

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

:

TESTAMENTOS(*) (246)

DR. LÓPEZ CABANA. - El Colegio de Escribanos me ha delegado la honrosa tarea de presentar a los expositores del curso programado para hoy sobre testamentos.

En primer lugar va a hablar el doctor Guillermo L. Allende, profesor emérito de la Universidad de Buenos Aires, profesor investigador de la Universidad de Belgrano, ex profesor mío del doctorado - siempre lo tengo muy

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

presente -, autor de innumerables trabajos en sus especialidades, sobre todo en derechos reales y en derecho romano. En esta materia desarrolló una honrosa trayectoria en la Universidad Nacional de La Plata, como profesor titular.

Su Panorama de los derechos reales es un libro señero en la especialización del derecho civil, y sus tratados sobre Servidumbres y sobre La posesión, con particular visión de esta última, han convertido al doctor Allende en uno de los estudiosos más conocidos de nuestro medio

El nos ilustrará, sobre todo, acerca de los antecedentes históricos del testamento, deteniéndose en las fuentes del Código Civil para iniciar el tratamiento de este instituto, de peculiar interés, especialmente para los notarialistas.

Está en el uso de la palabra el doctor Allende.

DR. ALLENDE. - Yo no soy culpable del tema elegido, sino mi distinguido ex alumno y actual colega.

Digo que no soy culpable, porque el tema de las fuentes del Código Civil es muy técnico; me agrada mucho, pero puede resultar un tanto tedioso.

Vélez Sársfield, nacido en 1800, estudió en la Universidad de Córdoba, donde no fue un alumno sobresaliente, ni tampoco diría distinguido; sus calificaciones, las cuales tuve oportunidad de leer, lo revelan como un alumno regular. Nada hacía prever que sería el más grande jurista del país.

Se recibió alrededor de los 22 o 23 años. Nunca se doctoró. En esa época el título de doctor se otorgaba a los profesores; pero eso, en verdad, para usar un término común, no vale, ya que el título de doctor lo tiene que expedir la Universidad. Pese a ello es, sin duda el más grande jurista argentino, junto con Segovia y Babiloni. Pero si hubiera que elegir entre ellos, casi con seguridad optaríamos por Vélez Sársfield.

En la Universidad se estudiaba no muy profundamente. Las principales materias de la carrera eran el derecho romano, sobre todo el Digesto; derecho español, especialmente las Partidas; derecho indiano, derecho patrio y derecho canónico, más bien llamado derecho eclesiástico. Todas las materias las aprobó con notas de 5 ó 6 puntos, si tuviéramos que calificarlas de 0 a 10.

Empezó a destacarse como abogado, profesión en la que actuó en la década del 30 y especialmente en la del 40, y fue considerado el primer abogado de Buenos Aires.

Yo he leído casi todos sus escritos jurídicos, y en verdad los he encontrado brillantes. También he leído algunos escritos jurídicos de Babiloni, quien como abogado no rayaba a la altura de Vélez Sársfield. Como jurista pudiera ser que sí, pero como abogado no, porque Vélez Sársfield era un magnífico profesional. En ese sentido supera a Freitas, siendo éste un sabio. Como jurista, es superior a Vélez Sársfield, pero como abogado era aventajado por nuestro compatriota. Porque es distinto ser abogado que jurista. En Roma se consideraban dos cosas distintas, y entre nosotros también existe la diferencia, aunque no tan marcada como allá.

Pasaremos rápidamente al tema en no más de 15 o 20 minutos porque, como buen demócrata, cumplo las leyes y me comprometí con el doctor

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Vidal Taquini en no exceder ese tiempo.

El instituto del testamento está en el libro IV del Código Civil. Hasta el libro III, hasta reales, Freitas acompaña a Vélez Sársfield. Hasta allí, el ilustre brasileño sigue su obra, que luego abandona. Sería largo de explicar las razones de ello, que ustedes deben conocer.

En el libro IV, Vélez Sársfield se encuentra con algo parecido a lo que le pasó a Dante cuando llegó al Paraíso, en que se le esfumó la figura de Virgilio, porque, según los católicos, los paganos no podían entrar en el Cielo. Acá, como Dante, Vélez se asustó un poco, pero se las arregló no tan bien, porque el libro IV es el más débil de nuestro Código Civil.

En el libro IV, Vélez Sársfield, al no contar con Freitas, recurrió a otras fuentes para compensar tamaña ausencia. Recurrió entonces, a las fuentes que ya tenía: Aubry y Rau, Savigny, Zachariae. Zachariae merece un comentario: era alemán, de apellido francés, pero quizá su apellido fuera latino, porque la terminación iae nos hace dudar mucho, sobre todo a aquellos que nos ufamamos en saber algo de latín, aunque sepamos poco, pero nos agrada decir que conocemos el idioma. Disculpen la mentirilla...

Vélez recurrió, además, a fuentes nuevas. ¿Cuáles son esas fuentes nuevas que llamaríamos menores en reemplazo de Freitas? Voy a indicar algunas de ellas y a continuación el número de los artículos en las que aparecen.

Chabot, art. 3616; Vazeilles, art. 3752; Malpel, art. 3319; Coin Delisle, art. 3608; Grenier, art. 3644, y algunos otros.

He nombrado a Coin Delisle y sería interesante, porque no se ha hecho hacer en el país, una investigación sobre este autor, quien ha tenido gran influencia en materia de sucesiones e inclusive en testamentos; por ejemplo, Coin Delisle influye en muchos artículos, algunos fundamentales y voy a nombrarlos: 2607, 3608, 3613, 3618 (dos citas), 3622, 3631, 3633, 3639, 3640 y varios más que no menciono en aras de la brevedad.

También está citado en materia testamentaria, aunque ya lo estaba anteriormente, Zachariae, quien tuvo gran importancia por lo que paso a señalar.

Cuando se dictó el Código francés, el primer comentario prestigioso fue hecho por Zachariae, un alemán, y tuvo dos traducciones al francés: una, de Aubry y Rau y otra, (le Massé y Vergé, la que quedó como traducción de obra, en tanto que la de Aubry y Rau, en la tercera edición, que es la que utilizó Vélez, tan citada en la parte testamentaria, es propia de esos autores. De todos modos, la gravitación de Zachariae se nota a través de la obra de Aubry y Rau. El trabajo de Zachariae tiene una doble importancia a través de Aubry y Rau y de Massé y Vergé.

Dentro de los códigos, en la parte de testamento no tenemos mayores novedades con respecto a la parte anterior, donde figura esencialmente el derecho romano, el Corpus Juris.

Como todos saben, el Corpus Juris se compone de cuatro obras, el Digesto, la Instituta, el Código y las Novelas. Vélez prestó mayor atención al Digesto, que es la obra esencial del Corpus Juris.

Tengo la impresión de que, lo que más gravitó en el pensamiento de Vélez, a pesar de que no son tan citados, fueron el Digesto, dentro del derecho

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

romano, y el Código francés.

Cómo no iba a gravitar también en Vélez el derecho español, que había estudiado especialmente en la Universidad, y dentro de ese derecho, tres obras: las Partidas, que es la obra esencial, el Fuero Real, la obra más destacada de Alfonso el Sabio, y la Novísima Recopilación, de 1801, a cuyo respecto no tengo la menor duda, a pesar de su discusión, que fue derecho positivo en América.

Otros códigos menores son el de Nápoles, el holandés, el de Luisiana, todos ellos citados en la nota al art. 3607, y el de Chile.

