos y consulares, si bien están autorizados por dichos preceptos y particularmente por la ley 4711(48)(267), art. 19, y la 4712(49)(268), art. 15, que reglamentan sus actuaciones notariales, no son escribanos públicos. Para Fornieles(50)(269), no está incluido en el capítulo "de los testamentos especiales", y no es tampoco un "testamento ordinario"; forma una categoría aparte, que hay que considerar por separado. Goza del privilegio de no estar sometido a las formas estrictas de los ordinarios, pues la ley sólo exige la presencia de dos testigos domiciliados en el lugar en que se otorga y que la escritura respectiva lleva el sello de la legación o el consulado.

Todo el que testa en la República debe ajustarse a las disposiciones del Código Civil, cuyo contenido tiene carácter imperativo. Existen razones de orden público que obligan a no admitir otras solemnidades que las previstas en nuestra legislación.

No ocurre lo mismo con los testamentos que se otorgan fuera de la Nación, ya se trate de argentinos que se encuentren en el extranjero, como de extranjeros domiciliados aquí, que no están en el país.

El art. 3635, que permite al argentino testar en alguna de las formas establecidas por la ley del país en que se halle, reconoce la regla *locus regit actum* y es terminante: ese testamento será válido en la República.

Criterio reafirmado en el art. 3638, respecto del extranjero fuera de su patria, cuyo testamento surtirá efecto en la República, a) si es hecho de acuerdo con las normas prescritas por la ley del lugar en que reside; b) según las normas que se emplean en la Nación a que pertenece; c) si se ajusta a las normas que nuestra ley reputa como legales.

Hay en esto un régimen mixto, admitido por el Código; son un conjunto de soluciones destinadas a regir los diferentes casos, y es lógico que la interpretación judicial se haga teniendo en cuenta esas circunstancias.

El legislador, en los arts. 3636 y 3637, ha establecido disposiciones expresas que difieren de las formas exigidas para las otras clases de actos de última voluntad.

Por tanto, al estudiar los actos pasados ante los cónsules argentinos en el extranjero, no debe incurrirse en confusión y aplicarles preceptos que tienen su misión propia y pertenecen a otra clase de testamentos. Reputamos conveniente advertir, como lo resolvió la Cámara Civil 2ª, setiembre 16/929 (G. del Foro, 25 - 183; Baldana, Juan. Derecho Notarial argentino, ed. 1947, t. 9, pág. 202), que: "El testamento de un extranjero domiciliado en la República, que debe tener efecto en ella, otorgado ante el cónsul de la nación del testador - se trataba del testamento hecho por un extranjero

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

domiciliado en la República ante el cónsul de su respectivo país acreditado ante nuestro gobierno - es nulo".

Como sentenció la Cámara Civil 2ª de la Capital(51)(270) el 1º/12/37. por el voto de los doctores Ricardo Olmedo, Felipe Senillosa y César de Tezanos Pinto, "lo que no admite discusión es que para los argentinos o los extranjeros domiciliados en el Estado argentino, que se encuentran fuera de él, el codificador fijó reglas distintas para testar, de las que impuso a los que en el país quisieran hacer otro tanto".

"El testamento consular no figura entre los testamentos especiales, pero, lo que es verdad es que está supeditado a reglas distintas."

Dispone el art. 3636, Cód. Civil: "Es válido el testamento escrito hecho en país extranjero por un argentino, o por un extranjero domiciliado en el Estado, ante un ministro plenipotenciario del gobierno de la República, un encargado de negocios o un cónsul, y dos testigos argentinos o extranjeros, domiciliados en el lugar donde se otorgue el testamento, teniendo el instrumento el sello de la Legación o Consulado".

a) Quiénes pueden otorgarlo. Ante qué funcionarios. El sello

Como surge del artículo precedente, el testamento hecho en el extranjero, para que tenga validez, debe ser otorgado: a) por un argentino; b) por un extranjero que tenga su domicilio en la Argentina.

Ante los siguientes funcionarios: c) un ministro plenipotenciario del gobierno de la República, un encargado de negocios o un cónsul; d) y dos testigos argentinos o extranjeros domiciliados en el lugar donde se instrumente el testamento.

Un último requisito: e) debe tener el sello de la legación o el consulado.

El Código, en el testamento por acto público, requiere la presencia de tres testigos residentes en el lugar; aquí bastan dos que deben estar domiciliados en el lugar.

Se explica la reducción de las exigencias en cuanto al número y condiciones de los testigos, por las dificultades propias del extranjero, para quien no tiene residencia permanente en el lugar de celebración del acto. Esas dificultades las había experimentado personalmente el codificador, por su expatriación durante la tiranía.

También, es suficiente con que sean mayores de edad, según la ley del lugar de su domicilio.

Vélez Sársfield, menciona como fuente del art. 3636, el Código de Chile, art. 1028, lo que en parte es exacto, porque modificó las condiciones. En materia de simplificaciones, siguió los principios de la legislación comparada(52)(271).

En cuanto a los funcionarios que menciona, no existe un orden de prelación, puede otorgarse indistintamente ante el ministro, el encargado de negocios o el cónsul, como sostiene Machado(53)(272), quienes deberán observar las demás formalidades establecidas en el Código.

