

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EL TESTADOR Y SU ACERTADO MODO DE RAZONAR Y DISCERNIR(*) (846)

ALICIA ESTER BUSTO

En la casi totalidad de los testamentos otorgados por acto público en nuestro país aparece consignado el juicio del escribano interviniente sobre la aptitud mental del testador, generalmente expresado a través de una frase consagrada por el uso: "...encontrándole en el pleno goce de sus facultades intelectuales, dado su acertado modo de razonar y discernir...".

Según la Real Academia Española, razonar es "discurrir manifestando lo que se discurre o hablar dando razones para probar una cosa" (en segunda acepción -que obviamente debe ser descartada en relación con el tema de este artículo- es "hablar de cualquier modo que sea")(1)(847). Discernir es "distinguir una cosa de la otra señalando la diferencia que hay entre ellas"(2)(848); discernimiento es "juicio por cuyo medio percibimos y declaramos la diferencia que existe entre varias cosas"(3)(849); y racionalidad es "la facultad intelectual que juzga de las cosas con razón, discerniendo lo bueno de lo malo y lo verdadero de lo falso"(4)(850).

Cabría, entonces, concluir que un escribano aprecia que una persona dispuesta a otorgar su testamento se encuentra "en pleno goce de sus facultades intelectuales" cuando dicha persona -a través de la comunicación con el notario y a juicio de éste- ha expuesto con coherencia razones convincentes por las que distingue lo bueno y lo cierto de lo verdadero y lo falso.

Más en tribunales colegiados, consejos directivos y, en general en todo cuerpo u organismo pluripersonal, habitualmente se enfrentan criterios divergentes de sus integrantes, quienes exponen sus puntos de vista con racionalidad. A raíz de tales disparidades, se dictan sentencias o se adoptan resoluciones no por unanimidad sino por mayoría de votos. Podría, entonces, decirse que en tales situaciones hay quienes han razonado y discernido bien y quienes, por el contrario, lo han hecho mal. Sin entrar a divagar sobre las equivocaciones de las mayorías, si nos aferráramos estrictamente a la semántica de la recordada fórmula notarial, llegaríamos al absurdo de negar capacidad para testar al juez o al directivo que en el fallo o en la resolución no ha razonado y discernido bien a nuestro juicio. Es que la remanida fórmula mencionada en el primer párrafo (la que constituye una tradición notarial de siglos, que nos viene de Francia, España e Italia) no debe tomarse en el sentido literal sino en la intención de lo que el escribano quiso decir; esto es, que el testador está aparentemente cuerdo, en condiciones de resolver libremente sobre la disposición de su patrimonio, expresando con coherencia qué es lo que ha decidido y qué quiere hacer constar en su testamento; es decir, que el testador se encuentra en la "perfecta razón" que quiere el artículo 3615 del Cód. Civil.

En varios pronunciamientos judiciales, en nuestro país, se ha considerado el alcance de la manifestación vertida por el escribano respecto de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

capacidad mental del testador. A ello nos referiremos ya que este trabajo no pretende ser sino un comentario a dichas sentencias, circunscrito exclusivamente a ese aspecto de la intervención del escribano.

Pasemos primero revista a las ocho sentencias que hemos hallado en nuestros repertorios jurisprudenciales:

1. Sentencia del 17 de marzo de 1926, dictada por la Cámara Civil 2^a. de la Capital Federal in re "Castagnetto c/Sucesión Abregú(5)(851).

El juez de Cámara, doctor Salvat, en su voto, tras mencionar que en el testamento impugnado el autorizante dio fe de que el otorgante se encontraba en la plenitud de sus facultades intelectuales, expresa que, en lo concerniente a declaraciones emanadas del oficial público que autoriza el instrumento, sólo hacen fe y tienen fuerza probatoria aquellas relacionadas con el ejercicio de sus funciones, pero no las que recaen sobre hechos extraños a ellas, como ocurre precisamente con la declaración que los escribanos insertan sobre el estado mental del testador: que la apreciación del escribano es un punto completamente extraño a la competencia del oficial público y sobre el que sus afirmaciones carecen de eficacia legal. Añade -citando la nota del art. 3616 del Cód. Civil- que el estado de demencia es un hecho susceptible de ser probado con testigos, aunque el escribano haya expresado en el testamento que el otorgante se hallaba en su perfecta razón, pues los escribanos no tienen misión para comprobar el estado mental de aquellos cuyas voluntades redactan, reiterando que sus enunciaciones valederas son únicamente las relativas a la sustancia misma del acto y a las solemnidades prescritas.