Todo esto demuestra el enorme saber de Vélez sobre las distintas fuentes, pero al mismo tiempo me da la impresión de que, a veces, implican una contrariedad de nuestro Código, porque Vélez, en ocasiones, toma fuentes en alguna medida encontradas entre sí al considerar distintos derechos, e incluso en algunas oportunidades, dentro de un mismo derecho, toma fuentes encontradas, que es lo que crea más dificultades entre nosotros. Por ejemplo, en materia de testamentos parecería que no acepta el codicilo, que es el pequeño testamento romano. Sin embargo, estoy convencido de que, a pesar de la opinión de Vélez y de nuestra doctrina, a cuyos autores respeto al máximo, las considero equivocadas ya que Vélez acepta el codicilo, porque la definición que da de testamento es la del codicilo romano. Aquí hay una pequeña colisión. Por ejemplo, en el art. 333 Vélez nombra especialmente al codicilo, luego la fe de erratas suprimió la palabra "codicilos, pero bajo la denominación de testamento incluye al codicilo romano.

Hay muchas otras divergencias, colisiones, dudas de interpretación, por ejemplo, en relación con los intervalos lúcidos.

Nuestro Código recepta los intervalos lúcidos, a pesar de la opinión contraria de Freitas, quien dio su punto de vista en la parte general, porque no llegó a la de sucesiones.

En el derecho francés y también en el romano hay una discrepancia respecto de los intervalos lúcidos. Que nosotros lo receptamos, no cabe la menor duda porque así lo dice expresamente Vélez, pero se ha discutido si el intervalo lúcido se aplica sólo a los dementes de facto o también a los interdictos, o sea, a los dementes de jure, y creo que sería necesaria una reforma al respecto para aclarar este tema. A mi juicio, la oportunidad se dio, más se perdió cuando se sancionó la ley 17711.

¿De dónde viene este enfrentamiento del propio Código consigo mismo?. De dos autores franceses - no de distintos derechos -, Marcadé y Demolombe. Marcadé no aceptaba los intervalos lúcidos, a menos para los interdictos. En cambio, Demolombe expresamente los acepta, y en verdad no sabemos - la discusión existe todavía - si el intervalo lúcido se aplica o no también al demente de jure, al interdicto.

Tengo presente el caso "Bambill contra Bambill" en el que se pronunció por la mayoría el doctor Barraquero en un largo e ilustrado voto, y por la minoría lo hizo el doctor Tobal, a quien tuve el honor de suceder en su cátedra de derecho romano en la Universidad de La Plata. Apoyándose en Marcadé, Barraquero no aceptó el intervalo lúcido para los interdictos, en tanto que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Tobal sí lo receiptó, basándose en Demolombe.

En el derecho francés hay una colisión en este tema, y en el derecho romano hay dudas también, no obstante aceptar los intervalos lúcidos.

Esto trajo como consecuencia un problema con respecto al legatario de cuotas, que también suscita dudas en distintas fuentes.

¿El legatario de cuotas es un legado particular sobre cosas particulares o es un legado distinto? Aquí también hay dudas, aunque la jurisprudencia es pacífica, pero ya vamos a decir en qué las hay.

Hasta 1909, en que se falla sobre el caso "Amadeo", nuestra jurisprudencia sostenía que el legatario de cuotas era un sucesor universal aunque no fuera heredero, pero ocupaba un status semejante al heredero. Luego del caso "Amadeo" se separó completamente el legatario de cuotas del sucesor universal.

La jurisprudencia y la doctrina andaban vacilantes. En 1929, en el caso Burgos, se replanteó el problema doctrinario incluso desde el punto de vista práctico, y se sostuvo que el legatario de cuotas podía intervenir en la sucesión, semejante al heredero, aunque no se expidió sobre la naturaleza jurídica de éste. La vacilación todavía subsiste.

Quiero decir dos palabras sobre los proyectos de reforma al Código Civil argentino, y sus fuentes.

Tres son los proyectos de reforma integral al Código Civil: el proyecto Bibiloni, de 1933; el proyecto de 1936 y el proyecto del año 1954.

En el proyecto Bibiloni las fuentes siguen siendo similares a las de nuestro Código; estudiando las fuentes de nuestro Código, tenemos las fuentes en cierta parte por lo menos, del proyecto del 33. En los demás proyectos, en los de 1936 y 1951, se cita mucho, y se tiene presente a Lorange.

Los autores que Vélez cita en su obra son, dentro de la época y de la materia, las cumbres al respecto, quienes entonces estaban apareciendo en el mundo jurídico; tuvo un ojo clínico para elegirlos.

El Código de Vélez es quizá, no obstante algunos lunares que tiene, producto de su demasiada erudición, pese al escaso tiempo que dispuso para hacer su obra. Téngase presente que el Código alemán demandó diez años a sus eminentes juristas; el proyecto de Freitas, no concluido, llevó a su autor más de diez años. Vélez, en cambio, hizo todo su trabajo en poco más de cuatro años.

Aun aquellos que consideramos quizá fuera necesario efectuar una reforma integral de nuestro Código Civil, debemos agradecer al genial cordobés cuánto bien ha hecho a nuestra patria con su magnífica obra.

DR. LÓPEZ CABANA. - Agradezco al doctor Allende su exposición, que resultó muy difícil de acortar por todo lo que, con tanta sabiduría y variación, conoce sobre el Código Civil, y sus fuentes.

Para seguir La metodología que nos hemos impuesto, según lo concordado con el señor presidente de la Comisión Especial de Cursos de Extensión de Posgraduados, doctor Olivé, vamos a seguir ahora con el tratamiento del régimen legal de los testamentos, a cargo del doctor Carlos Vidal Taquini.

El doctor Vidal Taquini es profesor titular ordinario de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, miembro

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del Consejo Directivo de esta Universidad, y en la Universidad de Belgrano se desempeña también como titular de Derecho Civil V, que es la asignatura dedicada a Sucesiones y al Derecho de Familia.

Es el autor de un best seller en materia jurídica, Régimen de bienes en el matrimonio, que tuvo varias ediciones, y de numerosísimos trabajos que de sólo enunciarlos ocuparían todo el tiempo previsto para su exposición.

Los dejo con el doctor Vidal Taquini.

DR. VIDAL TAQUINI. - Tengo dos referencias: una, la del tiempo, y otra, algunos aspectos que el doctor Allende ha mencionado en función de cuál ha sido la tarea de Vélez Sársfield.

Quiero decir algunas palabras al respecto porque la erudición de Vélez Sársfield está por descontada. Pero me parece que en materia sucesoria, a contrario de lo dicho por el doctor Allende, el Código no deja de funcionar como un reloj porque tiene un mecanismo bastante ajustado del cual es harto difícil apartarse.

Por otra parte, pienso que en esta materia, sucesiones, Vélez va dejando en el camino muchos principios que hasta ese momento estaban demasiado arraigados y va imponiendo soluciones propias de acuerdo a su condición de jurista. De tal forma que, además de ello, demuestra una versación en algunos aspectos que van más allá de lo jurídico, tiene pensamientos económicos como cuando da conceptos sobre la comunidad hereditaria.

A él no le preocupa si después la doctrina discutiría sobre la naturaleza jurídica de la comunidad hereditaria: que es una persona jurídica; que es un condominio, en definitiva un régimen legal que no lo fomenta la ley. Porque lo que Vélez desea a través de la regulación que efectúa, es que los bienes puedan ir nuevamente, en forma rápida, al comercio. Si no fuese así no elimina el fideicomiso. La sustitución fideicomisaria significaba también la imposibilidad de que los bienes pudiesen transitar.