En este sentido, creo errónea la afirmación de Llerena(54)(273), que, siendo escrito, puede ser hecho en cualquiera de las formas indicadas por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

el art. 3638.

Desde que los funcionarios mencionados en el art. 3636 son representantes del gobierno de la Nación y, por ende, sujetos a las leyes de la República, que deben ser cumplidas, por lo que estarían comprendidos sólo en la última parte del art. 3638: "o según las que este Código designa como formas legales".

b) La vigencia del art. 3636, Código Civil, y las Leyes 4711 y 4712

Se ha pretendido que la ley 4712 obliga a los cónsules a observar las mismas formalidades de los testamentos ordinarios. Esa pretensión ha sido rechazada por la Cámara Civil 2ª Capital(55)(274), al establecer que "los testamentos consulares no están sometidos a ningún otro requisito fuera de los expresados en el art. 3636 y, en consecuencia, el que hayan concurrido sólo dos testigos y la circunstancia de que no se haya consignado su edad, no perjudica su validez".

Las leyes 4711 y 4712 no contienen previsiones especiales sobre las formas que han de observar nuestros agentes consulares cuando ejerzan funciones notariales.

Según el art. 19 de la ley 4711, tienen que observar las leyes de la República en cuanto a las formas de los testamentos, y es indiscutible que entre esas leyes figuran los arts. 3636 y 3637, Cód. Civil. Basta ajustarse a lo que ellos disponen para que el acto sea válido.

El art. 15 de la ley 4712 no aclara las formalidades que deben cumplir los cónsules, pero es obvio que están sujetos a las leyes de la Nación de la cual dependen y en cuyo nombre actúan, por más que se hallen en territorio extranjero. Sus actos, para ser válidos, deben ajustarse al Código Civil.

Las leyes 4711 y 4712 de Organización del Cuerpo Diplomático y Consular, respectivamente, no han derogado el art. 3636, porque en materia notarial se limitan a acordar competencia a tales funcionarios. No existe incompatibilidad entre el Código y dichas leyes, como para suponer su derogación tácita, y menos la expresa, por cuanto el art. 22 de la ley 4711 sólo deroga la ley 82(56)(275) de 21/8/856, muy anterior a la sanción del Código Civil.

Y, en cuanto al art. 24 de la ley 4712, sólo derogó la ley 1914(57)(276) relativa al arancel consular - que modificó -, cuyo art. 1º determina la competencia de los cónsules en los actos notariales.

Es indudable que las citadas leyes no han derogado sino los preceptos incompatibles con su contenido específico, inserto en la mencionada ley del año 1856, y la ley 1914, que citan expresamente.

Prueba concluyente de que esas leyes no tuvieron el propósito de abrogar el art. 3636, Cód. Civil, sino reorganizar el servicio consular, lo constituye la correspondiente discusión parlamentaria(58)(277).

Esas leyes autorizan, como decimos, a los funcionarios que mencionan, para ejercer actuaciones notariales, y el art. 3636, Cód. Civil, forma parte de las leyes de la Nación a que aquéllos deben ajustar sus actos.

El art. 3636 citado ha fijado requisitos esenciales, y ellos deben ser

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

respetados exclusivamente, desde que el art. 3626, Cód. Civil, prohíbe extender las formas de una clase a los de otra.

Como sostuvo el fiscal Vidal(59)(278), "no puede negarse que Vélez Sársfield ha admitido como una forma especial esta de los <testamentos consulares>; en el presente caso no hay incongruencia y pueden armonizarse unas disposiciones con las otras".

Algunos autores, como Lafaille(60)(279), sostienen que, con motivo de la sanción de la ley 4712, el art. 3636 ha perdido su aplicación práctica; y Bibiloni(61)(280), lo deroga, por considerar que por tal motivo - la sanción de la ley 4712 - tal precepto se ha hecho inútil.

Pero, de ahí a tenerlo por derogado va sin duda buena distancia, como expresó el asesor de Menores, doctor Madero(62)(281).

La mayoría de los autores sostienen la vigencia del texto legal, que lo constituye el art. 3636; entre ellos: Machado(63)(282), Llerena(64)(283), Prayones(65)(284), Rébora(66)(285) y Weiss - Zeballos(67)(286).

Como dejó establecido en forma concluyente, el citado fallo de la Cámara(68)(287): "El hecho de que el testamento que autoriza otorgar el art. 3636, no figure en el capítulo 'De los testamentos especiales' no significa que esté sometido a las formas establecidas para el testamento ordinario por acto notarial, toda vez que el Código ha establecido expresamente y sin lugar a dudas las formalidades que en su otorgamiento deben cumplirse".

"El hecho de que en los formularios confeccionados por el Poder Ejecutivo para los testamentos que se otorguen ante los cónsules, en cumplimiento de la ley 4712, se haya colocado una llamada para indicar que la edad de los testigos debe ser mencionada en años, no significa que sean nulos los testamentos en que se ha omitido la edad de los testigos toda vez que el Código Civil no exige ese requisito - para estos testamentos, agregamos nosotros - ; y en el caso de que el Poder Ejecutivo hubiera autorizado una sanción de nulidad por la omisión indicada, se trataría simplemente de un exceso de reglamentación."