2. Sentencia dictada el 23 de octubre de 1931 por la Cámara de Apelaciones de Azul, en autos "Ortiz c/Ortiz s/testamentaria"(6)(852).

En este caso se impugnó la validez de un testamento por acto público, cuyos tres testigos eran médicos -uno de ellos nada menos que el renombrado psiquiatra doctor Cabred-, de los cuales, dos fueron llamados a declarar en la causa. Uno de ellos, al testimoniar, expresó que el testador era aparentemente un hombre normal y así lo consideró, sin que ninguna circunstancia le hiciese pensar de otra manera, pero, como médico, se limitó a atender las dolencias propias de la especialidad del declarante (que no era psiquiatra); categóricamente expresó que el testador "le pareció normal", pero que no podía afirmar su juicio sobre su salud mental, pues no lo examinó al respecto.

Al votar, el camarista doctor Larrán expresa que el escribano A.P. ha tratado al testador con motivo del otorgamiento del testamento que él autorizó y que da origen a la litis y, ya que el notario es profano en la ciencia médica, debe concluirse que su afirmación sobre la salud mental del testador no reviste mayor importancia; que su juicio se funda en las apariencias observadas en el testador a través de la relación accidental mantenida con motivo del otorgamiento de aquel acto jurídico; que si un médico no ha podido emitir juicio concreto sobre el punto en cuestión, con menos fundamento ha podido hacerlo el escribano.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

3. Sentencia del 17 de mayo de 1963, de la Cámara 2^a. de Apelaciones de La Plata, Sala 2^a., en "Paparella, Angela Mario de c/Paparella Juan s/sucesión"(7)(853).

En la sentencia, el doctor Ibarlucía, al mencionar que en el testamento del causante se consignó que Paparella procedió a dictarlo "con visible lucidez de espíritu y sano juicio", expresa que ya el codificador advirtió sobre los peligros de prestar fe a afirmaciones de ese jaez, en la nota al art. 3616 que transcribe.

4. Sentencia del 4 de setiembre de 1964, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala D, en el caso "Vitale, Francisco y otra c/Rógora de Doyle, María U., suc"(8)(854) .

Se expresa en el fallo que "aun cuando las enunciaciones valederas de los escribanos son únicamente las relativas a la sustancia misma del acto y a las solemnidades prescriptas, pues no es su misión comprobar auténticamente el estado mental de aquellos cuyas voluntades redactan (conf. nota al art. 3616), lo cierto es que por ello no deben desecharse las manifestaciones del escribano G., como las de un testigo más que corrobora los dichos" de los que depusieron en autos.

5. Sentencia del 10 de octubre de 1972, de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Sala F, en "M., H.M. c/M., C.F., sucesión"(9)(855) .

El doctor Demaría -a cuyo voto adhirieron los doctores Anastasi de Walger y Collazo- recuerda la nota de Vélez Sársfield al art. 3616, Cód. Civil, y más adelante expresa que, ante todo, se trata de un testamento por acto público y, por tanto, las manifestaciones del escribano acerca de ciertos actos que caen bajo la apreciación de sus sentidos deben merecer fe mientras no sean argüidas de falsas. Si bien no puede admitirse sin reparos la expresión de que el testador se halla en su sano juicio, desde que no es perito en la materia, sí lo es respecto del aspecto exterior del enfermo y de su apariencia de sanidad mental.

6. Sentencia de la Cámara Civil y Comercial 2^a. de San Martín, del 5 de abril de 1973, en el expte. "M., T. M. y otros c/M. de E. N."(10)(856).