Esto es lo que en este instante viene a mi memoria, sin dejar de reconocer otros aspectos tremendos: la vocación sucesoria del cónyuge, inexistente en los códigos de la época; la vocación del hijo natural, que tampoco existía en el mundo legislativo.

Para el jurista puro puede parecer que esa perfección existe; quizá no, pero vamos a ver en materia de testamentos que él, en más de un asunto, se aparta de soluciones anteriores.

Vélez dedica dos artículos esenciales a lo que pueden ser las condiciones generales del acto testamentario, aunque es cierto que quizá haya algunos aspectos que no son decididamente ajustados. El artículo 3606 comienza diciendo que toda persona legalmente capaz de tener voluntad y de manifestarla, tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento. Al decir "toda persona capaz de tener voluntad" es quizá un contrasentido porque se puede tener voluntad y no ser capaz. Pero aquí, más que su definición del art. 3607, de que "el testamento es un acto celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone de todo o parte de sus bienes para después de muerto", es porque está dando su propio concepto.

Quizá, como dijo el doctor Allende, y aun cuando en la nota al 3606 se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

repudia a los codicilos, no sea ésta una definición acabada de testamento y se puede llegar a decir que tal vez fuese posible la existencia del codicilo. Pero hay algo que reafirma Vélez con un concepto más cercano a uno que al otro; sin embargo, no concibe al codicilo desde el momento que elimina, cuando habla de la revocabilidad del testamento, las cláusulas de irrevocabilidad, pero al mismo tiempo afirma que todo testamento no puede ser revocado sino por otro testamento. Y allí elimina al codicilo, el cual, en definitiva, eran todas aquellas disposiciones suplementarias que podían ser escritas o verbales, pero que se hacían antes o después del testamento. En definitiva, Vélez da unidad. Es decir, a él no le preocupa que existan varios testamentos; puede haberlos, pero eso significa que en esa medida la expresión de Vélez estaba dirigida a que el testamento fuese un acto voluntario. Por eso habla de "capaz de voluntad", y la prueba está en que después le va a preocupar más la voluntad que la propia capacidad.

Y debe ser un acto espontáneo, de manera que al realizarse espontáneamente, e insistiendo en ello, Vélez va a impedir que en el testamento ológrafo, por ejemplo, exista una mano extraña en el mismo, aun cuando la disposición pueda haber sido ordenada por el propio testador (art. 3640).

Es cierto que no le preocupaba la unidad de tiempo, pero insistía en que aunque se hiciesen las disposiciones testamentarias en varios momentos, cada disposición testamentaria tenía que estar fechada y firmada por el testador (art. 3647).

No hay duda de que a raíz de esto no puede haber discusión de que el testamento es un acto jurídico. Además, él lo da como un ejemplo clásico en el artículo 946, cuando dice que el testamento es un acto jurídico unilateral. Es decir, el testamento no tiene fuente, es fuente; y esto surge de la definición de sucesión mortis causa del art. 3279: "La sucesión es la transmisión de los derechos activos y pasivos que componen la herencia de una persona muerta, a la persona que sobrevive, a la cual la ley o el testador llama para recibirla". Todo esto va conformando un aspecto fundamentalísimo en la concepción de lo que es el testamento, que es la voluntad del causante, y en consecuencia, esa voluntad debe tener las condiciones internas que el propio codificador ha previsto, es decir, discernimiento, intención y libertad.

El testamento es una disposición de última voluntad, pues tendrá efectos después de la muerte. No quiere decir que sea la única, porque también está planteada la posibilidad de que haya actos - esto también es discutido - que puedan tener efecto después de la muerte y aún, en el concepto de Vélez, como aquellas donaciones que hacen los esposos para después del fallecimiento, contempladas en el inciso 4° - derogado por la ley 17711 - del artículo 1217. Sin embargo, en mi concepto, si esas donaciones revisten la forma de testamento no existe inconveniente para su aplicación después de la muerte de uno de los cónyuges.

Es un acto escrito; lo dice la propia definición porque Vélez eliminó lo que en común se terminó llamando el testamento nuncupativo. Tanto en la nota al art. 3607 como en la nota al art. 3692, Vélez consideró que no podía ser

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

aceptada esta forma de testamento porque no se podía dejar librado a la fragilidad de la memoria de la persona cuáles habían sido las voluntades expresadas para después de la muerte por quien lo hacía. Ello también determina un apartamiento incluso de legislaciones que en ese momento tenían testamento nuncupativo.

Es un acto solemne, porque las formas deben ser observadas con rigurosidad absoluta. Hasta virtualmente adquiere relevancia esta norma porque incluso el primer auto que normalmente se dicta en una sucesión es el de declarar válido el testamento en cuanto a sus formas. Si el testamento no observa las formas reservadas para las categorías en las cuales está encuadrado, no puede ser válido (art. 3639).

Es un acto personalísimo, y al serlo así, también Vélez se aparta de los conceptos que algunas de las fuentes citadas por el doctor Allende no lo consideraban. Piensa que el testamento es indelegable, que tampoco puede ser dejada a la voluntad de otra persona la disposición testamentaria; es decir, elimina el testamento por comitente y el testamento por comisario (art. 3619).

Este es otro apartamiento de Vélez, y a medida que avanzamos en esta pequeña exposición, damos crédito y verdad a aquello de que él impone soluciones. Considera, en función de esa voluntariedad y espontaneidad, que nadie debe interferir en la voluntad del causante, ni tampoco puede mediar la posibilidad de que dos personas concierten para hacer el testamento y elimina el testamento conjunto, por ello es un acto unipersonal. No descarta la reciprocidad, pero para ello cada uno deberá efectuar su testamento por más que se instituyan recíprocamente herederos.

Vélez impone también que las disposiciones del testamento deben ser precisas, y claramente lo dice en el artículo 3621: Toda disposición testamentaria debe tener instituciones ciertas, si no la nulidad cae sobre ella, a menos que la incertidumbre pueda cesar. Vélez no concibe una institución incierta ni ambigua, y, cuando puede haber alguna duda, por aquello de que a veces el testamento no sólo es un acto de disposición, da la propia solución y considera qué debe hacerse, como cuando se instituye el alma del testador o a los pobres del pueblo (aut. 3722).

Decimos que es un acto de disposición de bienes. Es cierto, pero aquí hay otro apartamiento. Normalmente, nadie podía morir en parte testado y en parte intestado, viejo principio romano seguido por muchísimas legislaciones de la época al tiempo en que Vélez redactaba su Código. Sin embargo, elimina esa posibilidad: no existe inconveniente en que alguien pueda morir en parte testado y en parte sin testar.

Es sabido que, a veces, el testamento es sólo un acto de disposición de bienes, porque hay otros actos jurídicos que puede contener como el reconocimiento de hijos; la designación de tutor; la designación de curador, sin perjuicio de otras cuestiones extrajurídicas como el destino del cuerpo, las honras, las misas y demás oficios religiosos que la persona puede pretender. Tal es la espontaneidad que pretende Vélez que considera que el testamento es un acto especial, es decir, el testamento debe valerse por sí mismo y entonces elimina la institución mística o per relationem.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

De acuerdo con lo que determina el artículo 3620, el testador no puede remitirse a otras cédulas o papeles en donde pueda quedar expresada su voluntad, a menos que esas cédulas o papeles constituyan un testamento ológrafo.

Todo esto hace a los caracteres del testamento, y su examen permite apreciar el giro propio que el legislador da en esta materia.

El testamento es un acto esencialmente revocable. Lo es no sólo por su naturaleza jurídica, diríamos más bien que es primordialmente revocable, sino también en función de la voluntad y de la capacidad del testador.