La excelente nota del doctor Lazcano, que luce al pie de esa sentencia, concluye con acierto que: "El fallo que comentamos se ajusta al derecho vigente, pero éste no aparece en consonancia con la doctrina actual", que es la que sostiene que el art. 3636 ha sido derogado, con la que disentimos, como surge de lo expuesto por nosotros en este estudio.

VI. EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR

El Código dispone en el art. 3637: "El testamento otorgado en la forma prescrita en el artículo precedente, y que no lo haya sido ante un jefe de Legación, llevará el visto bueno de éste, si existiese un jefe de Legación, en el testamento abierto al pie de él, y en el cerrado sobre la carátula. El testamento abierto será siempre rubricado por el mismo jefe al principio y al fin de cada página, o por el cónsul si no hubiese Legación.

Si no existiese un Consulado ni una Legación de la República estas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

diligencias serán llenadas por un ministro o cónsul de una nación amiga".

"El jefe de Legación, y a falta de éste, el cónsul, remitirá una copia del testamento abierto o de la carátula del cerrado, al Ministro de Relaciones Exteriores de la República, y éste abonando la firma del jefe de la Legación o del cónsul en su caso, lo remitirá al juez del último domicilio del difunto en la República, para que lo haga incorporar en los protocolos de un escribano del mismo domicilio."

"No conociéndose el domicilio del testador en la República, el testamento será remitido por el Ministro de Relaciones Exteriores a un juez de primera instancia de la Capital, para su incorporación en los protocolos de la escribanía que el mismo juez designe."

Este artículo contiene disposiciones similares a las establecidas en los arts. 3677 y 3681 para el testamento militar y el marítimo.

El primer párrafo indica que no es imprescindible otorgarlo ante el jefe de la Legación, desde que será válido el hecho ante el cónsul, como lo autoriza el art. 3636, en cuyo caso deberá tener el visto bueno de aquél.

El visto bueno, si existiese un jefe de Legación, deberá ser colocado al pie del testamento abierto - debió decirse del efectuado por acto público -, puesto que el ológrafo no necesita la intervención de funcionario alguno.

El Código, además, manda que sea rubricado el principio y el fin de cada página por el jefe de la Legación o por el cónsul, si no hubiera Legación. En cuanto al cerrado, ese visado debe ser colocado en la carátula. Si no hubiere Legación ni Consulado, dice claramente, estas diligencias serán llenadas por un ministro o cónsul de una nación amiga.

En este caso, lo único que pueden hacer esos funcionarios es visar y rubricar el testamento, puesto que, como dice Machado(69)(288), es inadmisibles que el testamento en esos casos pueda ser otorgado ante funcionarios de una nación amiga; en tal circunstancia, sólo es posible testar en forma ológrafa.

Se plantea el interrogante de si la falta de esos requisitos provoca la nulidad del testamento, lo que tampoco es admisible, porque tal requisito - el visto bueno - no aumenta la autenticidad del acto y porque el Código en parte alguna menciona ese requisito como esencial, con lo que están de acuerdo Segovia(70)(289), Machado(71)(290), Demolombe(72)(291) y Aubry y Rau (73)(292).

Será suficiente la legalización de las firmas.

El cuarto párrafo del artículo ordena el envío de una copia del testamento por acto público (abierto, expresa el precepto) o de la carátula del cerrado, al ministro de Relaciones Exteriores de la República.

Los originales deben quedar guardados en el Archivo del Consulado o de la Legación; es ésta una medida de seguridad, pues sería peligroso entregarlos a los interesados, como sostiene Llerena(74)(293).

El Ministro, abonando - debió decir certificando o legalizando - la firma del jefe de Legación o del cónsul, deberá remitirlo al juez del último domicilio del difunto en la República, para que lo haga incorporar - protocolizar - en los protocolos de un escribano del mismo domicilio (lugar de asiento del juzgado).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Finalmente, se dispone que, no conociéndose el domicilio, debe ser remitido a un juez de primera instancia de la Capital, como sostiene Segovia(75)(294), se entiende Capital de la República, o, según Machado(76)(295), Capital Federal, a los efectos antes indicados.

Una vez abierta la sucesión en el caso del testamento cerrado, deberá solicitarse la remisión del original, para que el juez, llenando los requisitos que marca la ley, disponga su apertura, reconocimiento de la letra y la firma y, en último término, previa rúbrica del principio y fin de cada página, disponga su protocolización (art. 3692, Cód. Civil).

Es de precisar que todas las formalidades indicadas deben cumplirse en el caso de los testamentos abiertos o cerrados otorgados ante un ministro o cónsul.

Si se hubiere hecho un testamento ológrafo y el disponente lo depositara en la Legación o el Consulado, cuando se produzca el fallecimiento del otorgante, deberá ser remitido al ministro de Relaciones Exteriores para que lo remita al juez del último domicilio, a los efectos, previo reconocimiento de la letra y la firma y de la rúbrica del principio y fin de cada página, de su protocolización.

Si no se remitiera el original, el reconocimiento de la letra y la firma, al no tener el documento a la vista, no podría realizarse, como dice Llerena(77)(296).

El procedimiento que marca el art. 3637, Cód. Civil, como se deduce de los párrafos precedentes, tiende a brindar seguridad a los testamentos otorgados en tales circunstancias.