En el fallo, tras examinar las declaraciones de los testigos y de restar importancia decisiva a la pericia médica post mortem, el juez doctor Martínez Sosa pasa a referirse al escribano autorizante del testamento, diciendo que, aunque haya expresado en dicho acto que el testador, a su juicio, "se encuentra en pleno uso y goce de sus facultades mentales según su acertado modo de razonar", tal atestación es inocua porque los escribanos no tienen por misión comprobar auténticamente el estado mental del testador; además, la fe del instrumento sólo se refiere a la actuación personal del oficial en el ejercicio de sus funciones, pero no se extiende a las aseveraciones al margen de su cometido, como las apreciaciones sobre la salud mental y física de los comparecientes que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

pueden ser rebatidas por cualquier medio de prueba.

7. Sentencia del 8 de abril de 1975, de la Cámara 1ª. Civil y Comercial de San Isidro, en el caso "F. S., M. E. A. y otro c/R. de R., J."(11)(857).

Aquí se trae a colación una decisión del Tribunal Supremo de España fechada el 14 de abril de 1925, en la que se declaró que la afirmación de un notario de que el testador tenía capacidad para otorgar testamento no supone necesariamente que haya de aceptarse como verdad indiscutible, sino que puede ser destruida por pruebas ulteriores. Y ya con referencia a nuestro ordenamiento, se remite al antecedente jurisprudencial del caso "Vitale c/Rogora de Doyle" que hemos mencionado en el punto 4 de esta reseña.

8. Sentencia de la Cámara 28 de Apelaciones de San Nicolás, del 11 de abril de 1979, en "Terzi, Fernando F. c/Corradi, José, sucesión"(12)(858).

Se dice escuetamente en este pronunciamiento que la presunción de capacidad del art. 3616, Cód. Civil, se ve reforzada por la que emana del propio testamento y se cita la opinión de Mazeaud de que si bien la simple opinión del notario sobre el estado del testador no debe ser equiparada a una comprobación material, posee el valor de una presunción.

Los artículos 3615 y 3616 del Código Civil constituyen la regulación básica de las condiciones de capacidad mental para testar. Bien entendido que se trata de la capacidad mental exigida para otorgar el acto, la que no debe confundirse con la existencia de vicios de consentimiento, los que lógicamente presuponen la capacidad a que se refieren los artículos mencionados(13)(859).

Partiendo de la presunción de que toda persona está en su sano juicio(14)(860), el concepto legal de capacidad de quien instrumenta sus disposiciones testamentarias está condensado en el primer párrafo del art. 3615: "Que la persona esté en su perfecta razón".

Apunta Achával(15)(861) que, en el art. 141 del Cód. Civil(16)(862), entre las afecciones que pueden decidir una declaración de demencia está la imbecilidad, y que, en la nota del art. 3615, el codificador cita al idiotismo como integrando el conjunto de afecciones incluidas en la declaración genérica de demencia; que tanto los idiotas como los imbéciles están considerados dementes, en sentido jurídico, pero que, en cambio, no lo están los débiles de espíritu, oligofrénicos menores o frenasténicos menores que tienen su capacidad civil plena. Y, con referencia a los llamados "intervalos lúcidos", Nerio Rojas dice que el concepto proviene de la idea antigua y equivocada de que la alienación y la lucidez son excluyentes entre sí, cuando es posible y frecuente la persistencia de la lucidez y razón en la locura(17)(863).

Naturalmente que debe examinarse cada caso en particular para apreciar si están dadas las condiciones impuestas por el art. 3615, ya que la plenitud de razonamiento -con las variantes resultantes de la intelectualidad, grado de instrucción, etc. de cada individuo- no solamente puede verse anulada o disminuida por enfermedades propiamente mentales, sino también por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ciertos hábitos (drogadicción, alcoholismo), algunas enfermedades no mentales, declinación por edad avanzada (senilidad), tratamientos médicos con ingestión de medicinas que contengan drogas y aun por momentáneos estados psicológicos, emocionales o somáticos (ira, euforia, depresión, dolor agudo, shock, hipnosis, beodez ocasional, etc.) muchos de cuyos supuestos conforman la multitud de fronterizos que en principio no tienen impedimento legal para testar, atento la presunción del artículo 3616 del Código Civil.