Vélez elimina la posibilidad de la cláusula de irrevocabilidad y también de que el testamento pueda ser revocado por otro acto jurídico que no sea el testamento. Entonces impone claramente en el art. 3827 que el testamento sólo puede ser revocado por otro acto que tenga la forma testamentaria. Y era mucho más rotundo cuando determinaba que todo testamento posterior revocaba al anterior, porque pensaba que no podían coexistir dos voluntades del testador. Allí quizá podía haber dudas, falta de espontaneidad, palabra que estoy reiterando para machacar e insistir en aquello que buscaba Vélez en el testador.

Es cierto que la ley 17711, con buen criterio, ha atenuado este principio general en la modificación que introdujo el artículo 3828, cuando prescribe que el testamento posterior revoca al anterior, sólo en cuanto sea incompatible con las disposiciones de éste.

Todo tiene una excepción, porque en el artículo 3626 se establece que el matrimonio provoca la revocación del testamento. Es el único acto jurídico fuera del testamento que puede traer como consecuencia la revocación de un testamento anterior. Y esto porque al decidir casarse no hay duda de que una persona cambia su voluntad, y así surge la razón fundamental por la cual se está reglando que el matrimonio provoca la revocación del testamento.

Desde el punto de vista jurisprudencial se pueden anotar algunos fallos en los cuales se ha resuelto que si el causante hizo su testamento teniendo en vista el matrimonio que iba a celebrar, ese testamento es válido porque en él queda configurada la voluntad del causante.

También elimina de las disposiciones testamentarias toda condición o carga, legal o físicamente imposible, o contraria a las buenas costumbres, las que anulan las disposiciones a las que son impuestas. Se aparta del criterio general, porque la lógica hubiese sido decretar la caída de todo el acto. Sin embargo, Vélez trata, en todo caso, de preservar el testamento y solo dice que se anula la disposición testamentaria a la cual la condición va anexa. Esto es también un criterio propio del codificador.

Lo mismo se da en los requisitos que, clásicamente, son tres: fecha, escritura y firma.

La fecha es fundamental e importantísima porque determina dos aspectos fundamentales: la capacidad del testador para fraccionar su testamento y, su vez, se va a determinar, a través de ello, cuál es la ley aplicable, que no es otra que la ley del domicilio del testador, al tiempo de hacer su testamento, y que es la que decide de su capacidad o incapacidad para testar.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

El art. 3639 dice que el testamento ológrafo para ser válido debe ser escrito de mano del testador, fechado y firmado por él.

Su preocupación por la fecha o para acreditar y defender al testamento lo lleva a que si bien hay que decir día, mes y año, eso no significa que no se verificará aún cuando no se expresa de esa manera, si la fecha puede ser precisada o determinada.

En el testamento ológrafo la escritura debe tener caracteres alfabéticos, aunque pueda llenarse en cualquier idioma (art. 3641). Pero no hay que confundir escritura con idioma. Hay idiomas que se reflejan en escrituras que no son alfabéticas sino ideográficas. Vélez elimina la posibilidad de la validez de este testamento por inobservancia en la forma.

Ustedes, como escribanos, saben que de acuerdo con el art. 999 el testamento por acto público debe ser faccionado en idioma nacional, lo que elimina la posibilidad de un idioma extranjero. Sin embargo, Vélez contempla la posibilidad de aquella persona que tendría que extender el testamento, aun por acto público, en idioma extranjero, y en consecuencia, formalmente impone la presencia de dos intérpretes para que el testamento pueda ser escrito en los dos idiomas, debiendo los testigos entenderlos.

La firma está considerada en el art. 3633, extenso y complicado, el cual dice que la firma debe ser puesta como de costumbre. Pero Vélez, luego de plantear una serie de problemas, quiere que la firma sea realmente de la persona que hace el testamento. Contempla que si la persona firma como no acostumbra hacerlo, el testamento no es válido porque considera que al firmar de una manera distinta el testador no está expresando su debida voluntad.

En el testamento por acto público, ante aquel que dice que no sabe firmar y sabe hacerlo, cabe la nulidad, porque ha mentado; no quiere firmar el testamento y en consecuencia no quiere que ése sea su testamento (art. 3660).

Para cubrir otra posibilidad, del que sabe firmar y no puede hacerlo, se recurre a dos testigos que sabrán firmar, y es obligación del escribano dejar constancia de la causa por la cual no firmó el testador. Si no lo hace, causa la invalidez del testamento (arts. 3661 y 3662).

Quiero referirme rápidamente a la capacidad, porque además el doctor Allende dejó en el aire algún concepto que no tuve tiempo de responder.

Una norma que seguirá trayendo mucha discusión es la del art. 3615, la cual establece que "para poder testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón".

Vélez, al poner el concepto de "perfecta razón" se aparta de las fuentes, que se referían a sanos de espíritu. Vélez incluye un concepto más rotundo, más categórico: "perfecta razón", es decir, perfecta de acuerdo con la propia condición y sanidad de la persona. Que sea analfabeto no significa que no pueda testar, y no hay ningún inconveniente en ello.

Cuando habla de "perfecta razón" no se refiere sólo al demente. La nota al artículo 3615 es una de las más hermosas del codificador porque refleja su propio pensamiento, y hasta conocimientos médicos de la cuestión, de los que a veces se olvidan muchos juristas. La segunda parte del artículo dice:

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

"Los dementes sólo podrán hacerlo en los intervalos lúcidos (pero agrega inmediatamente) que sean suficientemente ciertos y prolongados para asegurarse que la enfermedad ha cesado por entonces."

No hay intervalo lúcido; hay sanidad, lo cual es muy distinto. Los intervalos lúcidos no existen; la persona es sana o es enferma. Esta es la conclusión de la actual medicina psiquiátrica, que Vélez se adelantó a considerar en el momento de redactar el art. 3615.

La demencia es una de las formas clínicas de alienación mental, no existiendo acuerdo sobre cuál es la expresión global que abarque a todas, pero alienación mental es la más cercana. La expresión demencia es un concepto jurídico que comprende oligofrenia, frenastenia, esquizofrenia, imbecilidad, locura, etcétera.

Todas estas enfermedades, salvo algunos enfermos que transiten el camino no deseado de la esquizofrenia, son irreversibles y no pueden provocar sanidad, de ninguna manera. Algunos esquizofrénicos, como los maniáticos depresivos, tienen períodos de enfermedad y de sanidad para luego volver a enfermar; son enfermedades recidivantes. Pero lo que a Vélez le importó lo dejó planteado en el Código: que la enfermedad haya cesado por entonces. Algunos estaban comúnmente locos, después estaban sanos y luego volvían a enloquecer.

Adviértase cómo la medicina en un siglo ha llegado a estas conclusiones, a las cuales Vélez arribó con su concepto de "perfecta razón" y, como él dice, perfecto intervalo que, desde la época de Justiniano, siempre había preocupado.

No hay que dejar de reconocer que quizá en este aspecto Vélez se está apartando, si no se contradice un tanto, del régimen general de interdicción. Pero, ¿por qué no considerar que ésta es una excepción?

El doctor Allende se refirió a un voto del doctor Barraquero, y yo, más allá de los autores franceses, de los argentinos voy a reivindicar a Lafaille, que era el que más se oponía a situaciones de este tipo: consideraba que el demente declarado no podía testar, tanto fuese en intervalo lúcido o no.

Pero esta circunstancia nos lleva a la consideración de otra índole en función de lo que dice la propia nota: si la persona está en su perfecta razón, puede testar. Y contempla especialmente el caso de los dementes porque ellos podían ser los declarados tales. Tanto es así, que en el art. 3616 fija las reglas del onus probandi en función de que si una persona es notoriamente demente, aquel que sostiene la validez del testamento debe probar que la persona que había testado se encontraba en un intervalo lúcido, y que el peticionante de la nulidad del testamento debe probar que el testador no se encontraba en su completa razón.