El mismo propósito ha tenido el codificador para la redacción de los preceptos contenidos en el capítulo que tratamos a continuación.

VII. DE LA APERTURA, PUBLICACIÓN Y PROTOCOLIZACIÓN DE ALGUNOS TESTAMENTOS

a) Advertencia sobre la "publicación"

El epígrafe de este capítulo incluye el término "publicación", lo que no tiene sentido, porque sólo se trata de la apertura y protocolización. En todo él, no se considera caso de publicación alguna. La publicación, o no tiene sentido o, como dice Bibiloni(78)(297), ella debe resultar de la inscripción en el Registro público.

La palabra "publicación", como enseña Demolombe(79)(298), era usada en el viejo derecho francés con lo que se entendía "según la acepción técnica de esa palabra en esa época que el testamento podía ser considerado después (de la apertura del cerrado) como público y consultado por toda persona interesada", como decía Furgole(80)(299).

En las provincias de Francia, la publicación de los testamentos no está reglada de una manera uniforme ni cierta. De acuerdo con los usos del Châtelet de París, era suficiente llevarlo y depositarlo en la casa de un notario, según Pothier(81)(300) y Ferrières(82)(301).

De acuerdo con el Código Civil francés, el testamento debe ser presentado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

al presidente del Tribunal de primera instancia de la circunscripción donde es abierta la sucesión, quien, en el proceso verbal de la presentación, la apertura y el estado del testamento, ordenará el depósito en manos del notario que designe.

En el caso del testamento místico se procederá del mismo modo, pero la apertura deberá ser hecha en presencia del notario y de los testigos firmantes del acto.

Público es, pues, abierto y protocolizado; no corresponde al sentido moderno de la publicidad, ni expresa concepto distinto del de protocolización.

b) Reglas de procedimiento dentro del Código Civil

Este capítulo contiene reglas de procedimiento que las respectivas leyes locales reproducen, pero que el codificador ha incluido en el Código, con el objeto de brindar seguridad a los actos no instrumentados ante escribano público o bien para darles matricidad en los otorgados en países extranjeros ante funcionario público.

Así el testamento ológrafo, el cerrado y los especiales que estudiamos son susceptibles de apertura y protocolización.

El otorgado ante escribano público también puede serlo cuando pasa de un país a otro, por fuerza si ellos comprenden bienes inmuebles, por (83)(302) aplicación del art. 1211, Cód. Civil, como lo han resuelto los fallos judiciales.

Los que pasan ante los cónsules y funcionarios diplomáticos también deben serlo, según lo hemos dicho al tratar el art. 3637(84)(303).

En cuanto a los especiales, los arts. 3677 y 3681 contemplan el caso según hemos visto(85)(304).

También los otorgados ante un munícipe o jefe de lazareto, cuando no haya escribano público en el lugar, deben ser protocolizados, arts. 3689 y 3690, Cód. Civil.

c) Forzosa intervención notarial

La protocolización en todos los casos debe hacerse ante un escribano público (art. 1003, Cód. Civil, y leyes 11846, 15875 y 17711), como lo sostuvimos respecto de los testamentos ológrafos, en anterior oportunidad(86)(305).

d) A quién corresponde la designación del escribano

Es facultad privativa del juez la designación del escribano que ha de efectuar la protocolización del testamento, según lo resuelto en numerosos fallos(87)(306).

Por nuestra parte, hemos sostenido el derecho de los herederos para proponer el escribano(88)(307).

Cuando se trata de la protocolización de otra clase de instrumentos, como

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en el caso de las hijuelas, etc., se ha resuelto que corresponde la designación del propuesto por las partes, siempre que estén de acuerdo(89)(308).

Según Alsina(90)(309), se ha resuelto erróneamente que la facultad del Juez para designar escribano sólo se aplica en el caso del testamento ológrafo, y no cuando se trata del testamento cerrado, y excepcionalmente puede designarse al que las partes propongan.

e) Protocolización del hecho ante el juez de Paz u oficial municipal

El art. 3690 dispone que el testamento por acto público, hecho en la campaña o en los pueblos de campaña, ante el juez de Paz o ante un oficial municipal, debe mandarse protocolizar a solicitud de parte, sin ninguna otra diligencia previa.

El Código se circunscribe aquí al hecho en la campaña o pueblo de campaña, pero la disposición es extensiva al caso del art. 3689, relativo a los casos de peste o epidemia, al testamento consular del art. 3637 y al testamento marítimo de los arts. 3681/83 y 3687, como dice Segovia(91)(310).

Todos éstos son testamentos verdaderos hechos por acto público, en que se sustituye al escribano por el juez de Paz, el municipal, el jefe del lazareto o el capitán, pero se mandan protocolizar porque se encuentran hechos en una hoja suelta y deben agregarse al protocolo de un escribano, no para darles mayor autenticidad, sino para evitar su extravío, como sostiene Machado(92)(311), como medida cautelar, según lo resuelto en algunos fallos(93)(312).

f) Sin ninguna otra diligencia previa

Así lo dispone el final del art. 3690, porque, como dice el codificador en la nota, si el juez de Paz o el municipal pueden suplir la presencia del escribano, es necesario dar a los actos que la ley permite practicar ante ellos la misma autenticidad que los practicados ante escribano público.