Ya se advierte, pues, que, en multitud de casos, resulta asaz dificultoso determinar si el testador se encuentra apto para redactar o dictar sus disposiciones de última voluntad. La norma del art. 3515 ha dado lugar a extensos debates doctrinarios y judiciales que aquí soslayamos, ya que ese tema excede largamente los modestos límites de este trabajo. Pero, quien quiera profundizar en el tema no podrá prescindir de la lectura del enjundioso voto del doctor Llambías en el caso "M. de H. de A., M. L. y otros c /R., A. y otros"(18)(864) y de dos notas de Spota a sendas sentencias(19)(865). Una buena síntesis, además, encontrará en Ferrari Ceretti(20)(866) y Carneiro(21)(867).

Antes de examinar la afirmación notarial sobre el estado mental del testador, estimamos indispensable precisar someramente cuáles son las expresiones notariales que en una escritura pasan a constituir las verdades que dimanar de un instrumento público y cuáles las que no alcanzan esa categoría.

La fe pública, ha dicho Couture, es un objeto jurídico, una estructura ideal que sirve como instrumento técnico. Es, para el siempre recordado maestro uruguayo, una calidad especial de autoridad. Se da fe en que una cosa es así porque el escribano lo ha percibido *ex propriis sensibus*. De acuerdo con la ley, la aseveración adquiere validez y efecto jurídicos(22)(868).

La fe pública supone la existencia de una verdad oficial; es una necesidad de carácter jurídico que obliga a admitir como auténticos hechos y actos, aunque no creamos en ellos. Entonces, la creencia en esa verdad oficial está impuesta por un imperativo jurídico(23)(869). Si así no fuera, ni leyes ni sentencias ni documentos notariales tendrían eficacia, si a cada momento pudiera ponerse en duda la autenticidad de su contenido o su legitimidad, afirma Azpeitia(24)(870).

Por lo tanto, la fe pública notarial conlleva la aceptación de cuanto el escribano autoriza y afirma(25), porque, como bien apunta Couture, no hay más fe pública que la fe en el notario.(26)(871)

Desde ya que no todo cuanto vierte el notario en la escritura se encuentra al amparo de la fe notarial. Enseña Sanahuja y Soler(27)(872) que los hechos autenticables son aquellos que pueden apreciarse directamente por los sentidos de la vista y del oído. Pero reconoce el citado notarialista hispano que en realidad la función autenticadora se ha extendido más allá de la percepción sensorial, dado que existen supuestos que no pueden ser objeto de una percepción meramente intuitiva, sino que suponen una elaboración intelectual, en cuyo caso quizá la autenticación, aun no alcanzando a la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

categoría de fe pública, llegue, quizá, a tener el valor que puede acordársele a un dictamen.

Esa fe notarial no va más allá, pues, de los hechos jurídicos que sean de conocimiento propio, directo y verdadero del escribano y que, además, sean inherentes a sus funciones, atribuciones y autoridad(28)(873) .

Lo que está probado en el documento público hasta la declaración de falsedad es únicamente la sinceridad de las declaraciones y afirmaciones que procedan del oficial público respecto de los hechos que puede y debe comprobar *ex propriis sensibus*, lo que no sucede con los que él mismo refiere cuando la ley no le acuerda la misión de hacerlo, afirman Colin y Capitant(29)(874). Similar es la opinión que tienen Planiol y Ripert(30)(875): Las declaraciones del funcionario público solamente tienen plena fe en tanto las haya hecho de conformidad con su misión. Si hace constar en el documento, como ciencia propia, un hecho que no le incumbe comprobar, su manifestación sobre este extremo no tendrá mayor valor que la de un testigo ordinario, y la querrela de falsedad no será necesaria para desvirtuarla. Es que, como dice Josserand, no hacen fe las manifestaciones que, aun emanando del oficial no son por su parte más que la expresión de una opinión personal(31)(876) .

En nuestra legislación, de acuerdo con el art. 993 del Cód. Civil, los instrumentos públicos hacen plena fe de la existencia material de los hechos cumplidos por el oficial público o que han pasado en su presencia. Gozar así de la presunción de autenticidad que merece la actuación del oficial público(32)(877), esto es, que, estando en condiciones regulares, el instrumento prueba por sí mismo en su carácter de tal(33)(878).

Pero es menester discriminar entre el documento público en sí mismo y su contenido, y, aun en este último, distinguir los hechos pasados ante el oficial, por una parte, y las manifestaciones de las partes y del propio oficial, por la otra(34)(879).

La doctrina nacional, en la interpretación de la norma legal citada, con referencia al contenido del instrumento público, distingue los hechos cumplidos por el oficial, a los que acuerda plena fe, de las manifestaciones emitidas por éste: Así, Borda(35)(880) enseña que la fe debida al oficial no se extiende a todas sus afirmaciones, sino solamente a lo que él ha hecho, visto u oído por suceder en su presencia y "en el ejercicio de sus funciones". Llambías(36)(881) expresa que la fe del instrumento sólo se refiere a la actuación personal del oficial "en el ejercicio de sus funciones", pero sin extenderse a las aseveraciones al margen de su cometido. Salvat(37)(882) dice que el art. 993 del Cód. Civil supone que se trate de hechos que el oficial público tuviese misión de comprobar y, por lo tanto, dicha norma no se aplica en el caso de simples apreciaciones de aquél. Spota(38)(883), citando a Sanahuja y Soler, afirma que, si la fe pública es la garantía que da el Estado de que determinados hechos que interesan al derecho son ciertos, entonces sólo cabe, tratándose de instrumentos públicos, cubrir con esa fe pública los hechos que han sido previstos en la norma jurídica general y de los que derivan derechos, obligaciones y sanciones. Salas(39)(884), en prieta síntesis, señala que los instrumentos públicos sólo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hacen plena fe con respecto a los hechos que el oficial público anuncia como cumplidos por él mismo o que han pasado en su presencia; de las manifestaciones de las partes sólo da fe el oficial público en cuanto a que ellas se expresaron, de modo que no gozan de ese valor probatorio. Se advierte, pues, que nuestros autores siguen el pensamiento del codificador expresado no solamente en el texto del art. 993, sino también en su nota.

Tocante a la apreciación del notario sobre la capacidad mental del testador, no se encuentra en la doctrina nacional ni en la extranjera ninguna discrepancia en cuanto a que ella no hace la plena fe que dimana del instrumento público y que, en consecuencia, no es necesaria la redargución de falsedad para atacarla. Hay, sí, alguna discrepancia con respecto al valor de la manifestación y a su procedencia.

Entre los autores franceses (además de lo ya mencionado por Josserand, Planiol-Ripert y Colin y Capitant), Troplong(40)(885) expresa que la manifestación notarial sobre la sanidad mental del testador no es obstáculo para la prueba en contrario y que el notario no es juez de la capacidad de los individuos, máxime de una capacidad moral e interior; que el notario se pronuncia sólo por las apariencias y que, en materia de demencia, nada es más incierto que las apariencias.

Baudry-Lacantinerie y Colin afirman que carece de valor legal esa apreciación personal del notario y que éste no podría dar fe de la salud mental del testador, por el principio de la comprobación *ex propriis sensibus*(41)(886).

Ripert-Boulanger, con apoyo de jurisprudencia francesa, expresan que es muy frecuente que el notario indique que el testador es mentalmente sano, pero aquél no tiene ninguna calidad legal para verificarlo, y su apreciación no hace fe, pudiendo, a lo sumo, constituir una simple presunción de hecho(42)(887).

Para Mazeaud y Mazeaud(43)(888), la manifestación, aun constanding en un instrumento público, no da fe de la sanidad mental del testador hasta la impugnación de falsedad, ello así porque refleja sencillamente la opinión personal del notario.

El catedrático belga Arntz(44)(889), citando sentencias de casación de Francia, del 27 de febrero de 1821 y del 14 de febrero de 1828, opina que el acto público autentica los hechos que caen bajo los sentidos, pero no las expresiones de una opinión del notario, como aquella respecto a la salud mental del donante o testador; que el notario no debe emitir opiniones o apreciaciones que no están dentro de su misión y que nada prueban; recuerda que rige la presunción de que toda persona es sana hasta que se pruebe lo contrario, como lo ratifica la jurisprudencia que menciona.

Para el alemán Zachariae(45)(890), la salud mental es un hecho sobre el que el notario no tiene misión de comprobar y que, consecuentemente, no puede certificar de modo auténtico.

No hay discrepancia en la doctrina italiana: Francesco Ricci dice que, para atacar la veracidad de la manifestación, no es necesario impugnar de falsedad el testamento, tal como lo ha resuelto la jurisprudencia italiana, porque ni el notario es juez competente para determinar si el testador está o

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

no en su cabal juicio, ni puede merecer confianza, en orden a su apreciación o a sus particulares convicciones que ha creído exponer en el documento, rebasando así los límites de su cargo. Menciona una decisión del Tribunal de Apelaciones de Lucca, que data del 1° de agosto de 1871, la que textualmente reza: "[...] dicha declaración no se refiere a la disposición ni atestigua ningún hecho, sino que es la expresión de un juicio que pudo ser erróneo, por estar fundado en meras apariencias y que es extraño a las atribuciones del notario, dentro de las cuales se imprime la autenticidad a los actos que autoriza y que están limitadas a las enunciaciones y afirmaciones relativas a la esencia de dichos actos y al cumplimiento de las solemnidades prescritas para su validez y no se extienden ni pueden extenderse a comprobar el cabal juicio del testador"(46)(891).

Messineo(47)(892) afirma que no entra, entre los cometidos del notario, asegurarse de la idoneidad psíquica y de la capacidad de obrar del testador, y la atestación notarial al respecto, aun cuando pueda significar un indicio de salud mental, no tiene la eficacia probatoria del instrumento público.

Polacco(48)(893) observa que el notario no es un perito médico legal y no hace plena fe más que de los actos que declara realizados en su presencia. Se apoya en una decisión de la Corte de Apelación de Caltanissetta, fechada el 15 de julio de 1933, y hace notar que sobre la cuestión la doctrina es pacífica.

Adrede hemos dejado, para el final de esta reseña de la doctrina extranjera, a Demolombe y a De Gásperi. El primero es el autor que más extensamente escribe sobre el tema que nos ocupa (le dedica tres páginas); el paraguayo es quizás el único que, aun cuando sin discrepar en lo esencial, asume, por así decirlo, la defensa de la mención del notario sobre la salud mental del testador.

Demolombe(49)(894), a quien nuestro codificador cita en la nota del art. 3616, se explaya sobre el tema, y su pensamiento es la fuente que surte a prácticamente todos los autores que hemos examinado. Comienza diciendo que, ante la atestación de que el disponente, aparentemente, se encuentra sano (sain de ses sens, mémoire et entendement), es receptable la prueba testimonial en contrario, sin que sea necesario recurrir a la redargución de falsedad del instrumento (l'inscription de faux). Ello así porque el notario se pronuncia solamente por las apariencias, y bien pudo equivocarse en el corto lapso que ha durado el acto. Pero la razón verdadera es que los notarios, como los demás oficiales públicos, solamente autentican dentro de los límites de sus atribuciones, esto es, en lo relativo a la sustancia propia del acto y al cumplimiento de las solemnidades requeridas. Los notarios no han recibido de la ley la atribución de comprobar el estado mental del disponente, y, por lo tanto, la manifestación que en tal sentido puedan hacer no se relaciona ni con la sustancia ni con las solemnidades del acto; por lo tanto, no pueden dar fe al respecto con validez hasta la querrela de falsedad. Tras recordar que Pothier ha dicho que esta cláusula es totalmente inútil, observa que, sin embargo, el notario está obligado desde un cierto punto de vista a apreciar él mismo la sanidad mental del disponente, ya que está

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

claro que debe rehusarse a recibir un acto de disposición emanado de una persona insana. Siguiendo este pensamiento, distingue tres situaciones que pueden presentarse: o el notario reconoce que quien quiere testar está insano, en cuyo caso debe rehusarse al otorgamiento (lo que es grave, dice, y solamente debe proceder así si tiene certeza y evidencias), o vacila, dudando sobre el verdadero estado del disponente, en cuyo caso debe recibir las disposiciones (opina Demolombe que, en tales circunstancias, lo mejor sería que guardara silencio sobre el estado mental del otorgante) o, por último, el testador le parece enteramente en sus cabales, y, entonces, es comprensible que el notario declare que así lo considera. Concluye de ello, este autor, que no puede decirse con Pothier que la cláusula sea inútil.

En cuanto a De Gásperi, tras reproducir la nota de Vélez Sársfield al art. 3616 y ya con referencia al testamento del monomaniaco, dice que admitida la divisibilidad de la razón, como lo quiere el codificador, de suerte que el monomaniaco no desvaría sino en una parte de ella y sea cuerdo en lo demás, ¿cómo podrían afirmar los testigos desprovistos de conocimientos científicos que el testamento es obra de la parte sana o de la parte enferma de su inteligencia, sobre todo cuando deponen sobre hechos retrospectivos que pueden distar un tiempo más o menos largo del momento de su declaración? Ni aun los alienistas profesionales podrían permitirse conclusiones asertivas si no asistieron al enfermo precisamente en el período que, por larga remisión de su locura, no hacía falta su presencia a la cabecera de su cama. ¿No es absurdo que, siendo así -se pregunta De Gásperi-, se niegue todo valor a las comprobaciones más o menos empíricas hechas de visu por el escribano y se confiera fuerza legal probatoria al testimonio de dos o más personas allegadas al difunto, cuando no parciales del que los propone?(50)(895).

En la doctrina nacional, en primer término debemos citar a Vélez Sársfield quien expresó su opinión en la nota puesta al art. 3616 del Código Civil: "El estado de demencia es un hecho que puede probarse con testigos aunque el escribano haya expresado en el testamento que el testador se hallaba en su perfecta razón, pues los escribanos no tienen misión para comprobar auténticamente el estado mental de aquellos cuyas voluntades redactan. Sus enunciaciones valederas son únicamente las relativas a la sustancia misma del acto y a las solemnidades prescriptas".

En el proyecto de 1936 nada se dijo respecto a la manifestación notarial sobre la capacidad del testador; pero el art. 2028, que establecía que el empleo de formalidades inútiles o sobreabundantes no viciaban un testamento(51)(896), da la pauta de que no se le asignaba ningún valor.

Llambías, al referirse a la fuerza probatoria del instrumento público y expresar que aquélla no se extiende a las aseveraciones del notario al margen de su cometido, ejemplifica con las apreciaciones sobre la salud mental o física de los comparecientes, que pueden rebatirse con cualquier medio de prueba(52)(897). Salvat, que, como es sabido, no concluyó su tratado, faltándole el tratamiento de las sucesiones, dejó asentada su opinión en el voto que hemos reseñado en el caso "Castagnetto c/Suc. Abregú"(53)(898). Borda(54)(899) se refiere a las apreciaciones sobre la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

salud mental del otorgante, a las que considera de un valor muy relativo, que valen como simple testimonio, ya que no precisan ser atacadas mediante la redargución de falsedad, y basta la simple prueba en contrario. Recuerda que el codificador hizo constar que los escribanos no tienen por misión comprobar auténticamente el estado mental de los testadores, y agrega que el notario no es un perito y que sus juicios son susceptibles de error, por lo cual la ley no les atribuye valor definitivo, "aun cuando el juez puede tenerlo en cuenta como simple presunción". Fassi(55)(900) califica la cláusula como no obligatoria y prescindible, agregando que, si se la enuncia, no hace prueba hasta la redargución de falsedad, pues la perfecta razón no es un hecho que el escribano pueda atestar, ya que escapa a su particular idoneidad. Sin embargo, observa, cuando se discute la salud mental del testador y no la afirmación del escribano al respecto, podrá atacarse el acto demostrando que aquélla faltaba, sin recurrir a la querrela de falsedad, pero aun entonces no puede negársele importancia a la afirmación del escribano. Salas, con apoyo en dos de las sentencias que hemos reseñado(56)(901), dice sucintamente que no hace plena fe la manifestación del escribano sobre la salud mental del testador(57)(902). Ferrari Ceretti(58)(903) enseña que las manifestaciones del notario sobre la salud mental del disponente no tienen mayor relevancia; que nada aumenta legalmente la presunción de capacidad que ampara a todo testador; que la atestación del escribano no es requisito que la ley exija para el acto, es innecesaria para la validez formal del testamento y su inserción en la escritura no constituye una prueba respecto a la capacidad mental del testador.

Cabe apuntar, con Prayones(59)(904) y Fornieles(60)(905), que el testamento por acto público debe contener ciertas enunciaciones bajo pena de nulidad(61)(906), pero que, entre ellas, no se encuentra la obligación del notario de dejar constancia alguna sobre la sanidad mental del testador, lo cual es lógico y congruente con el pensamiento de Vélez Sársfield expresado en la nota del art. 3616.

Hemos querido hacer esta larga, pero no exhaustiva, reseña doctrinaria y jurisprudencial, para que el lector pueda apreciar que, no obstante que de consuno y sin excepciones todos afirman que la apreciación del escribano no hace plena fe, existen, sin embargo, discrepancias en cuanto a la valoración de la cláusula, e incluso respecto de la procedencia o conveniencia de su inclusión. Asimismo, para que se pueda evaluar, en cada uno de los fallos que se comentan, cuál ha sido el motivo determinante para decidir en cuanto a la atestación del escribano.

En las ocho sentencias que hemos reseñado, para desestimar la aseveración notarial, se expresan distintos argumentos: falta de conocimientos médicos del notario en los casos señalados con los números 2 y 5; por no ser de la competencia del escribano, en los casos números 1, 4 y 6; en base a la nota al art. 3616, en los casos números 1, 3 y 5; con la mera invocación de un antecedente jurisprudencial, en el caso número 7, y con la sola referencia a una opinión doctrinaria extranjera en el caso número 6. Pero en cinco de los casos se acuerda algún valor a la declaración del escribano o se lo niega expresamente: así, si en el caso número 2 se le

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

resta todo valor y en el caso número 6 se considera que es inocua, en los casos números 4 y 5 se le acuerda cierto valor como un testimonio, y en el número 8 se la conceptúa una presunción.

En la doctrina, nos dicen que la atestación es prescindible, Fassi y Ferrari Ceretti; que es útil, Demolombe y De Gásperi; que es totalmente inútil, Pothier (citado por Demolombe). Le restan valor Vélez Sársfield y Baudry-Lacantinerie y Colin; tiene un valor relativo para Borda, Ferrari Ceretti y Fassi; constituye un indicio para Messineo; vale como una presunción para Ripert-Boulanger y Borda; tiene valor de un dictamen para Sanahuja y Soler, y es un testimonio de alguna importancia para De Gásperi.

Llegados a este punto, solamente nos queda expresar las conclusiones que hemos sacado:

A. Es indiscutible que la manifestación del notario de que halla al testador en "pleno uso y goce de sus facultades intelectuales" no hace plena fe. La razón jurídica de ello es que la ley no lo establece como condición esencial y, por ende, no tiene cabida en el ámbito de las atribuciones del notario.

B. Como corolario, en caso de insertarse la expresión en el testamento, admite prueba en contrario y no es necesaria la redargución de falsedad del acto para desbaratarla.

C. Dado que el escribano carece de conocimientos médicos especializados(62)(907), su afirmación no tiene valor ni como presunción ni como testimonio respecto de la sanidad mental del testador.

D. La afirmación del escribano podría significar, con reservas(63)(908), un testimonio sobre las apariencias del testador en cuanto a su aspecto exterior y comportamiento.

E. Aun cuando nada diga el escribano en el testamento al respecto, por imperio de la presunción del art. 3616 y la mera circunstancia de haber el notario autorizado el acto, debe reputarse que el escribano ha encontrado aparentemente apto al testador.

F. La manifestación es así totalmente innecesaria y, en caso de existir, tiene el menguado valor que surge de la conclusión D.

G. No es conveniente que un notario consigne su apreciación personal sobre el testador en unos casos y en otros no, como sugiere Demolombe. Es preferible que, apegado a la tradición notarial, la haga constar en cuanto testamento autorice, o que, por convicción, la suprima en todas las oportunidades, ya que si habitualmente deja constancia de su parecer, cuando se abstenga de hacerlo echará una sombra de duda sobre ese caso particular y su proceder constituirá una implícita confesión de sus recelos, dando pie así a posibles impugnaciones.