Esto me lleva a ratificar lo inicial: Vélez Sársfield, en la medida de sus conocimientos, trató en lo posible de apartarse de legislaciones antiguas o existentes al tiempo de la sanción del Código, y las fuentes las tomó en la medida de lo que él estimó conveniente.

DR. LÓPEZ CABANA. - Finalmente, escucharemos al escribano Carlos M. D'Alessio, quien se referirá a la parte instrumental de los testamentos y completará el análisis de las cuestiones que el doctor Vidal Taquini

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

comenzó a explicar acerca del régimen legal de los testamentos.

El escribano Carlos M. D'Alessio es profesor en la Universidad de Buenos Aires, ha colaborado - según me consta - con eficacia en Congresos y Jornadas de Derecho Civil, es autor de una serie de publicaciones, y quizá lo más destacable es que pertenece a la segunda generación de una ilustre familia de escribanos.

Esc. D'ALESSIO. - Es común para los autores cuando comienzan a tratar el tema del testamento por acto público, enumerar, por un lado, sus ventajas y, por el otro, señalar como uno de los primeros inconvenientes, el riguroso formalismo a que el testamento por acto público está sometido. Ello, sumado a la posibilidad de errores por parte de los escribanos, haría peligrar la voluntad del testador por el riesgo de que este testamento sea declarado nulo.

Frente a esta situación existen dos actitudes posibles: la de los notarios franceses e italianos, en cuyas leyes notariales está prevista expresamente la responsabilidad civil por errores en el testamento, que evitaban esta forma testamentaria e invitaban a sus clientes a recurrir al testamento ológrafo para soslayar ese riesgo, o, por el contrario - creo que esto es lo que todos tratamos de hacer -, extremar el cuidado en ese acto jurídico tan delicado, a los efectos de preservar su validez.

En este sentido se inserta la charla de hoy con un criterio eminentemente práctico, cual es el de revisar esas disposiciones formales, que, por otra parte, no son tan difíciles de cumplir, sobre todo en la interpretación que ellas han recibido por parte de la doctrina y la jurisprudencia.

Al respecto, debemos destacar que una importante corriente doctrinaria y jurisprudencial tiende a flexibilizar esas normas en cuanto al cumplimiento de las exigencias formales en el testamento por acto público.

Parecería útil subrayar sobre este aspecto, si bien es loable que los jueces tiendan a preservar la voluntad del testador frente a los riesgos que implicarían el aplicar estrictamente el formalismo, ésta no debe ser la actitud del notario. En esta materia a los escribanos no nos han llamado para interpretar la ley en el sentido de la flexibilización sino para cumplirla con estrictez, y así, extremando el deber de prevenir que habitualmente ejercemos, evitemos que los actos jurídicos que nosotros autorizamos puedan ser sometidos a discusión judicial.

Empalmado con lo que decía el doctor Vidal Taquini acerca de la capacidad del testador, resulta interesante analizar cuál es la actividad del escribano frente a esa aptitud del testador para otorgar el testamento.

En todos los casos el notario va tomando contacto con el otorgante y apreciando esa perfecta razón a que se refiere el art. 3615 del Cód. Civil. Y habitualmente, como resultado de esta relación con el testador, se forma un juicio acerca de la capacidad de éste, que en muchos casos refleja en alguna fase que se incluye en el documento. Así en el testamento, dice habitualmente: "el testador se encuentra en pleno goce de sus facultades mentales", "tiene visible lucidez de espíritu y se expresa con evidente sano juicio", etcétera.

¿Cuál es el valor de estas frases que incorporamos al testamento?

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Recordemos - y esto para nosotros es conocido - que las declaraciones del escribano en la escritura pueden referirse a actos ajenos o a actos propios. Cuando se alude a actos ajenos, el escribano está constatando determinadas actividades de un tercero que él percibe por sus sentidos y en consecuencia lo que el escribano refleje en la escritura está haciendo mención auténtica y, como tal, está protegida por la fe pública. Por tanto, si se quisiera dejarla de lado, deberá recurrirse al procedimiento de redargución de falsedad.

En cuanto a los actos que no son de terceros sino propios del notario, también debemos distinguir aquellos actos del mundo exterior y que en definitiva son actos que el mismo notario cumple en el ejercicio de la función - tal el caso del escribano que dice hoy, 22 de octubre a las 11 de la mañana, se constituyó en determinado lugar - y aquellos actos propios del notario, pero del mundo interior, aquellos actos y menciones en las cuales el notario está formulando un juicio que se ha formado acerca de un determinado hecho o de una determinada circunstancia. Esta expresión del notario, como todo juicio, aun científico, puede ser falso o erróneo, y desde este punto de vista no constituye una mención auténtica, no amparada por la fe pública; podrá ser dejada de lado por cualquier medio de prueba sin necesidad de recurrir a la redargución de falsedad. En esta categoría de menciones debe incluirse el juicio del escribano con relación a la capacidad de los otorgantes de las escrituras que autoriza y en especial, en este caso, a la capacidad del testador.

Vélez Sársfield se encarga expresamente de reflejar esto para las escrituras públicas en general en el art. 993 y su nota y en materia testamentaria en la nota al art. 3616, en la que expresamente nos dice "que los escribanos no tienen misión para comprobar auténticamente el estado mental de aquellos cuyas voluntades redactan".

Es decir, que estas menciones a que nos hemos referido podrían no incluirse en el cuerpo del testamento sin que por ello se afectara la validez del acto. Si se las hubiera incluido, podrían ser contradichas por cualquier medio de prueba sin recurrir a querrela de falsedad.

Creo conveniente destacar que no debe suponerse por ello que estas menciones del escribano carecen de toda importancia. Por el contrario, la jurisprudencia les ha reconocido valor como un importante elemento que si bien puede ser dejado de lado por cualquier medio de prueba, deben extremarse los recaudos probatorios cuando se pretende desvirtuar esta manifestación del escribano. Por ejemplo, no puede ser dejada de lado por la declaración de un único testigo.

No todas las expresiones del escribano vinculadas con la capacidad del testador, se incluyen en esta categoría, sino que él puede estar haciendo referencia a determinadas circunstancias que signifiquen la comprobación de un hecho ajeno y que, como tal, están revestidas de autenticidad. Por ejemplo, cuando el notario dice que el testador se ha expresado verbalmente en forma fluida o que ha dictado de viva voz sus disposiciones, efectúa comprobaciones en ejercicio de su función y que como tales son auténticas. Es decir, si lo que posteriormente se discute no es un estado de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

demencia oculto del testador, sino circunstancias exteriores tales como que el testador no puede expresarse verbalmente o que tenía un modo de expresión sumamente pobre, estas menciones deberán ser redarguidas de falsedad.

Desde este punto de vista es útil señalar que, a veces, conviene más que incluir aquella expresión genérica, dejar constancia de ciertas circunstancias concretas que oportunamente resulten útiles para acreditar las aptitudes del testador en el momento del otorgamiento.

El Código español es mucho más severo en la apreciación de la capacidad por el notario y lo obliga a cerciorarse de la capacidad a través de dos médicos que deben revisar al testador y obliga al escribano a autorizar el testamento sólo cuando los facultativos responden de su capacidad.

Otros códigos, como el mexicano y el guatemalteco, recogen normas de este tipo.

Pasemos a analizar el proceso de otorgamiento del testamento por acto público.