De esa manera se evitan diligencias costosas y porque los funcionarios que obran como sustitutos ofrecen tantas garantías de circunspección y honorabilidad como el escribano, según Machado(94)(313).

Bastará con presentar al juez un instrumento de ese género, sea por el funcionario que intervino o por el interesado, para que, sin más trámite, se ordene su incorporación a un registro.

No es necesario justificar la autenticidad de la firma, porque ello surge, según Lafaille(95)(314), del hecho de haberse otorgado ante una persona que hizo las veces de escribano público.

Contrariamente, Llerena(96)(315) sostiene que, como lo ordena el Código de Chile, art. 1020, y como dispone el nuestro respecto del cerrado, art. 3694, Cód. Civil, por lo menos debió exigirse el reconocimiento de la firma de los testigos, del otorgante y del autorizante.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La protocolización es una medida cautelar que no importa decidir sobre la validez del testamento, y nada impide que los interesados puedan impugnarlo en el respectivo juicio sucesorio, lo que hace innecesarios tales requisitos.

g) Los testamentos deben presentarse tal como se hallen

Así lo dispone el art. 3691, Cód. Civil, tanto respecto del ológrafo como del cerrado, que deben ser presentados al juez del último domicilio del testador. En ambos casos la protocolización es forzosa.

Fallecido el disponente, la persona que tiene en su poder un testamento ológrafo o el oficial público que ha intervenido en el cerrado, deben presentar el testamento al juez, a los efectos de practicar los trámites que los Códigos de Procedimientos establecen para ordenar la protocolización. El escribano tiene la obligación de hacerlo, porque así lo ordena el art. 3671.

El procedimiento que fijan los Códigos de Procedimientos - el de la Capital Federal, actualmente ley 22434, arts. 704 y 705 - es una formalidad que no disminuye ni afecta la fuerza del testamento mismo, como sostiene Machado(97)(316). Las leyes locales no pueden alterar lo que dispone el Código Civil, y, si lo hicieran, serían inconstitucionales.

h) La protocolización del ológrafo

El art. 3692, como sostiene Lafaille(98)(317), adolece de una redacción poco feliz, al decir: "el testamento ológrafo si estuviere cerrado", porque da a entender que sólo se aplican sus disposiciones cuando se presente bajo cubierta, lo que no es así.

La norma se aplica a todos los ológrafos, con entera razón, con el fin de establecer la autenticidad de la letra y de la firma.

Este artículo no se refiere al testamento místico, sino a todos los casos, no siendo valedera la larga exposición de Machado(99)(318), en el sentido de que, como el art. 3650 dispone que "el testamento ológrafo vale como acto público y solemne", no ha podido ser descendido a la categoría de instrumento privado, que necesita reconocimiento para darle crédito.

A su juicio, Vélez Sársfield, siguiendo a Goyena, ha englobado el procedimiento especial establecido por el Código francés, art. 1007, para el testamento cerrado o místico, con el que sigue para el testamento ológrafo cerrado o abierto, como lo hace Demolombe(100)(319).

Nuestro artículo ha confundido ambos principios, de ahí que nos encontremos, según Machado(101)(320), con un testamento ológrafo que, no obstante tener la fuerza de un instrumento público, necesita el apoyo de testigos, de cuya declaración depende la fuerza que se le dé, lo que debe ser corregido cuando se revise y depure el Código de los errores que contiene.

Afirma, además, que el testamento ológrafo, por el hecho de encontrarse cerrado, no deja de ser testamento ológrafo y no puede ser sometido a

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

otras formalidades que las exigidas por la ley para su otorgamiento.

La norma que exige "el reconocimiento de la letra y firma del testador" es para el testamento cerrado del art. 3665, por lo que, según el, se ha cometido un error; pero, como la ley es clara, debe aplicársela en su sentido estricto, haciéndola recaer sobre todos los testamentos ológrafos cerrados. Nosotros pensamos que debe ser aplicada en todos los casos, sea que se presente abierto o cerrado, por el motivo dado en el encabezamiento de este acápite.

Bibiloni(102)(321), recogiendo las observaciones apuntadas, da mayor claridad al precepto, en esta forma: "Art. 55: El testamento ológrafo será presentado al juez, en el estado en que se encuentre, y si estuviere cerrado será abierto por él. Se procederá al examen de testigos, que reconozcan la letra y firma del testador...".

En materia de protocolización, la jurisprudencia, como dice Lafaille(103)(322), ha establecido los siguientes principios:

1º Procedencia: Si por su forma y contexto el documento llena los requisitos correspondientes a dicha categoría, debe protocolizarse, sin que ello importe reconocer su validez(104)(323).

2º Necesidad: No puede darse curso al juicio sucesorio sin la previa protocolización del testamento ológrafo(105)(324).

Hay casos especiales en que no se exige la protocolización del original del testamento: así, cuando se acompaña una reproducción fotográfica, por imposibilidad de presentar el título mismo(106)(325); o cuando éste se encuentra protocolizado en un país extranjero que ha firmado o se ha adherido al Tratado de Derecho Procesal de Montevideo(107)(326); o cuando el testamento ha sido protocolizado de acuerdo con las leyes del país donde fue otorgado(108)(327).

3º Nombramiento de escribano: A este respecto existen dos corrientes, como hemos expuesto en este mismo trabajo (punto VII, apartado a)]; una que impone la designación del escribano propuesto por la mayoría de los herederos, si no existen causales para el rechazo, y otra que considera esa designación como una facultad privativa del juzgado(109)(328).

4º Audiencia de reconocimiento: A la audiencia señalada para que los testigos reconozcan la firma del testador en el testamento ológrafo deben ser citados los herederos ab intestato(109 bis)(329).

5º Original agregado a un expediente archivado: La antigua jurisprudencia autorizaba el desglose de un testamento agregado a un expediente archivado, a los efectos de su protocolización(110)(330); posteriormente, ha predominado la decisión contraria(111)(331).

6º Exhibición: La necesidad de exhibir el testamento a peritos y testigos y las molestias que ello causa al escribano no pueden fundar el desglose del agregado al protocolo(112)(332).

La exhibición previa a que se refiere la ley procesal (art. 705 del Cód. de Procedimientos de la provincia de Buenos Aires, en vigor en la Capital Federal por la ley 1893, art. 318, actualmente reemplazado en virtud del art. 820 de la ley 17454 y sucesivas leyes posteriores, hasta la vigente 22434,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de 11 de marzo de 1981) sólo garantiza el derecho de los herederos o legatarios y no tiene lugar si se trata de un testamento ológrafo protocolizado(113)(333).

7° Idioma extranjero: En los casos de protocolización de testamentos otorgados en idioma extranjero, corresponde que el escribano transcriba íntegramente en la matriz el documento en su idioma original y su traducción(114)(334).

8° Impugnación: Debe protocolizarse el testamento antes de admitir discusiones sobre la validez del mismo(115)(335); el juez que ordenó esa protocolización no puede dejar sin efecto esa medida, sin que ello signifique pronunciarse sobre la eficacia o nulidad del testamento(116)(336); el tribunal debe considerar prudentemente la protocolización de un testamento en casos irregulares en que sucesivamente se invocan dos testamentos impugnados de falsedad, pues aun cuando la protocolización no prejuzga sobre la autenticidad del testamento, crea una situación de preferencia con respecto a los herederos ab intestato(117)(337).

La protocolización de un testamento no hace cosa juzgada, ni enerva el derecho de todos los que, perjudicados por su contenido o existencia, pretendan que se declare su nulidad o falsedad(118)(338).

i) La protocolización del testamento cerrado

Dispone el art. 3693, Cód. Civil: "Todo el que tenga algún interés en el testamento cerrado, puede pedir al juez que se abra". El precepto indudablemente se refiere a todos los que se crean con derecho a los bienes del testador, pues no tendría sentido que lo haga una persona carente de interés. Así, Machado(119)(339) afirma que es necesario, si no es pariente en grado sucesible, que se demuestre tener un interés legítimo. Porque no es posible admitir que, por mera curiosidad, deba ser atendido por el juez.

Interpretación de la que no participa Llerena(120)(340), porque de antemano no es posible saber quiénes son los verdaderos interesados, y, de accederse al pedido, no resultará ningún inconveniente, puesto que antes de proceder a la apertura del sobre que lo contiene debe citarse a los herederos ab intestato y a los demás funcionarios que indica la ley procesal, agente fiscal, etcétera.

Nos inclinamos por la posición de Llerena, y en definitiva será el juez, quien, en mérito a los argumentos que se esgriman, deberá decidir si accede a la petición o la rechaza.

El procedimiento por seguir en el caso de la presentación de un "testamento cerrado" está indicado en los arts. 3694 y 3695, que disponen:

"Art. 3694. El testamento cerrado no podrá ser abierto sino después que el escribano y los testigos reconozcan ante el juez sus firmas y la del testador, declarando al mismo tiempo si el testamento está cerrado como lo estaba cuando el testador lo entregó."

"Si no pueden comparecer todos los testigos por muerte o ausencia fuera de la Provincia, bastará el reconocimiento de la mayor parte de ellos y del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

escribano."

"Art. 3695. Si por iguales causas no pudieren comparecer el escribano, el mayor número de testigos, o todos ellos, el juez lo hará constar así, y admitirá la prueba por cotejo de letra. Cumplido esto, el juez rubricará el principio y fin de cada página, y mandará protocolizar el testamento y dar a los interesados las copias que pidiesen."

La primera cuestión que se suscita es si las formalidades impuestas para la apertura de los testamentos cerrados son esenciales, como ocurre con las reglas preceptuadas para las formas que deben guardar los testamentos. Estas son medidas reglamentarias tendientes a asegurar que el pliego contenido en la carátula no haya sido sustituido.

Dichas formalidades en manera alguna pueden ser causa de la anulación del testamento, porque no son las formas exigidas para el otorgamiento del instrumento; son formalidades que deben cumplirse después de la muerte del testador por personas ajenas.

No es posible que formalidades ajenas a la voluntad del testador puedan anular sus disposiciones.

j) Condiciones en que debe estar el testamento

El escribano y los testigos no sólo deben reconocer ante el juez y previamente a la apertura del sobre sus firmas y la del testador, sino también declarar si el testamento está cerrado como cuando lo entregó el testador.

Esta disposición ha motivado discrepancias en los autores, sobre la invalidez o no del testamento que no reúne ese requisito de conservarse igual al momento en que el testador lo entregó. Se plantean dudas respecto de las posibilidades que puedan presentarse.

Segovia(121)(341) y Llerena(122)(342) son de opinión de que si el testamento está redactado en pliego independiente del sobre que lo contiene o en el que estaba guardado, el testamento quedará nulo, de acuerdo con la interpretación dada por el art. 3836 y su nota.

Si los testigos y el escribano declaran que no se encuentra en las mismas condiciones que lo entregó el testador, será nulo, porque se presume que éste lo ha roto como un medio de revocarlo, salvo que en forma absoluta se pruebe lo contrario, es decir que la rotura no la efectuó el causante, según el art. 3835.

Sabiendo que el testamento ha sido abierto después de la muerte del testador, no es de aplicación lo dispuesto en el art. 3836, porque, no siendo el pliego separado de la carátula, desaparece el peligro de la sustitución.

Si ha sido escrito en el mismo pliego en que se ha redactado la carátula, y no se ha guardado el procedimiento que marca la ley para abrirlo, no puede invalidárselo, porque el art. 3694 contiene una norma de forma y no de fondo.

Para Machado(123)(343), son cuestiones de hecho que deberán apreciar los jueces y, a menos que se probare el fraude o la sustitución del pliego, o que el mismo testador lo abrió, quedando revocado, el testamento conserva

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

su validez.

k) No es necesaria la concurrencia de todos los testigos

Basta que lo haga el escribano y la mayor parte de ellos, lo que demuestra que estas formalidades no son esenciales. Es una disposición lógica, puesto que si los testigos o el escribano estuvieren ausentes del país o hubieran fallecido, habría un impedimento insalvable para cumplir el precepto.

Como dice Segovia(124)(344), la enfermedad, que también es un motivo justificado por Goyena, no importa una imposibilidad ni aun transitoria para que se tome declaración a los testigos o al escribano. Nada obsta para que el juez se traslade al domicilio del enfermo o que se posponga la audiencia.

l) Admisión del cotejo de letras

El art. 3695 constituye una demostración más de que estas normas no son esenciales y que su inobservancia no produce la nulidad del testamento. Así es que cuando no pudieren comparecer el escribano ni los testigos o se encontraren ausentes del lugar o en la imposibilidad de comparecer, el Código admite la prueba del cotejo de la letra y la firma del testador, para que, una vez cumplido ese requisito, se disponga por el juez la protocolización.

El cotejo de letra debe hacerse en la forma que indican las leyes de procedimientos, nombrando peritos calígrafos que comparen las firmas de la cubierta con otras originales, constantes en instrumentos públicos. Si los peritos poseen título habilitante y sus conclusiones fuesen asertivas en forma concluyente, tendrán fuerza legal, de acuerdo con las leyes de procedimiento (ley 4128, art. 26 y ley 22434, art. 477). Si no fuere así, se plantea el interrogante de si procederá la apertura del testamento.

Según Machado(125)(345), el art. 3695, Cód. Civil, da a entender que la apertura sólo tiene lugar cuando del cotejo resulta que las firmas son las mismas, pero nada dice para el caso contrario.

A su entender, debe abrirse para conocer las disposiciones testamentarias, dando intervención a los herederos nombrados para que demuestren en juicio ordinario la legitimidad de las firmas o para que hagan valer sus derechos, si resultare que el contenido interior es un testamento ológrafo.

En el primer caso no debe ordenarse la protocolización, puesto que la prueba resulta desfavorable; en el segundo sí, porque el testamento ológrafo vale como un instrumento público (art. 3650, Cód. Civil).

II) Inexistencia de firmas para realizar el cotejo

En caso de que no existieran firmas para realizar el cotejo, al encontrarse el juez imposibilitado de cumplir la ley en su parte literal, según Machado, deberá hacerlo constar así, por no existir firmas constantes en documentos auténticos que permitan realizar el cotejo, y procederá a la apertura, sin que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tenga derecho a exigir la prueba de la autenticidad de las firmas por la prueba testimonial ni ningún otro medio de prueba, porque no se puede crear una obligación que no nazca de la ley.

Pensamos que el testamento en todos los casos debe abrirse para conocer las disposiciones, y que hagan valer sus derechos los que resultaren herederos.

Como sostiene Llerena(126)(346), la prueba de la autenticidad de la firma puede hacerse por testigos y aun por otros medios de prueba, como lo establece el Código con respecto a los documentos privados, como principio general, en el art. 1033.

De todas maneras, la protocolización debe hacerse, porque no constituye prueba de la autenticidad del testamento, si fuese negada, ni constituye declaratoria de herederos, como afirma Bibiloni(127)(347).

Es que la protocolización no causa estado, es sólo una medida de seguridad, para la conservación del documento y no impide que en un juicio ordinario o plenario se discuta la validez del testamento por vicios de fondo o de forma, como dice Segovia(128)(348).

Los vicios aparentes del testamento, como sostiene Troplong(129)(349), no serían motivo para negar su apertura y descripción, pues el ministerio del juez es puramente pasivo y desempeña un acto de jurisdicción voluntaria, en estos casos.

La Cámara Civil 2ª, el 4/8/924(130)(350), ha resuelto, en el caso en que se llegó a una transacción entre los litigantes, que mediando acuerdo entre los herederos instituidos y los ab intestato, procede hacer lugar al desistimiento de la solicitud de protocolización del testamento.

m) La escritura de protocolización del testamento

Antiguas prácticas notariales indicaban la necesidad de incorporar el testamento y las piezas del expediente judicial, así lo disponía el Código de Procedimientos de la Provincia de Buenos Aires(131)(351), que rigió en la Capital Federal, por mandato de la ley 1893(132)(352), cuyo art. 712, establecía: "La protocolización se hará otorgando el juez escritura relacionada, con transcripción solamente de la carátula, del contenido del pliego, del acta de apertura y del auto definitivo".

Como enseña Alsina(133)(353), la protocolización se ordenará previa vista del señor agente fiscal(134)(354) y se hará extendiendo una escritura pública que será firmada por el juez y el actuario, en la que se transcribirá el testamento con todas las actuaciones judiciales, las que serán agregadas al protocolo, entregándose copia a los interesados para la promoción del juicio sucesorio ante el juzgado de turno.

Por su parte, la ley 1853 de justicia de Paz de la provincia de Buenos Aires(135)(355) disponía:

"Art. 83. La escritura de protocolización de testamentos, de los poderes y demás análogas, se extenderán en papel sellado de actuación, formándose con ellos anualmente un libro que se denominará Protocolo del Juzgado y que se confeccionará con las formalidades del Libro de Actas."

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"Art. 85. La protocolización de las diligencias que se practiquen (en el caso de los testamentos ológrafos) se hará en el Protocolo del Juzgado, dándose a los interesados los testimonios que pidiesen."

n) Las leyes 11846 y 15875 que modificaron el art. 1003, Cód. Civil

Las leyes 11846, de 6/7/934, y 15875, de 2/10/961, han operado una transformación sustancial al Código Civil, al suprimir los testigos en las escrituras públicas y modificar el procedimiento de las de protocolización, incorporando al final del art. 1003, Cód. Civil(136)(356) lo siguiente:

"La protocolización del documento exigida por ley, se hará por resolución judicial previa. El documento a protocolizarse será entregado al escribano público que haya de realizar la diligencia, para que lo agregue a su protocolo, mediante un acta que contenga solamente los datos necesarios para precisar la identidad del documento protocolizado. El escribano público que haya realizado la protocolización dará a los interesados los testimonios que se le pidieren."

Estas "actas" que manda confeccionar la ley 11846, por su naturaleza, son las únicas verdaderas actas en nuestro derecho vigente, según la clasificación de Pelosi(137)(357), lo que surge no sólo de su contenido sino también por la técnica de su redacción, ya que incluso se prescinde de comparecientes.

o) Acta que contenga solamente los datos necesarios para precisar la identidad del documento protocolizado

De acuerdo con la reforma introducida por la citada ley, la protocolización del testamento se realiza por simple acta protocolar, que no firma el juez y menos el secretario, carece de comparecientes y testigos, no requiere la incorporación del expediente ni la transcripción del testamento, sino solamente los datos necesarios para precisar la identidad del documento protocolizado.

Reputamos que todo esto es sumamente peligroso; sin embargo, es lo que dice la ley, y así lo determinó el Colegio de Escribanos(138)(358) al resolver sobre el alcance de la ley 11846: "Con la agregación al protocolo de los documentos originales, cuya protocolización se dispone por mandato judicial, se llenan todos los fines de la ley, no siendo necesaria su transcripción".

"La misión notarial queda cumplida al extender el acta que contenga los datos que dejen individualizado el documento de que se trata y el mandato judicial que lo ordena."

"La ley 11846 importa una modificación a las disposiciones pertinentes del Código Civil relativas a las escrituras públicas."

Por su parte el Instituto Argentino de Cultura Notarial(139)(359), al elucidar cuestiones jurídicas de interés notarial, sentó la siguiente doctrina: "En las protocolizaciones de testamentos ológrafos es suficiente incorporar al protocolo el testamento"(140)(360).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En los dictámenes evacuados en la oportunidad, si bien sus miembros están contestes en que ésa es la doctrina que surge de la ley 11846, algunos de los consejeros han señalado que existen múltiples ventajas en protocolizar todas las actuaciones: que esta ley que sólo ordena entregar el testamento al escribano está en pugna con el art., 3692 del Código Civil, que dispone su entrega con todas las diligencias hechas.

Por tal motivo deben incorporarse todas las actuaciones producidas y es conveniente aconsejar que se proceda así.

El extravío de los expedientes judiciales es alarmante; como lo señalaron en sus dictámenes los consejeros Miguel N. Falbo, Carlos A. Pelosi y el autor de este trabajo, es un fundamento no desatendible.

Por lo demás, con la incorporación al protocolo de todas las piezas del expediente y la transcripción del testamento, aparte de evitarse dudas sobre la interpretación de la ley, se brinda seguridad, que es misión primordial de los escribanos.