El artículo 3656 acuerda al testador dos posibilidades: dictar sus disposiciones testamentarias al notario o entregárselas por escrito, alternativa ésta en la que caben dos posibilidades: que entregue el texto completo de las disposiciones o lo esencial de ellas para que el notario proceda a redactarlas.

El testador podrá optar por cualquiera de estos procedimientos, pero no prescindir de ellos bajo apercibimiento de que el testamento sea nulo; por ejemplo, que sea un tercero quien encomienda al notario el testamento, limitándose el testador en el acto de la lectura a asentir el texto que otro redactó.

Además el art. 3657 establece que es indispensable mencionar en la escritura cuál fue el procedimiento seguido. Debe quedarnos en claro desde ya que el principio genérico en materia de testamento por acto público (art. 3627) es que el cumplimiento de las exigencias formales debe surgir del mismo cuerpo del instrumento, es decir, no debe ser necesario comprobarlo con elementos extraños al mismo. Vale decir, el cumplimiento de la forma debemos reflejarlo en el mismo texto del documento que redactamos.

En la primera posibilidad, dice el Código que el testador podrá dictar el testamento. Si nos ceñimos al sentido puramente gramatical del término dictar, la exigencia consistiría en que el testador diga en forma suficientemente lenta como para que alguien pueda estar escribiendo a medida que se le va diciendo.

La doctrina y la jurisprudencia han interpretado que no es éste el sentido de "dictar" en el art. 3656, que no debe el testador decir literalmente al escribano cada una de las palabras del testamento, sino que basta que él indique verbalmente las disposiciones para que el notario proceda a redactarlas. Creo que aquí está probablemente el momento más delicado de la actuación del notario en el testamento por acto público.

Vamos a ver enseguida que nuestro Código no exige que los testigos estén presentes en el acto del dictado del testamento. Va a existir, entonces, una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

instancia previa a la lectura, que todos conocemos en la práctica, que es cuando el testador, en privado, vuelca al notario de su confianza cuáles deben ser sus manifestaciones para que éste, con su versación jurídica, proceda a redactar el testamento, reflejando lo más fielmente posible esa voluntad.

Aquí debemos encontrar un equilibrio. Si bien no vamos a exigir que se dicte palabra por palabra, tampoco podemos permitir que el testador sea sometido a un interrogatorio y se limite a responder por sí o por no las preguntas que se le formulen. Deberá - y esto dependerá de la responsabilidad del notario - evaluar las manifestaciones verbales que recepte.

Vélez, en la nota al art. 3656, expresamente dice que se aparta de sus antecedentes, el Código francés, para eliminar la necesidad de que los testigos participen del acto del dictado del testamento. Esto implica por parte del codificador adecuarse a los usos del país y, fundamentalmente, un acto de confianza en el notario, lo que es criticado en buena medida por Bibiloni cuando en su anteproyecto propone la reforma de esta norma en una nota no muy elogiosa para nuestra profesión, en la que desea recubrir a todo este acto de mucha mayor solemnidad. Considera excesivas las facultades que Vélez otorga al escribano ya que no exige que los testigos estén presentes cuando se dictan las disposiciones ni que el testamento sea escrito personalmente por el notario. En general las legislaciones, incluso las posteriores a nuestro Código Civil, tales como el Código alemán, el Código suizo y aun el italiano de 1942, son estrictos en este aspecto.

Haciendo una reflexión, parecería que en el ejercicio de esta libertad que se nos otorga es muy importante que nos ciñamos a la realidad. Es decir, si los testigos no se encuentran presentes en el momento del dictado del testamento - todos sabemos que esto es lo que realmente ocurre en la práctica -, no tiene sentido que el testamento incluya la manifestación innecesaria y falsa de que el testamento fue dictado en presencia de los testigos. Del mismo modo digamos que estamos volcando en forma textual las manifestaciones del testador, cuando nosotros hemos redactado el testamento sobre la base de las instrucciones verbales recibidas.

En cuanto a las manifestaciones escritas del testador, no tienen por qué ser manuscritas, e incluso podrían ser escritas por otro y firmadas por el testador.

No es indispensable tampoco conservar las instrucciones del testador. Pensamos que, conservarlas y agregarlas al protocolo cuando hayan sido manuscritas por el testador, puede ser útil ante una eventual discusión que se suscite acerca de la capacidad del testador o sobre la interpretación de alguna disposición testamentaria.

Vayamos ahora al tema más árido de las exigencias formales que debe contener la escritura.

Ante todo debemos recordar que el testamento por acto público, antes que testamento, es una escritura pública. Como tal, está sometida a dos regímenes de formalidades con distintas consecuencias: el régimen general de las escrituras, dispuesto por los arts. 1001 y 1004 y las propias de los

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

testamentos, distinguiendo que la omisión de las exigencias del art. 1001 no provoca en todos los casos la nulidad del acto, sino sólo en aquéllos incluidos en el 1004. Por el contrario, en materia testamentaria todas las formalidades requeridas tienen un sentido de solemnidad; es decir, que el acto que no las cumpla será nulo, y, atención, que tampoco jugará el supuesto de conversión del art. 987, porque para que valiera como testamento ológrafo debería darse la hipótesis muy poco probable de que la escritura matriz hubiera sido escrita de puño y letra del testador.

Aclarado este aspecto, veamos cuáles son estas formalidades. Dice el art. 3657 que la escritura debe consignar el lugar donde se otorga. Este requisito, que es uno de los contemplados en el 1001 y de aquellos que en virtud del 1004 provocan nulidad del testamento, fundamentalmente apunta a la competencia territorial del escribano.

Aunque se considera de buena técnica consignar el lugar concreto del testamento (la escribanía, la casa del testador, el sanatorio), esto no es una exigencia legal, y la doctrina sostiene que basta con indicar la localidad y la ciudad donde se otorga. No es indispensable que este lugar surja de una manifestación del escribano, y mucho menos, por supuesto, que se consigne en determinada parte de la escritura. Una vieja jurisprudencia ha sostenido que aun puede resultar de una manifestación del testador.

Con relación a las fechas, otro de los requisitos del 1001 y de los contenidos en el 1004, rigen las normas generales de las escrituras públicas, con la diferencia de que en materia de escrituras públicas en general se ha desarrollado toda una doctrina sobre fecha incompleta que ha sostenido la validez del acto cuando es posible completar la fecha a través de elementos extraños a la escritura, por ejemplo, la correlación en el protocolo. En el supuesto del testamento, por aplicación del principio ya señalado del art. 3627, esto no es así, sino que, por el contrario, el testamento con fecha incompleta podría ser declarado nulo.

Pasamos ahora al tema de la fe de conocimiento del testador y de los testigos.

En materia testamentaria, no existe ninguna norma expresa que se refiera a la fe de conocimiento del testador. Por lo tanto, debemos regirnos por las normas generales en materia de escritura. Sabemos que la fe de conocimiento es requerida por el art. 1001, pero no es de los requisitos incluidos en el 1004, por lo cual la falta de mención de la fe de conocimiento no acarreará la nulidad del acto, sino que sólo dará lugar a la sanción disciplinaria correspondiente al notario.

Aunque la doctrina más caracterizada en materia de fe de conocimiento, como el trabajo de Bollini y Gardey, sostiene que debería ser elevada a la categoría de requisito esencial de la escritura, esto hoy no es así, por aplicación del principio del art. 1037 de que no se pueden declarar otras nulidades que las establecidas en la ley. No podemos sostener, entonces, que el testamento al que le falta la fe de conocimiento del testador sea nulo. Con relación a los testigos, el Código prevé que éstos deben ser conocidos del escribano, y que si no los conoce, debe éste recurrir al procedimiento de testigos de conocimiento.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Los testigos deben entonces ser conocidos del escribano. La doctrina y la jurisprudencia dicen que no es indispensable que los testigos conozcan al escribano, sino que el escribano deba conocer a los testigos. También se sostiene en doctrina con carácter unánime que no es indispensable que los testigos conozcan al testador.

Un tema del que mucho se ha hablado es el de los datos personales de los testigos.

En primer término, debe consignarse el nombre del testigo. La jurisprudencia ha dicho que es suficiente en algunos supuestos consignar sus iniciales.

En materia de domicilios del testigo, no se exige domicilio en el sentido de permanencia, sino sólo de residencia, es decir, de lugar de habitación real de la persona. El codificador lo aclara expresamente en la nota al art. 3701.

La jurisprudencia admite que cuando se omite consignar la ciudad pero se indica la calle y el número, tácitamente se da por entendido que se refiere al distrito en que se otorga la escritura. En un fallo muy reciente de Cámara Civil, Sala G - publicado en la Revista del Notariado a fines del año pasado - se decidió que el hecho de que los testigos residieran en una localidad del Gran Buenos Aires, de ninguna manera podía causar la nulidad del testamento que había sido otorgado en la Capital Federal, puesto que el art. 3701 no se refiere a un distrito geográfico o político, sino a un ámbito de suficiente vecindad como para que pueda darse el conocimiento de los testigos. Estos casos aparecen con suma frecuencia en la jurisprudencia.

Acerca de la edad de los testigos se han sostenido dos tesis: una, restringida, en el sentido de que debe consignarse el número de años que tiene el testigo fundada en que aquí la exigencia cumple sanciones de identificación de personas, y otra, amplia, que, basándose en que está requerido al solo efecto de evaluar la capacidad del testigo, sostiene que basta con que el escribano haya consignado que los testigos son hábiles y mayores de edad. Esta última posición hoy es aceptada en forma reiterada por la jurisprudencia.

Redactada la escritura, vayamos a la firma.

Estarán presentes en este acto el testador, los testigos, el escribano, eventualmente los testigos de conocimiento de los testigos, y los intérpretes en el supuesto de que el testador no maneje el idioma castellano; pero se ha dicho que la presencia de extraños en este acto de ninguna manera invalida el testamento.

El notario debe proceder a dar lectura de la escritura. Y aquí se plantea el tema de quién debe leerla. El art. 3658 se refiere a este aspecto en forma impersonal; al decir que la escritura debe ser leída al testador, pero sin indicar quién lo hará.

Si interpretamos la norma en función del 1001, "el escribano debe leerla a las partes", resulta claro que es el notario quien debe leerla.

En materia testamentaria, esto reviste especial importancia. Recordemos que el escribano no debió necesariamente escribir el testamento de puño y letra ni tampoco a máquina con su intervención personal, sino que pudo haber delegado esta función en un empleado. Si también delega la lectura,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cabe preguntarse en qué momento el escribano constata que lo escrito en la hoja de papel del protocolo que va a firmar el testador contiene realmente la manifestación de éste.

Esto requiere la intervención personal del notario, y así debe constar en el cuerpo de la escritura; si no, nos encontraríamos en un supuesto de nulidad absoluta y manifiesta.

Si bien nuestro Código no exige, como el español, que la lectura sea hecha en voz alta, se coincide en que debe ser audible, y el Código establece expresamente que debe decir que se leyó al testador frente a los testigos que deben verlo. Aquí hubo una primera interpretación, ya dejada de lado, que lo que debían ver los testigos era el testamento. Lo que hacen, en todo caso, es escuchar la lectura del testamento, pero a quien deben ver es al testador en el acto de la lectura.

Este aspecto de la cuestión también se ha discutido, porque se dijo que si los testigos están presentes no es indispensable que digan que lo hayan visto. Fassi es estricto en la interpretación de esta norma, sobre la base de que realmente debe asegurarse de que han presenciado la aceptación del testador.

Pasemos ahora al tema de la firma. El doctor Vidal Taquini nos recordaba hace un momento el art. 3633, norma en la que Vélez Sársfield se explaya acerca de la firma, diciéndonos que ésta debe contener el nombre y apellido completo del testador, para luego aclarar que si se acostumbra a firmar de otra manera, es válida. Lo importante es que debe reunir los requisitos de una firma, por lo que desde el punto de vista práctico parecería que si el testador está impedido de firmar y sólo puede hacer algunos rasgos que no constituyan una firma, es preferible utilizar el procedimiento de la firma a ruego, explicitado en el mismo Código, que deja el testamento con esas grafías que no pueden llegar a configurar una firma. Todos conocemos, y no vale la pena repetirlo, cuál es el sentido de la impresión digital en el testamento, lo que por supuesto no pudo ser previsto por el codificador. La firma puede ser en su momento de utilidad para apreciar la capacidad del testador, es decir, cuando esa grafía fue decidida, correcta, puede servir para analizar la aptitud del testador en el momento del otorgamiento del testamento.

En el supuesto de que el testador no sepa firmar, previsto por el art. 3661, firma otra persona a su ruego, que en su caso puede ser uno de los testigos; en este supuesto dos de ellos deben saber firmar. No es indispensable que el testigo firme dos veces.

Debemos ser cuidadosos con relación a la manifestación de que el testador no sabe o no puede firmar. Esta expresión debe emanar de boca del testado, ya que debe interpretarse como una manifestación de voluntad en el sentido de que si supiera o pudiera firmar lo haría. Es lo que indica la nota del art. 3662. Mal puede entonces suplirse esta manifestación mediante una atestación del escribano.

Debe indicarse quién firma a ruego, aunque la jurisprudencia desde antiguo ha interpretado que no es indispensable que surja del documento en forma expresa al acto del ruego.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Cuando no firma porque no puede hacerlo, se nos exige que deba expresarse la causa, exigencia que no es requerida en las demás escrituras.

Recuerda que el art. 1001 prevé la firma a ruego solo para el supuesto de que el testador no sabe firmar. La doctrina notarial, en general, la ha extendido a los supuestos de que no pueda firmar. La expresión de la causa que le impide firmar es la exigida sólo para los testamentos.

Sin embargo, es una práctica notarial apoyada por parte de la doctrina especializada extender este tipo de menciones a todas las escrituras.

La manifestación debe ser explícita como para poder ser comprobada, y estar en el cuerpo de la escritura. Al respecto se ha discutido si puede estar después de la constancia de la lectura. Piensan que en la práctica esto puede ocurrir con frecuencia, ya que una vez redactada la escritura diciendo que firma, con el cierre de la lectura el testador manifiesta su imposibilidad de firmar, y el escribano agrega al pie de la escritura esta mención.

Una doctrina importante, sustentada por Fassi, Borda y De Gásperi, entre otros, considera que puede provocar la nulidad del testamento en la medida en que surgiría que esta manifestación no ha sido leída expresamente al testador. Ferrari Ceretti opina lo contrario, entendiendo que en la medida en que esté en el cuerpo de la escritura, aun después de la constancia de la lectura se habría cumplido el requisito.

El Código prevé expresamente el tema de la muerte del testador y nos dice que si muere antes de firmar, no hay testamento. Por más que hubiera expresado verbalmente su consentimiento, este proceso concluye con la firma; por tanto, al morir antes de firmar el otorgamiento, se frustra.

Se ha discutido el supuesto de si el testador fallece una vez firmado el testamento y antes de que firmen los testigos y lo autorice el escribano. La fuente del art. 3659 es Marcadé, y sobre esa base se ha interpretado en el sentido de que el testamento sería válido, porque el proceso de manifestación de la voluntad del testador habría concluido aunque faltare la firma de los testigos y del escribano.

DR. LÓPEZ CABANA. - Vamos a escuchar algunas expresiones del doctor Allende acerca de conclusiones a que arribaron el doctor Vidal Taquini y el escribano D'Alessio.

DR. ALLENDE. - Seré breve sobre el problema de las fuentes, tema que, sin duda, nos demandaría mucho tiempo.

Creo que no hay una gran diferencia entre la posición del doctor Vidal Taquini y la que sostengo.

Sólo dije que el libro IV es el más débil de nuestro Código Civil, lo que no quiere decir que no sea un libro bueno. Tanto es así que no me mostré muy partidario de la reforma integral del Código Civil, aunque se podía haber hecho.

Yendo directamente al tema, doctor Vidal Taquini, vamos a ver lo que dice de la doble influencia del derecho romano y del derecho francés y del derecho romano nuestro gran jurista Vélez, el más grande de todos los juristas argentinos junto con Biliboni y Segovia, y también algunas de sus conclusiones.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En el art. 333 Vélez comienza a dar injerencia al codicilo porque pienso que estaba bajo la influencia de Freitas. Cuando después llega al libro IV y ya no tiene a Freitas, Vélez recurre al derecho francés, pero sin olvidar el derecho romano, y excluye, o aparentemente excluye, al codicilo.

Yo sostuve, y el doctor Vidal Taquini me contradijo un poco, que Vélez admite terminantemente el codicilo. Más aún: la definición que da del testamento dentro del derecho romano no es sino la del codicilo, porque la diferencia entre codicilo y testamento radica en que en el codicilo no hay institutio herens y sí la hay en el testamento. Por tanto, si yo digo que lego tal cosa a fulano de tal, para el derecho romano, para Vélez estudiante, para Vélez abogado, no estoy haciendo un testamento, sino un codicilo.

Veamos como juega el art. 3828 en la mente de Vélez en relación con el derecho francés y el derecho romano.

Vélez dice que el testamento posterior revoca, anula mejor dicho, el anterior. La palabra "anula" está bien empleada, aunque en las leyes españolas, como se dice actualmente, está mal porque la anulación es distinta de la revocación. Pero en las leyes españolas y en el derecho antiguo, el concepto de la palabra "anular" es semejante a la de "revocar".

Vamos a emplear la palabra "revocar": el testamento posterior revoca al anterior.

Esto dio lugar a muchos casos de jurisprudencia, a un plenario después y a muchos problemas, y finalmente la ley 17711 cambió el artículo. Pero en la práctica, ¿qué sucede? Supongamos que una señora hace un testamento y luego hace otro dejando su ropa blanca a la empleada de su casa. Como Vélez utiliza la palabra "revocar", el segundo testamento revoca el anterior, por lo que la jurisprudencia se encontró frente a la situación de un testamento - verdadero testamento - por el que se nombraba heredero y se dejaban campos, etcétera, a una persona determinada, y después había otro testamento, porque el testador se acordó de su empleada y le dejaba la ropa blanca. Pero en la mente de Vélez no era otro testamento, aunque él lo hubiera dicho, porque mientras fue estudiante, fue abogado, ése no era un testamento sino un codicilo. Este testamento en Roma no hubiera anulado el anterior. En España tampoco, porque este segundo testamento era un codicilo, y hubiera estado bien.

Por esa razón, Vélez, al incorporar esa norma del derecho romano, de que todo testamento posterior revoca al anterior, en Roma hubiera sido perfecto. En Francia también hubiese sido admitido, ya que el testamento, aunque no siempre, revocaba al anterior. En cambio, en nuestro Código Civil estaba muy mal decir que ése era un testamento, puesto que no era así para la mente de Vélez, quien no quiso decir que todo testamento posterior dejaba sin efecto el anterior, sino que pensaba en el codicilo.

Vélez incluyó ese artículo, equivocado por cierto, dentro de la contextura del Código Civil, pero todavía estaba en su mente la concepción del codicilo y del testamento, concepción que tuvo no sólo cuando estudiante, cuando abogado, sino también al redactar el Código Civil, porque hasta llegar al art. 333 habla de codicilo, hasta ahí seguía a Freitas, pero luego Freitas desaparece de la escena. De ahí viene ese concepto, digamos equivocado,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del art. 3828, producto de esa doble fuente que empleaba el codificador.

Quiero aclarar el término "perfecta razón". El Código francés se refiere a "sano de espíritu". Nuestra doctrina, que siempre lo ha basado en Freitas, lo ha olvidado, y lo de "perfecta razón" no es invención de Vélez, sino de Freitas, que lo incluye en una obra, desconocida en general por la doctrina argentina, La consolidación, lo que nuestro codificador no aclara.

¿Y por qué no lo aclara? Vélez ha copiado - lo afirmo - de Freitas mil y pico de artículos, pero sólo lo cita 23 veces y no aclara que la expresión "perfecta razón" es de la autoría del ilustre jurisconsulto brasileño. Esto no obedece a una acción maliciosa de Vélez para ocultar el nombre de Teixeira de Freitas; se debe a que tenía temor de que si lo citaba tanto a Freitas se le criticara, porque Alberdi, en alguna ocasión, le dijo a Vélez que en lugar de citar a los autores franceses tan prestigiosos, mencionaba a un oscuro y fracasado jurista brasileño. Por eso Vélez ocultaba las notas de Freitas, aunque cada vez que lo hacía le rendía su homenaje.

Por eso, la expresión "perfecta razón", que nuestra doctrina dice que ha sido sacada de la doctrina francesa de "sano de espíritu", no se ajusta a la realidad, porque fue sacada de una fuente importante prácticamente desconocida por la doctrina nacional, La consolidación, de Freitas. Puedo afirmarlo porque este tema lo he estudiado a fondo y he hablado mucho al respecto.

Reitero: La consolidación no fue consultada; sí lo fue el Esbozo, pero a medias, porque no está citado Freitas. Hay que tener cuidado en esto porque la fuente verdadera es Freitas, no otro autor. Por ejemplo, en la acción confesoria casi todos los artículos menos uno son tomados de Freitas al pie de la letra y, sin embargo, no figura una sola vez citado su autor.

No es que Vélez haya optado por el término "perfecta razón" cambiándola del derecho francés que decía "sano de espíritu", sino que lo que hizo fue copiarlo de La consolidación, de Augusto Teixeira de Freitas, el gran olvidado.

Coincido casi en todo con lo dicho por el doctor Vidal Taquini, sólo hay diferencias de matices. Creo que la obra de Vélez en su libro IV también es muy buena, pero hay contradicciones en la doble fuente, lo que ha producido trastornos en nuestra doctrina y jurisprudencia, como la de los arts. 333 y 3828 y algún otro como el legado de cuotas.

Creo que hay mucha semejanza entre lo que expuso el doctor Vidal Taquini y mi pensamiento, salvo algunas matices...

DR. VIDAL TAQUINI. - Le agradezco, porque creo que lo he convencido...

DR. ALLENDE. - Agradezco sus palabras, no me gusta ser vencedor.

DR. LÓPEZ CABANA. - Queda abierta la posibilidad de que algún asistente pregunte lo que considere necesario.

PARTICIPANTE. - No me parece necesario. Los oradores han sido muy explícitos y muy claros en sus conceptos.

DR. LÓPEZ CABANA. - Entonces, sólo nos resta agradecer, en nombre del Colegio de Escribanos, y sobre todo a la Comisión Especial de Posgraduados, esta actividad.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal