Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J

S. I., E. M. c. P. G., E. M. M. y otro • 23/02/2010

2ª Instancia. — Buenos Aires, febrero 23 de 2010.

La doctora Beatriz A. Verón dijo:

La sentencia de fs. 1372/1384 vta. hizo lugar a la demanda de nulidad de testamento y de redargución de falsedad entablada por E. M. S. I. -hermana del causante -contra E. M. M. P. G. B. favor de quien se testó y N. E. L. de D. -la notaria interviniente-. En consecuencia, la juez a quo declaró nulo de nulidad absoluta el testamento otorgado por E. S. I. mediante escritura nº … pasada el 23 de diciembre de 2005 al folio 330 del registro notarial 1308 de esta ciudad, autorizado por la escribana E. L. de D. y ordenó colocar nota marginal en la aludida escritura, librar oficio al Registro de Actos de Última Voluntad del Colegio de Escribanos de la Capital Federal para que tome conocimiento de la sentencia y colocar nota de lo decidido en los autos “S. I., E. M. s/sucesión testamentaria”, imponiendo las costas a las demandadas vencidas.

Contra este pronunciamiento se alzaron las demandadas, E. M. M. P. G. y N. E. L. de D., quienes expresaron agravios a fs. 1420/1439 vta. y fs. 1444/1489 vta., respectivamente. Corridos los traslados pertinentes fueron contestados a fs. 1500/1501 vta. y fs. 1503/1564 vta.

A fs. 1579/1581 vta. dictaminó el Fiscal General y con el consentimiento del auto de fs. 1596 quedaron las presentes en estado de resolver.

1.1.- Antes de abocarme a los medulosos agravios vertidos debo recordar que nuestro más Alto Tribunal ha decidido que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo las que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (CSJN, Fallos. 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, entre otros y remarcado por destacada doctrina: Fassi-Yáñez “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado, Anotado y Concordado”, t. 1, pág. 825; Fenochietto-Arazi “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Comentado y Anotado” T. 1, pág. 620). En su mérito, no habré de seguir a los recurrentes en todas y cada una de sus alegaciones sino, tan sólo, en aquellas que sean conducentes para decidir este conflicto.

Asimismo, en sentido análogo, tampoco es deber del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que estime apropiadas para resolver el caso (CSJN, Fallos: 274:113; 144:611, entre otros), razón por la cual me inclinaré por las que produzcan mayor convicción, en concordancia con los demás elementos de mérito de la causa. En otras palabras, se considerarán los hechos que Aragoneses Alonso llama “jurídicamente relevantes” (su ob. “Proceso y Derecho Procesal”, Aguilar, Madrid, 1960, pág. 971, párrafo 1527), o “singularmente trascendentes” como los denomina Calamandrei (“La génesis lógica de la sentencia civil”, en “Estudios sobre el proceso civil”, págs. 369 y ss.).

1.2.- En primer lugar, es menester recordar que, reiteradamente se ha sostenido que “no corresponde declarar la nulidad de la sentencia si los vicios imputados a la misma pueden ser reparados a través del recurso de apelación sostenido por la parte” (CNCiv. Sala “A” ED 69-394; Sala “B” ED 66-521; Sala “C” ED 65-201, Sala “L” ED 138-235, Sala “D” ED 137-541, entre otros).

Es que el recurso de nulidad no tiene autonomía formal dentro de nuestro ordenamiento procesal, por ello, debe considerarse implícitamente comprendido en la apelación.

Asimismo, tal articulación debe fundarse en los defectos formales manifiestos y graves que la resolución judicial pudiera padecer independientemente de su contenido, y no en “errores in procedendo” que precedieron a su dictado, pues los mismos pudieron subsanarse por vía del incidente de nulidad, y en la instancia en que se han cometido (Alsina, H. “Derecho Procesal” T. IV, pág. 248, nº 121; Fassi, S. Yáñez, C. “Código Procesal Comentado y Anotado” T. I, pág. 410; Morello-Sosa-Berizonce “Código Procesal Civil y Comercial de la Prov. de Bs. As. y de la Nación, comentados y anotados” T. III, pág. 265, Ed. Abeledo Perrot).

Este introito, va en respuesta al punto I de fs. 1420/1421, fundamentando así, la desestimación de la nulidad impetrada y el consecuente tratamiento de los reproches formulados a la sentencia en crisis, que por su entidad serán analizados, los de ambas demandadas en forma conjunta.

Antes de adentrarme en ellos, destaco la trabajosa actuación y el nivel intelectual desplegado por todos los letrados intervinientes, quienes honran de esta manera, el ejercicio de la profesión.

2.- Agravios.

De los profusos y medulosos reproches, extraigo con respecto a la prueba los siguientes: omisión, incorrecta e inadecuada valoración; improcedencia de la redargución de falsedad por falta de dictado de viva voz de las disposiciones testamentarias; improcedencia de la redargución de falsedad y nulidad del testamento por la intervención como testigo de quien realizara gestiones en la escribanía; alcance de “perfecta razón” y sustento de la validez del testamento en caso de duda.

Por razones metodológicas centraré el tratamiento en los agravios relativos a la viva voz, la perfecta razón y el testigo dependiente. La valoración de la prueba la haré en el desarrollo y concluiré reflexionado sobre la duda apuntada.

2.1.- Viva voz.

Nuestro código fondal da a potenciales testadores varias alternativas para expresar su última voluntad (art. 3622 del Código civil). Pero si el testador opta por una forma, debe cumplirse con la observancia de la ley (art. 3625) y en el caso que nos ocupa el art. 3654 exige que “debe ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar”.

En esta especie de testamento, conocido también como testamento notarial o testamento abierto, el testador lo otorga mediante escritura pública y ante escribano que autoriza, quien da fe y firma la escritura conjuntamente con el otorgante y los testigos del acto (conf. López del Carril, Julio J. “Derecho de las sucesiones”, Ed. Depalma, pág. 256). Esta clase de testamento goza de la presunción de autenticidad del instrumento público (SCBA. “Rodríguez, Fermín c. Prieto, María Luisa y otra” del 17/10/2001, LLBA, 2002-51).

La intervención de un experto como el escribano hace suponer que se reducen al mínimo las probabilidades de que se incurra en equívocos que puedan traer aparejada la nulidad del acto, no sólo en lo que hace al resguardo de las formas, sino también a la procedencia de las disposiciones contenidas en él, su eficacia, etc. (Ferrer, Francisco A. M. - Medina, Graciela “Código Comentado- Doctrina- Jurisprudencia- Bibliografía- Sucesiones” T. II, pág. 285; Córdoba-Levy-Solari-Wagmaister “Derecho Sucesorio” T. III, pág. 51).

Amén de las ventajas reseñadas, la solemnidad del acto supone una madura reflexión y descarta la duda sobre si se trata de un mero proyecto (Fassi, Santiago C. ob. cit., vol. 1, pág. 167).

Claramente el art. 3656 del Código Civil dispone que “el testador puede dictar el testamento al escribano, o dárselo ya escrito, o sólo darle por escrito las disposiciones que debe contener para que las redacte en la forma ordinaria”. Resulta significativa la nota a esta norma, la cual hace mención al art. 972 del Código Francés que exige que el testador dicte el testamento al escribano en presencia de los testigos, extremo al cual no se alía nuestro codificador y así dice “Nosotros no encontramos indispensable esta forma, y en el artículo seguimos los usos del país, de los cuales no ha resultado mal alguno. Creemos también que basta que los testigos se hallen presentes al tiempo de la lectura del testamento, sin necesidad de que los estén cuando se escribe”.

Es así, que la mencionada norma de nuestro código de fondo dice “el testador puede”, por lo que debe concluirse que caben otras maneras, siempre que no se viole ninguna prescripción legal. Y sobre este tópico continúa diciendo Lafaille “Supongamos que el escribano recibe los datos para el testamento, que se los suministrara ya el mismo interesado, ya otra persona por encargo de éste; con ellos prepara la escritura y una vez que la redacta, da lectura de ella al interesado, delante de los testigos y si está de acuerdo aquél, la firma” (en su obra “Curso de Derecho Civil- Sucesiones” T. 2, pág. 252).

La expresión “viva voz” ha de ser entendida como “Explicación de la voluntad en cuanto a lo que se debe ejecutar sin rescripto, bula o decreto. Expresión oral, en contraposición a la escrita” (conf. Diccionario de la Real Academia Española). Formalidad que fue cumplida, bajo las características que veremos a continuación.

Tal manda, seguramente, el causante no la encomendó al notario que por lo general lo asistía, Jorge Luis Francisco Poccard, por que éste se había acogido al beneficio jubilatorio a partir del 11 de diciembre de 2000, tal como lo informa el Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 541). Hecha la salvedad, la escribana L. de D. reconoce haber actuado tal cual lo expresado ut supra. Que el testamento fue confeccionado el día anterior -recuerdo que fue firmado el 23/12/2005-, que lo llevó al domicilio de la demandada P. impreso, que el 21 de diciembre la llamó el testador y le pidió que lo fuera a ver porque quería otorgar testamento, que cumplimentó en las primeras horas de la tarde de ese día, oportunidad en la cual el causante manifestó su voluntad de otorgar testamento a favor de la Sra. P. (fs. 472 vta./473, posiciones 35, 36, 37; fs. 473 interrog. conforme art. 415 del Código Procesal: pos. 1, 3 y 7). Completa este reconocimiento con la narración del acto y sus antecedentes el día 21/12/2005 cuando la dicente fue a su domicilio, el causante le exhibió la libreta de enrolamiento, la cual ya había tenido ocasión de ver cuando fue a tomarle la firma al hospital italiano para hacer un certificado de convivencia. Confeccionó la dicente el testamento al día siguiente y el día 23/12/05 concurrió a su domicilio en la calle Las Heras -en las primeras horas de la tarde, alrededor de las 15 hs- con los testigos del acto: K. T., E. N. de C. y la Sra. S. V., les abrió la puerta la Sra. P. El testador estaba sentado en un sillón. La escribana se sentó enfrente y le leyó el testamento. Le tomó la firma al causante, firmaron las testigos, la dicente autorizó el acto y se retiraron. El testador incluso se encontraba mejor de aspecto que cuando la dicente lo había visto en el Hospital Italiano, le sorprendió verlo sentado en un sillón. Se podía expresar con claridad el testador, no le hizo preguntas a la dicente. Las instrucciones para redactar el testamento se las había dado cuando la dicente concurrió a su domicilio el día 21/12/2005. Agrega que el 23/12/2005 -cuando fue a su domicilio- el causante también le exhibió su libreta de enrolamiento antes de la firma del testamento, junto con el certificado médico. Y en cuanto al número de documento de la beneficiaria lo tenía anotado el causante en un papelito, se lo facilitó él a la dicente (fs. 474 vta./475).

El experto informático (expte. nº 131.414/2.006; fs. 29/30 y corrección de fs. 32/33), se constituyó en la escribanía y constató el disco rígido de la computadora donde encontró un archivo denominado Testamento E. que fue creado el 22/12/2005 a las 17:18:34 con fecha de modificación el día 22/12/2005 a las 17:18:34.

Con respecto al artículo siguiente del Código de Fondo (3657), que sostiene la exigencia que el escribano deje constancia si ha hecho el testamento o si sólo ha recibido por escrito sus disposiciones, se trata de una mención superflua, pues concierne a la etapa de preparación del acto la cual queda cubierta con la lectura de la escritura al testador en presencia de los testigos (conf. Fassi, S. ob. cit., vol. 1, pág. 179, nº 1259).

El Dr. Bellucci en un fallo con planteo fáctico y jurídico similar a este, con singulares conceptos que comparto así refiere “sella la suerte de este supuesto agravio el probado hecho de la presencia de los testigos durante la lectura del testamento, y su poster signatura, sin que importe demasiado que Borges haya dictado antes su última disposición, o haya dado indicaciones al escribano en tal sentido”, porque reitero, lo superlativo es que se leyó el documento y se firmó, en su presencia (la de los testigos) (CNCiv. Sala “G” ED 163-545).

Es común que las disposiciones se obtengan en dos etapas, una preparatoria donde el otorgante entrega las instrucciones y la posterior firma del testamento en presencia de los testigos. La simultaneidad de ambos aspectos, la cercanía de la muerte, no constituyen datos que sin más autoricen a anular un testamento o hagan presumir que su discernimiento estaba impedido como tampoco que la voluntad del otorgante estaba expuesta a las acechanzas (CNCiv. Sala “A” ED 140-436).

Sobre el particular, Salas y Trigo Represas con citas jurisprudenciales en el comentario al art. 3656 señalan que “No es necesario que el testador dicte sus disposiciones al escribano palabra por palabra; es suficiente que aquél exprese su voluntad en forma clara y espontánea, sin contestar a un interrogatorio, a fin que el escribano lo redacte en la forma ordinaria; no es necesaria la presencia de testigos cuando el testador hace el dictado o imparte las instrucciones, que pueden ser verbales, ni tampoco cuando el escribano redacta el testamento; es inclusive conveniente que las instrucciones al escribano sean recibidas por éste a solas, a fin de asegurar la espontaneidad de los deseos del testador” (su obra “Código Civil Anotado” T. 3, pág. 167, Ed. Depalma íd. Zannoni, Eduardo A. “Derecho de las Sucesiones” T. II, pág. 380, Ed. Astrea; SCBA “Rodríguez, Fermín y Prieto, Florentina s/nulidad de testamento y redargución de falsedad” 17/10/2001, LLBA, 2002-51).

La palabra dictar no debe ser tomada en sentido rigurosamente literal, reduciendo la intervención del escribano a la mera trascripción mecánica de las expresiones del testador. Reitera en igual sentido destacada doctrina, que no es necesario, que el otorgante dicte sus disposiciones palabra por palabra, siendo suficiente que aquél exprese su voluntad en forma clara y espontánea a fin que el escribano haga la redacción en forma ordinaria -a lo cual acoto, tal como lo hizo el causante el 21 de diciembre-, y redactada la escritura el escribano debe leerla en presencia de tres testigos, al testador, quien la firma, manifestado así que esa es su voluntad (Borda, Guillermo A. “Tratado de Derecho Civil-Sucesiones” T. II, pág. 241, actualizado por Delfina M. Borda, Ed. La Ley; Maffia, Jorge O. “Tratado de las sucesiones” T. III, pág. 185, Ed. Depalma). No debe tomarse la expresión al pie de la letra, significa dar las instrucciones verbalmente, sea palabra por palabra, sea diciendo cómo se quiere disponer, para que el escribano la encierre en una adecuada redacción, pero apartándose lo menos posible de las expresiones del testador (Fassi, Santiago C. ob. cit. vol. 1, pág. 176).

Como acto final, el escribano (conf. art. 1001) debe leer el testamento en presencia del testador y de los testigos que deben verlo, porque lo que se busca es asegurar que la lectura se practique en forma que la oigan todos los nombrados, porque en la práctica jamás se hallan presentes los testigos mientras se lo pasa al protocolo, diligencia ésta que se cumple siempre en la escribanía reservadamente (Borda, Guillermo A., ob. cit. T. II, pág. 249; Zannoni, Eduardo A. ob. cit. T. II, pág. 384; Bueres, Alberto J. Highton, Elena I. “Código Civil y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial” T. 6-A, pág. 849 y sigs. Ed. Hammurabi). El notario cumple una función fedante y actúa como un experto procurando evitar mandas inoficiosas o que por defecto de redacción se pueda incluir en una interpretación separada de la real voluntad del testador (conf. esta Sala “R., P. R. s/suc.” ED 219-63).

Tal fue lo acontecido, como se desprende de la lectura del testamento (fs. 5/vta. reservado), como de las declaraciones de los testigos del acto Elsa Josefa Navarro (fs. 1108/1113, ver descripción efectuada a fs. 1112, de la que no puedo extraer anormalidades), Silvia Elidia Villegas (fs. 1114/1120, a igual concepto responde el desarrollo de los hechos volcados a fs. 1119) y Karina Hebe Tormos (fs. 1121/1126, de quien en particular haré referencia en el considerando 2.3).

2.2.- Perfecta razón.

Liminarmente, es de toda exigencia acreditar a este respecto varios extremos: la falta de razón en el paciente, el carácter habitual de dicho estado, lo notorio del mismo y una proximidad relativa respecto a la fecha en que se otorgaron las últimas disposiciones (Lafaille, Héctor “Curso de Derecho Civil- Sucesiones” T. 2, pág. 201).

Cuando se trata de considerar la capacidad del testador, basta con tener en cuenta los principios generales sobre la capacidad de obrar a todos los actos jurídicos, efectuar un análisis del caso concreto, como cuestión de hecho y así, alcanzar la definición de la nulidad o no del acto de última voluntad (CNCiv. Sala “C” ED 187-202, íd. ED 177-558 -dictamen del Fiscal de Cámara-).

Resulta esclarecedora la nota -que no es ley, pero sí, sirve para seguir el pensamiento que guiara al codificador- de Vélez Sársfield al art. 3615 del Código Civil -a su lectura remito- de la cual extraigo algunos párrafos significativos: “el Derecho civil exige en el hombre que quiere erigir en ley doméstica su última voluntad, que esta voluntad nazca de un espíritu sano. Los jueces deben tener el poder de apreciación para decidir de la capacidad de disponer en que puede haberse hallado el monomaníaco). No sería más prudente y más jurídico resolver la cuestión de hecho según las circunstancias, el carácter, la extensión y la intensidad más o menos grande de la monomanía del testador, como también la rectitud y el buen sentido en sus disposiciones”.

En los autos “Uveda de Robledo Epifanía c. Kodama, María s/nulidad de testamento” el entonces Fiscal de Cámara, Dr. Carlos R. Sanz en concienzudo dictamen, abonado de frondosa, calificada doctrina y jurisprudencia refiere que las condiciones mentales para poder testar -sin perjuicio del demente declarado tal en juicio al que le está prohibido ese acto mientras se halle vigente tal declaración- expresadas en el art. 3615 del Código de fondo está centrada en “que la persona esté en su perfecta razón” y el art. 3616 repite el concepto bajo la expresión “completa razón”. De esta manera, quedan comprendidos -además de los dementes- todos aquéllos cuyo espíritu se encuentra perturbado y obscurecido por distintas causas, como la embriaguez, el abuso de drogas, ciertas enfermedades o la vejez. Y tal amplitud de conceptos permite al juzgador actuar con criterio elástico a efectos determinar, con la mayor seguridad posible el estado mental y físico del testador a la época de otorgamiento del acto.

Continúa, remarcando las premisas legales que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario, que en caso de duda debe estarse por la validez del acto y quien pidiere la nulidad del testamento deberá probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones y este es el punto clave de la prueba, pues resulta indiferente lo sucedido antes y lo acaecido al momento de la muerte del testador (ED 163-522; íd. CNCiv. Sala “A” ED 140-428; Sala “D” ED 213-48; Sala “E”, LA LEY, 1977-B, 331; Sup. Corte Bs. As. 17/10/2001 “Rodríguez, Fermín c. Prieto, María L. y otra” LLBA, 2002-51; Fassi, Santiago C. ob. cit. vol. 2, pág. 379: Zannoni, Eduardo A. ob. cit., T. II, pág. 318; Ferrer, Francisco A. M.-Medina, Graciela “Código Civil Comentado-Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía-Sucesiones” T. II, pág. 217). Es decir, debe el testador obrar con discernimiento, intención y libertad, sin que sea decisivo su mayor o menor dificultad para expresarse o moverse, sino que es necesario la anulación o compromiso grave de la razón (conf. CNCiv. Sala “F” JA 1990-I-652, íd. JA 2000-I-595).

La ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se demuestre lo contrario, de tal manera, que el que pide la nulidad del testamento le incumbe probar que el testador no se hallaba en su perfecta razón al tiempo de hacer sus disposiciones, acompañado con las disposiciones legales tendientes a rodear de las mayores garantías los actos de última voluntad. Es decir, la prueba debe destruir la presunción legal de sanidad mental a cargo de quien impugna el testamento, pero quien defiende la validez mejora su situación procesal si aporta prueba de la plena razón del testador y la debilita si se abstiene de producirla (Fassi, Santiago C. ob. cit., vol. 2, pág. 380; Ferrer, Francisco A. M. - Medina, Graciela ob. cit., T. II, págs. 226, 232/233; Bueres, Alberto-Highton, Elena I. “Código Civil y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, T. 6 A, págs. 809/811 -v. nota a pie de página nº 117 en la que se invoca precedente jurisprudencial de esta Sala-).

Por otra parte, no cualquier anormalidad o alteración de las facultades del espíritu es suficiente para viciar la voluntad, mientras no llegue a anular o comprometer gravemente el uso de la razón, es decir, es necesario que haya sido capaz de entender o querer en el momento en que otorgó el testamento (CNCiv. Sala “F” expte. nº 295408 “Camperchioli, Teresa Lina c. Janelli, María Cristina Guillermina y otro s/nulidad de escritura-Instrumento-Ordinario” del 5/02/01). A la inversa, la voluntad de un sujeto normal pude estar viciada cuando el discernimiento se halla oscurecido por una causa cualquiera, como la embriaguez u otras afecciones momentáneas (CNCiv. Sala “E” ED 69-246).

Otra faz, que es necesario atender, es que la “perfecta razón” no debe considerarse en abstracto, tomando en comparación un ente ideal, sino que debe ser concreto, esto es, referida a las naturales falencias y aptitudes del propio sujeto disponente. No debe buscarse una suerte de perfección ideal, sino que debe apreciarse si el testador se hallaba en condiciones de expresar el querer y entender propio de su personalidad, mientras que no se traspongan los límites de su normalidad (CNCiv. Sala “A” ED 140-431, Sala “C” ED 187-202; Sala “F” JA 2000-I-595; Sala “H” “F. de M., R. S. y otros c. Q., H. A. s/nulidad de acto jurídico” del 03/11/2008; C10 CC San Isidro, Sala I ED 153-498; Heredia, Florencia “Testamentos (Investigación de Jurisprudencia)” ED 143-173, nº 113).

Es necesario que el trastorno sufrido por el testador tenga tanta importancia psicológica como para que sea capaz de abolir completamente su conciencia y su libertad para actuar. No cualquier anormalidad o alteración de las facultades del espíritu es suficiente para viciar la voluntad de quien la padece, mientras no llegue a anular o comprometer gravemente el uso de razón (López del Carril, Julio “Testamento y Sanidad Mental” LA LEY, 1977-D, 918; CNCiv. Sala “E” diario La Ley del 24/09/2007, pág. 11).

El testador debe obrar con intención, discernimiento y libertad (conf. art. 897), es decir, reunir los elementos de la voluntariedad, sin los cuales los hechos “no producen obligación alguna” (art. 900), debe conceptuarse como la capacidad intelectual corriente del hombre normal que le permite comprender lo que hace y advertir las consecuencias previsibles de sus acciones. No es que se exija una voluntad más intensa que en los demás actos jurídicos, sino que, con ello admite la posibilidad de atacar el testamento después de la muerte del testador (Ferrer, Francisco A. M.-Medina, Graciela ob. cit., T. II, págs. 223 y 229; CNCiv. Sala “E” JA 2005-III-796).

Por tanto, la prueba que debe producir quien impugna la validez de un testamento, necesita ser decisiva, seria, fehaciente con el fin de destruir la presunción de capacidad que goza el testador, y así, avalar su pretensión, porque el poder de la inteligencia puede hallarse quebrantado por una enfermedad física sin encontrarse por ello, en principio, comprometida la capacidad testamentaria del causante. Por supuesto, sin que ello exima a la contraria de demostrar la inexistencia de la falta de plena razón y en caso de duda, la decisión debe inclinarse a favor de la lucidez (CNCiv. Sala “D” ED 104-121; CNCiv. Sala “E” JA 2005-III-796; Sala “G” ED 163-517; Sala “L” ED 143-166; esta Sala LA LEY, 1998-B, 437).

La prueba testimonial es admisible para la comprobación del estado mental del testador, pero su apreciación debe ser particularmente estricta en razón de la propia naturaleza de este medio probatorio.

Con relación a los testigos, esta prueba debe ser apreciada con sumo rigor, y si a través de sus dichos el juez no llegara a la certeza de la enfermedad mental o carencia de discernimiento del testador debe resolverse a favor e la validez del testamento (Zannoni, Eduardo A. “Derecho de las Sucesiones” T. II, pág. 319, Ed. Astrea; CNCiv. Sala “K” JA 1999-IV-772).

Sabemos que, la prueba es la comprobación de la verdad de un hecho del cual depende la existencia del derecho, el medio de formar la convicción del juez sobre la realidad o falsedad de los hechos conducentes, el modo de verificar las afirmaciones controvertidas respecto de ellos. En el caso de la testimonial, es una de las “pruebas indirectas”, por cuanto llega al magistrado a través de personas que han conocido de alguna manera la ocurrencia del hecho que es objeto de controversia, y lo transmiten al tribunal.

En términos generales, podemos afirmar que nuestro ordenamiento procesal ha descartado tanto el sistema de tachas absolutas como el de tachas relativas, incluyendo estas últimas dentro del interrogatorio sobre las “generales de la ley”, como factores que podrán incidir en la valoración de la declaración prestada conforme a las reglas de la sana crítica, con excepción de lo previsto expresamente en el art. 427 del Código Procesal en relación a consanguíneos, afines en línea directa de las partes y cónyuge, aún separado legalmente (testigos excluidos).

La norma específica a la que se alude, el art. 456 del Código Procesal -a la cual las partes echaron mano-, dispone textualmente “Dentro del plazo de prueba las partes podrán alegar y probar acerca de la idoneidad de los testigos. El juez apreciará, según las reglas de la sana crítica, y en oportunidad de dictar sentencia definitiva, las circunstancias y motivos que corroboren o disminuyan la fuerza de las declaraciones”.

Se trata de una alegación sobre su idoneidad subjetiva, ya que lo que está en debate en ese supuesto son las condiciones personales del testigo, en tanto puedan incidir en el juicio de verosimilitud sobre su declaración, y no se limita a las causales aprehendidas dentro del concepto de “generales de la ley”, sino que se extiende a cualquier circunstancia relacionada con las condiciones personales, aptitudes morales o intelectuales del testigo, que sea susceptible de excluir o disminuir la eficacia probatoria del testimonio prestado.

No está incluido en esta hipótesis el ataque a la declaración misma, por cuanto no existe en nuestro ordenamiento la “tacha del dicho”, de modo que no puede extenderse a la apreciación de la veracidad de los testimonios, que es materia de apreciación judicial (esta Sala, Expte. Nº 20.033/04 “Abregú, Gladis Mabel c. Abram, Ernesto Julio s/daños y perjuicios” y Expte. Nº 113.400/03 “Abram, Ernesto Julio c. Abregú, Gladis Mabel s/daños y perjuicios” voto preopinante de la Dra. Marta del Rosario Mattera del 21/12/2009).

“Cuando sobre un hecho central del litigio concurren declaraciones testificales frontal e irreductiblemente contradictorias, corresponde, en ciertos casos, dispensar al magistrado de la pesada y poco seria tarea de adivinar quién miente y quién dice la verdad, descartando, por igual, todas las declaraciones en cuestión”.

“La denominada neutralización de los testimonios antagónicos en sede civil constituye una variante excepcional de la dispensa del deber funcional de los jueces de valorar la totalidad del material de convicción obtenido. En su mérito, los magistrados se verán aliviados de la ímproba, y a veces imposible, tarea de elegir una de dos versiones fácticas opuestas provenientes de testimonios encontrados prestados acerca de hechos centrales de la causa y que no se encuentran respaldados por otros elementos de juicio coadyuvantes. Si se insistiera en que, en cualquier supuesto y como fuere, los magistrados deberán valorar y elegir aún en casos como el indicado, se los forzaría a practicar una tarea casi adivinatoria, poco seria y hasta riesgosa para la obtención de una deseable ‘verdad histórica’. Por lo común, la operatividad del instituto que hemos examinado, determinará que el litigio respectivo deba ser resuelto por imperio de ‘reglas técnicas de decisión’ (v gr., de distribución de carga de la prueba) que persiguen más que a tener un hecho por probado, a suministrarle al magistrado elementos suficientes para cumplir con su deber ineludible de fallar” (conf. Peyrano, Jorge W., “La neutralización de los testimonios antagónicos en sede civil”, LA LEY, 2000-E, 1258; esta Sala Expte. Nº 20.033/04, “Abregú, Gladis Mabel c. Abram, Ernesto Julio s/daños y perjuicios” y Expte. Nº 113.400/03 “Abram, Ernesto Julio c. Abregú, Gladis Mabel s/daños y perjuicios” voto preopinante de la Dra. Marta del Rosario Mattera del 21 /12/2009).

En este caso, con respecto a la salud mental del Dr. S. I., existen testimonios divergentes, por ello, descartaré el de los inexpertos. Es que la opinión lega sobre la salubridad mental de las personas, indica la experiencia, es sumamente volátil e inidónea para dar fundamento sólido a la invalidez de un acto jurídico de la trascendencia del sub lite. Por tanto, sólo me atendré al dictamen de los profesionales de la medicina -preponderantemente a los que han asistido en vida al causante- y aun, con respecto a alguno de ellos, indicaré los motivos del apartamiento de su evaluación.

No resulta ocioso recordar el adagio “que no hay enfermedades sino enfermos”, queriendo significar que cada estado clínico presenta particularidades que lo diferencian de los demás, por lo que no se puede esperar las mismas consecuencias de males semejantes o situaciones similares, lo que trae aparejado, que no es factible encasillar la solución dentro de probabilidades de orden científico, que en otras materias podrán gozar de un mayor predicamento, pero que en estas situaciones deben ser valoradas a través de la prudente apreciación judicial que pondere las relatividades de cualquier conclusión elaboradas sobre bases que no dejan de ser hipotéticas (CNCiv. Sala “A”, ED 140-432)

El médico interviene de dos maneras, como testigo, cuando ha asistido en vida al paciente y está habilitado para expedirse con conocimiento directo; y como experto para informar sobre las condiciones mentales de una persona desaparecida que no ha podido someter a examen. En este último caso su opinión tiene el aire de una conjetura (Fornieles, Salvador. “Tratado de las sucesiones” T. II, pág. 154, 40 Ed., Zannoni, Eduardo A. “Derecho de las Sucesiones” T. II, pág. 318, Ed. Astrea; CNCiv. Sala “A” ED 140-428; Sala “D” ED 213-48). Debe preferirse la declaración de calificados testigos que trataron directamente al testador, cuya opinión se funda en el juicio personal y en hechos ciertos que han visto y conocido directamente (Ferrer, Francisco A. M.-Medina, Graciela ob. cit., T. II, pág. 237).

Resulta decisiva en materia de pruebas para la valoración judicial de los hechos y de las conductas humanas, la opinión de los médicos, aunque ella se manifieste por vía del testimonio, si éste tiene por objeto certificar acerca del estado de salud física o mental de una persona, máxime cuando dicho testimonio emana del médico que examinó, atendió al causante (Medina, Graciela “Nulidad de Testamento”, pág. 52; CNCiv. Sala “C” ED 187-202; Sala “G” ED 163-517).

A ello responde el testimonio de S. R. S. (fs. 731/735), médico oncólogo clínico. Expone que conoció al causante en una consulta en el Hospital Italiano en el mes de noviembre de 2005, que la relación concluyó con el fallecimiento del paciente, que la evolución de la enfermedad fue rápida, las medidas adoptadas para mitigar el dolor, que en los últimos días del mes de diciembre de 2005 su capacidad de comprensión y razonamiento no se vio afectada y que siempre que habló con S. éste siempre mantuvo un discurso coherente (pregs. primera, segunda, octava, decimoprimero, decimosegunda).

F. L., médico, director emérito del Hospital Italiano (fs. 1011/1022) quien en este caso actuó como médico de consulta, expresa al respecto que la última enfermedad del causante fue cáncer y durante su internación concurría a visitarlo diariamente, con el que pasaba largo rato conversando y con su mujer -refiriéndose a la Sra. P.-, que la evolución de la enfermedad fue bastante acelerada (preg. Primera, Segunda, Séptima, Novena). Y en lo atinente al aspecto que centralmente nos interesa, es decir, cuando fue preguntado sobre la capacidad de comprensión y razonamiento del causante en los últimos días del mes de diciembre del año 2005, contesta “el paciente se hallaba completamente en su sano juicio” (preg. decimoprimera).

La presentación adunada a fs. 1062/1074, no es obstáculo para tener en cuenta el testimonio de la Dra. E. L.. Esta médica psiquiatra, amén de sus destacados antecedentes, brinda un panorama esclarecedor a fs. 774 -declara a fs. 1029/1044-, reconoce el documento de fs. 337 -copia agregada a fs. 339- en el que plasmara un examen psiquiátrico del causante extendido el día de la firma del testamento y en el cual concluye: “al examen psiquiátrico de carácter clínico-semiológico el paciente puede considerarse normal, en el sentido médico legal, encontrándose sus facultades mentales conservadas y no habiéndose detectado alteraciones” y reiterara con sus dichos a fs. 1044. Explica, las pautas tenidas en cuenta para arribar a tal conclusión (v. fs. 1032, preg. segunda, fs. 1040, fs. 1042), la posibilidad de compatibilidad de la somnolencia con el estado de conciencia (preg. Tercera)

El Dr. A. J. A. (expte. nº 130.672/2.006: fs. 18/25), trató al causante, pero de sus dichos no puedo extraer la precisión que requiere este delicado tema. Así expresa “Que el testigo manifiesta que lo que recuerda, ya que atiende muchos pacientes, aclara que al paciente el testigo lo conoce ya en su casa. Manifiesta que hacía el último día y aclara que no lo había visto en esa semana, y el último día 28/12/2005 conforme surge de la historia clínica ya que el testigo no recuerda, lo llama la demandada que también llamó al Dr. S., S. que era el oncólogo de cabecera y aclara el testigo que él era el médico de la internación domiciliaria y les manifestó que el paciente tenía un estado de excitación psicomotriz y de agresividad, incoherencia” (preg. Tercera).

Qué rescato de esa respuesta, que el estado del causante era calamitoso el último día de su existencia -28/12/2005- pero que nada pudo decir de la semana anterior -dentro de la cual está incluido el 23/12, día del otorgamiento del testamento, y tampoco recuerda quién vio al paciente- (fs. 22, Tercera Ampliación). Cuando refiere a la expresión asentada en la historia clínica “El paciente se encuentra en mal estado general” da una respuesta en base a lo que recuerda con la frase, nada referido a su estado mental (v. fs. 20, preg. Cuarta). A la falta de recuerdo de algunos episodios (v. fs. 24, repreg. Cuarta, Quinta; fs. 25, repreg. novena), se suma la inexactitud de sus dichos en lo que atañe al suministro de la morfina, que indicara por la aparición de dolores que no mejoraban “en dosis habituales de inicio, que aclara que no tiene techo tóxico y habitualmente se empieza con 4 miligramos cada cuatro horas, que esa es la dosis habitual y que no recuerda cuanto le indicó y que aclara que la fecha en que lo recetó fue al del 22/12/2005 conforme surge de la historia clínica pero que no le consta que se haya iniciado la administración en ese momento” (fs. 21, preg. Quinta). Continúa, dando una explicación teórica de los probables efectos ante el suministro de morfina (pret. Sexta). Y concretamente recuerda que lo único que vio fue algún grado de somnolencia leve (fs. 25, Repreg. Octava).

Igual grado de imprecisión, desprendo del testimonio de H. F. M. (fs. 1186/1188 vta.), enfermero que estuvo a cargo del causante (v. informe de fs. 1104) y alude a la evolución de la enfermedad observando la historia clínica, pero que no recuerda haber atendido a E. S. I. (fs. 1186 vta., preg. Segunda) y cuando se le pregunta sobre el significado “Que se comunica con dificultad” refiere a un tilde efectuado en la planilla y una gama de respuestas, quedando la incógnita cuál de ellas encajaba en el estado del causante (fs. 1187, preg. Séptima, v. fs. 844). Con igual consistencia brinda las respuestas a fs. 1187 vta. (pregs. décima a decimosegunda).

A igual conclusión arribo después de examinar las pericias médicas.

Más allá, de la fuerza de convicción por su carácter post mortem, no dejo de advertir su peso probatorio relativo y su carácter conjetural (CNCiv. Sala “C” ED 45-232), porque no comprobaron personalmente el estado del paciente.

La pericia de fs. 1156/1159 se basa en los asientos en la H.C. efectuadas por el Dr. Antón y el enfermero -sobre los cuales hace hincapié a fs. 1237 vta.-, de cuyos dichos me he apartado por los motivos ya expresados, arribando al estado mental del causante por vía de deducción (v. fs. 1158 vta., pto. 15). Iguales pasos sigue, el estudio del Cuerpo Médico Forense, que tuvo como elemento referencial lo asentado por el enfermero, alcanzando como conclusión “que S. I. durante el lapso que nos ocupa (23 de diciembre de 2005) no contara con la libre autonomía intelectivo-afectiva-volitiva para legar”, no por una apreciación directa, sino porque surge “como verosímil”.

En cuanto a la influencia de la morfina que fuera recetada para paliar los dolores que aquejaban al causante, del informe del “Servicio de Farmacia” surge que el 22/12/2005 se recibió una receta por Jarabe de Morfina concentración de 2 gramos por 1000 mililitros, que fue preparado el mismo día, pero no fue posible precisar la fecha de entrega, porque los registros que lo asientan se destruyen después de cierto tiempo (fs. 1215), que agregado al informe vertido a fs. 1163, sólo cabe admitir incertidumbre con respecto a la dosis que le fuera suministrada.

El análisis de las pruebas, permite arribar a la conclusión, que no está demostrado que en el momento de testar el causante careciera del discernimiento para comprender los alcances del acto que realizaba. A tal conclusión, tampoco puedo arribar por la vía de las presunciones, porque para que éstas sean una prueba eficaz es menester que se funden en hechos reales, probados, que por su precisión, gravedad y concordancia sean susceptibles de llevar al ánimo del juez la razonable convicción de la existencia del hecho que se pretende demostrar de acuerdo con la naturaleza del juicio y las reglas de la sana crítica (conf. Keilmanovich, Jorge L. “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación-Comentado y Anotado” 40. ed., T. I, págs. 228 y sigs.).

Tampoco, permite dudar sobre su salud mental la emoción que lo embargaba en la reunión convocada en la víspera navideña. Qué otra respuesta podía dar al despedirse de sus afectos y cuando su partida de esta tierra inexorablemente estaba próxima. Él lo sabía (v. fs. 1020, preg. décima; fs. 1042, preg. vigésimocuarta).

Como expresé, la decisión del testador no careció de razonabilidad, y lo complementa un fallo al que aludí ut supra el que volcara el decir de Fornieles “la prueba más importante consiste en la rectitud y buen sentido de las disposiciones. Si se hallan bien concertadas y responden a las afecciones presuntas del testador, bastan para decidir la duda a favor de la capacidad” (CNCiv. Sala “E”, ED 69-248, al cual agrego, Sala “C” ED 57-244).

La razonabilidad de las disposiciones testamentarias configuran un elemento valioso para el juez y, así, “evaluar el estado mental del testador, que lo conducirá a inclinarse a favor de la lucidez mental del otorgante, como prueba ante la integridad y la buena dirección de las disposiciones que trasunten sus auténticas afecciones de acuerdo con su condición cultural y su situación socio económica, sean o no justas, para descartar la incompatibilidad que provoca un estado de enajenación o la actividad que terceros pocos delicados despliegan abusando de la debilidad de espíritu de un enfermo para despojar a su familia” (Vidal Taquini, Carlos H. “La perfecta razón del testador impide la captación de su voluntad” diario La Ley del 13/04/2009).

Sin hesitación, reputo que el contenido del testamento es totalmente razonable. Y sobre este aspecto, en las últimas líneas de este decisorio, echaré un párrafo más.

2.3.- Testigo dependiente.

Como veremos el desempeño de la testigo Karina Hebe Tormos en la escribanía responde a actos aislados, porque no fue acreditado que la tarea haya sido habitual y permanente, para equipararla a la noción de dependencia.

El art. 3654 del Código Civil reza que “El testamento por acto público debe ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar”, el cual debe amalgamarse con el art. 990 cuando refiere “No pueden ser testigos en los instrumentos públicos los dependientes del oficial público”.

En esta clase de testamentos, los testigos revisten particular importancia, como lo evidencian la serie de requisitos, garantías establecidos por la ley para asegurar la libertad, eficacia de su actuación y donde la verdadera seguridad estriba en la correlación del autorizante y en la independencia de los testigos (Lafaille, Héctor “Curso de Derecho Civil- Sucesiones” T. 2, págs. 250 y 264).

La presencia de los testigos en el otorgamiento de un testamento por acto público cumple una doble función: asegurar la regularidad del acto atestiguando no sólo que la escritura continúe la mención fiel de lo sucedido, sino también la identidad del testador y el discernimiento, intención y libertad con que expresó su voluntad (Fassi, Santiago C. ob. cit., vol. 1, pág. 187; Heredia, Florencia “Testamentos (Investigación de Jurisprudencia)” ED 143-193, nº 1118). La circunstancia de que en el instrumento no se haga constar que los testigos conocían al testador, no afecta la validez del testamento (Bueres, Alberto J.-Highton, Elena I. “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial” T. 6-A, pág. 881, Ed. Hammurabi).

En lo que estrictamente nos atañe, la dependencia supone una subordinación o sujeción que ordinariamente se traduce en la prestación de servicios por un precio (Orelle, José María en su comentario al art. 990 del Código Civil en Belluscio, A-Zannoni, E. “Código Civil comentado, anotado y concordado”, t. 4, pág. 539).

Con referencia a los gestores, autores reflexionan con respecto al alcance de la “relación de dependencia” en el derecho laboral, y entienden que, carecen de directa dependencia de los notarios, atienden varias escribanías y/o estudios de abogados simultáneamente, a los que acuden sólo si deben llevar o traer despacho, y por los escasos minutos que dicha tarea les insume, cobran por cada diligencia realizada (si no hay no cobran nada), pueden por decisión de ellos o de los profesionales que utilizan sus servicios, dejar de prestarlos en cualquier momento, sin expresión de causa ni indemnización de ninguna naturaleza, son en fin, verdaderos trabajadores autónomos y así aportan a la caja respectiva (Ceriani Cernadas, Juan Cruz-Alles Monasterio, Ana María “¿Dos nulidades testamentarias?” ED 177-558 y sigs.).

La escribana L. reconoce que la testigo Tormos hacía algunos trámites en la Dirección de Rentas y en el Registro de la Propiedad (fs. 474, pos. vigésimoprimera), que trasunta la actividad como gestora y ratifica el informe de fs. 562.

En cuanto al vocablo “dependiente” usado por el codificador en reemplazo de la palabra “amanuense” que usa el Código francés en su art. 975, tiene un sentido más amplio que el empleado asalariado. Comprende a todas aquellas personas que por su “trabajo habitual” en una notaría mantienen una relación de dependencia que las priva de la libertad espiritual necesaria para fiscalizar la fe que da el oficial público y en cuanto a su jurisprudencia, enseña que lo que constituye la cualidad de dependiente del notario es el “trabajo habitual” y en lo atinente a “empleado de oficina” es cuestión librada a la apreciación judicial, que debe ser hecha en base a los caracteres de habitualidad, continuidad, permanencia, obligatoriedad, subordinación, situación de dependencia que impida al testigo tener la necesaria independencia para fiscalizar la fe que da el notario (CNCiv. Sala L, LA LEY, 2007-D, 708).

La testigo T. (fs. 1121/1126), declara en estos actuados acerca de lo esporádico de su actividad, del cobro de una retribución de acuerdo al trámite a realizar, el trabajo con otros escribanos y sobre lo cual precisa “para más o menos veinte escribanos” (pregs. Tercera, Quinta y Séptima; fs. 1125, repreg. Primera).

La incapacidad apuntada responde a una prudente prescripción, por el estrecho contacto con el funcionario y en razón de ser sus subalternos que actúan a sueldo bajo su autoridad o dirección podrían fácilmente ser inducidos a firmar como testigos de actos que sólo escriben por dictado o por minuta o proyecto del funcionario. El objetivo, es lograr la garantía de imparcialidad, porque se teme que los dependientes del escribano puedan tornarse en testigos de favor, obligados justamente por su dependencia jurídica y económica (Neri, “Tratado Teórico y Práctico de Derecho Notarial” T. 3, Ed. Depalma, pág. 236; Bueres, Alberto J.-Highton, Elena I., ob. cit. T. A, pág. 886).

La intervención de la Sra. T. como testigo, no ha conculcado ninguno de los extremos aludidos precedentemente, a lo cual añado, la descripción de lo acontecido el día de 23 de diciembre de 2005 coincidente con las efectuadas por las otras dos testigos (fs. 1124/1125).

3.- No quiero dejar de tratar la captación de voluntad que la actora soslayara en algunos párrafos de su contestación, consistente en la utilización de medios o procedimientos engañosos y reprobables, alegaciones falaces, adulaciones, entre otras expresiones mezquinas y obtener de ese modo una liberalidad (Zannoni, Eduardo “Derecho de las Sucesiones”, t. 2, pág. 329).

Supone engaños o afectos que puedan inducir al causante para que no exprese su voluntad real en el testamento, es una forma peculiar de dolo y como tal debe representar una conducta grave y determinante del acto a fin de lograr un estado del espíritu del testador sin el cual no se hubiera producido la liberalidad, que hubiera sido contraria si se hubiera entregado a sus propias inspiraciones (Ferrer, Francisco, A. M.- Medina, Graciela “Código Civil Comentado-Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía-Sucesiones” T. II, pág. 200; CNCiv. Sala “C” ED 187-202; Sala “E” “S.C.R. c. V.M.E. s/nulidad de acto jurídico” del 01/09/2009, el Dial del 19/10/09; Sala “F” LA LEY, 2000-B, 375; Sala “K” ED 192-461).

No fue acreditado que la Sra. P., mediante engaño o error, dolosamente producido, tendiera a alterar la voluntad del causante, con el fin de obtener el otorgamiento del testamento (Fassi, S. ob. cit., pág. 411). Como tampoco la “sugestión” que supone que la persona que induce al testador lo hace simplemente por un interés y sobre todo abusando de la influencia que tiene sobre su ánimo y voluntad.

Así, Fornieles expresa que el código no las trata de una manera directa y que la doctrina francesa a la que hay que atenerse, enseña que la captación y sugestión anulan los testamentos cuando hay una forma de dolo, a lo cual agrega las descripciones precedentes, merced a los cuales se haya conseguido un estado de espíritu sin el cual el disponente no habría dictado su liberalidad (su obra “Tratado de las sucesiones”, T. II, pág. 160, 40 edición).

Tampoco halla crédito el aislamiento, que se dice haber sumido al causante. Así reconoce la actora no sólo haber pasado la Navidad de 2005 en compañía de aquél y de la Sra. P. (fs. 489, pos. 10), sino, cuando se le inquiere para que diga si en oportunidad de visitar al causante la absolvente le llevaba merenguitos de “la exposición”: Respondió que sí, que lo hacía porque sabía que al causante le gustaban y él podía comer muy pocas cosas, entre ellas los merenguitos a veces la demandada P. le reintegraba el precio de los merenguitos, porque la situación económica del absolvente es mala (v. fs. 493 in fine).

Cuando se realiza una confrontación de las piezas probatorias, es posible advertir cuál o cuáles ofrecen mayor grado de verosimilitud, cuál o cuáles mayor fuerza de credibilidad. Todo ello, por supuesto, en el resultado de un análisis en el cual se aprecian las piezas probatorias en sí mismas y en su relación con los demás. Se selecciona la prueba, se la aprecia, entendida como la actividad intelectual que realiza el juzgador para determinar la fuerza probatoria relativa que tiene cada uno de los medios de prueba en su comparación con los demás para llegar al resultado de la correspondencia que en su conjunto debe atribuirles respecto de la versión fáctica suministrada por las partes. El juez no es un corrector, ha de aceptar el testamento tal como está redactado, extrayendo su posible sentido y aplicando las reglas de la sana crítica al elemento material en que la voluntad debe descubrirse, cuidando de no desnaturalizarla so pretexto de interpretar, para no convertirse de intérprete en disponente (CNCiv. Sala “A”, ED 192-592-SJ).

Reitero, el juez ha colocarse en el grave y decisivo trance de formar un criterio en base a la sana crítica, indagar la real intención del causante, que en definitiva no es que otra cosa que la expresión prudente de su íntima convicción de conciencia y ponderando la propia experiencia de la vida con las circunstancias del caso sometido a su examen (CNCiv. Sala “B” LA LEY, 1990-A; Sala “C” ED 188-232; Sala “I” ED 216-295; Sala “K” ED 192-461; Sala “L” ED 218-435).

La misión del órgano jurisdiccional no consiste en establecer la justicia o injusticia intrínseca de las prescripciones testamentarias. El derecho a disponer libremente de los bienes por actos de última voluntad es de aquellos que la doctrina considera discrecionales en el sentido de que su titular puede usar de ellos ad libitum; bastando la legalidad no son susceptible de control (Onofre Álvarez, Osvaldo “Proceso sucesorio y nulidad del testamento” ED 169-427). La voluntad es el alma del testamento, allí donde aparezca alguna manifestación de ella, libre y claramente expresada, los jueces no pueden hacer otra cosa que consagrarla (Juzg. Nac. Civil n120, ED 134-539). En suma: las palabras y disposiciones del testador se han de adecuar a su real voluntad dentro del contexto total del acto (Ferrer, Francisco A. M.- Medina, Graciela “Código Civil Comentado-Doctrina-Jurisprudencia-Bibliografía- Sucesiones” T. II, pág. 198).

Permito reproducir conceptos que vertidos por el Dr. Liberman, colega del Tribunal, que en materia interpretativa de testamentos, lo único que interesa es la voluntad del causante, lo decisivo es lo querido por el testador, aun cuando no haya acertado en su declaración testamentaria. La solemnidad del acto de testar tiene fundamento en distinguir meros proyectos con declaraciones de voluntad últimas y definitivas y salvaguardar en lo posible su espontaneidad, sinceridad y ponderación y si bien, en los testamentos por acto público se debe cumplir con las formalidades previstas, también es cierto, que resulta de suma importancia desentrañar e interpretar la voluntad del testador, de tal manera es deber del juzgador hacer que la intención del causante no se estrelle contra los preceptos formales, evitando así, resultados absurdos, destruyendo la voluntad del testador (CNCiv. Sala “E” ED 73-481, Sala “L” LA LEY, 2007-D, 707).

Cuando el testador carece de legitimarios -como en este caso- le asiste el derecho de disponer libremente de sus bienes por acto de última voluntad, es un derecho discrecional y es el móvil o causa final concreta del disponente es lo que queda sustraído de la apreciación judicial. Es así, que nadie puede pedir al testador que dé cuenta del uso que hace de su libertad, la que puede ejercer sin ninguna restricción y sin necesidad de explicar el motivo o causa final concreta de su decisión (CNCiv. Sala “G” LA LEY, 1990-E, 427).

Para dar término a este pronunciamiento, referiré nuevamente al destacado fallo del Dr. Bellucci, y haré propia las sabias reflexiones de mi colega de Tribunal “La lucha entre los abogados y la verdad es antigua. En todo proceso hay dos abogados, uno que dice blanco y el otro que dice negro; la verdad no la pueden decir los dos, si sostienen tesis contrarias. En el proceso, ambos abogados, aun sosteniendo tesis opuestas pueden proceder, y casi siempre proceden de buena fe, porque cada uno representa la verdad tal como la ve desde el ángulo visual de su cliente. En una galería de Londres hay un famoso cuadro del pintor Champagne, en el que el cardenal Richelieu está retratado en tres poses distintas: en el centro del lienzo aparece de frente y a los dos lados está retratado de perfil, en actitud de mirar la figura central. El modelo es uno solo, pero sobre el lienzo parece que concurren tres personas distintas, tan diversa es la cortada expresión de las dos medias caras laterales y más aún el reposado carácter que en el retrato del centro se obtiene de la síntesis de los dos perfiles. Pues, así ocurre en el proceso. Los abogados indagan la verdad de perfil, aguzando la mirada cada cual desde su lado; sólo el juez que se sienta en el centro, la mira tranquilamente de cara (del libro de Piero Calamandrei, “Elogio de los jueces escrito por un abogado”, Valleta Ediciones, pág. 123 vta.).

No cabe duda que E. quería a su familia de sangre, que era una persona afable, sensible así lo exponen la mayor parte de los testigos que lo han conocido y refleja la documental que a su respecto he leído, pero ello, de ninguna manera permite desmerecer su última voluntad impresa en el testamento cuestionado.

A E. S. I., se le detectó una cruel enfermedad que lo llevó a la tumba en un par de meses. Sabiendo que su fin estaba próximo -tal como fue expuesto en el considerando 2.2.- no tenía herederos forzosos, a favor de quién sino de su familia iba a testar. Era “su familia” a pesar de no tener una partida de matrimonio ni partida que acreditara la paternidad, ni certificado de adopción -que le estaba vedada, conf. art. 312 del Código Civil- pero que en los hechos se mostraba como el “esposo” de la Sra. P. y el “papá” de J. A. y G. O. (con respecto a éstos hizo ostensible trato en tal carácter, v. fs. 799, preg. 3).

Así, advierto que figura como padre de los menores en la ficha de inscripción en el Colegio San Miguel -donde cursaban sus estudios- y en el Libro de Bautismos (v. fs. 554/555, 566/567). Sobre tal tópico, refiere R. F. (fs. 968/985) quien trabó amistad con el causante a través de los contactos mantenidos en Rauch -localidad en la que ambos tenían campos-, las veces que lo vio acompañado “por su mujer” -en alusión a la Sra. P.- o sus hijos, la participación del causante junto a la mencionada codemandada a la reunión convocada por la asociación de padres del colegio al que asistían los menores (preg. quinta, sexta, v. principalmente fs. 974), el interés que demostrara en la edificación de una pileta en el campo “ahora que van a venir los chicos” (fs. 976, preg. décimoprimera), a lo cual efectúa una lógica acotación. Así uno se encuentra con alguien en una reunión de padres en el colegio en la que cree que los chicos estaban dando vuelta por el patio, es lógico que el testigo piense que se trate de su familia y que esto es lo normal” (fs. 983, preg. vigésimo primera y primer repregunta). Otros testimonios, coinciden en la apariencia, presentación, trato que el causante hiciera como cónyuge de la Sra. P. (v. fs. 731/735, pregs. 5 y 6; fs. 798/805, pregs. 1, 2), así también, la actora reconoció la participación en tal carácter de la demandada en aviso publicado con motivo del deceso de su esposo (fs. 489, pos. 19) y otro aporte, lo brinda la bibliografía ofrecida (fs. 104, 373 vta.).

El causante como abogado y persona reflexiva y lúcida, tal como se ha comprobado, tomó las previsiones necesarias -vgr. certificado extendido por la Dra. L.- a fin que sus bienes beneficiaran a la Sra. P. -y de esta manera al grupo-, no dejando ápice de duda sobre el desplazamiento de sus hermanos, E. -la aquí actora- e H., quien citado en aras de hacer valer sus derechos -v. fs. 26 de la sucesión ab. intestato- ofrendó como respuesta un elocuente silencio.

No cabe duda la razonabilidad de su última disposición, acorde a sus afecciones (extremos destacados entre otros fallos, CNCiv. Sala “A” ED 140-428; Sala “D” ED 213-48; Sala “H” JA 1999-II, síntesis), que la muestra fotográfica de fs. 133 perfectamente puede sintetizar.

En síntesis, estimo que testó a favor de quien moral y razonablemente entendía que debía testar.

Por estas consideraciones y los concordantes fundamentos del Fiscal General, propicio revocar la sentencia en crisis.

4.- La posibilidad que consagra el art. 68 in fine del rito corresponde a las peculiaridades de la causa, sobre la cual hago mérito, de los afectos comprometidos, del curso de la enfermedad del causante, que tornan admisible que la actora, hermana del causante, entendiera viable el reclamo motivo del actual pronunciamiento. Por ello, propongo la imposición de costas en ambas instancias en el orden causado.

Por las consideraciones efectuadas, doy mi voto para que:

1) Se revoque el pronunciamiento apelado y se rechace la demanda.

2) Se impongan las costas de ambas instancia conforme lo expresado en el considerando 4.

Las doctoras Marta del Rosario Mattera y Zulema Wilde adhieren al voto precedente.

Y Vistos: Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcripto el Tribunal Resuelve: 1) Revocar el pronunciamiento apelado y rechazar la demanda. 2) Imponer las costas de ambas instancia conforme lo expresado en el considerando 4. 3) Difiérase la regulación de los honorarios para su oportunidad. — Beatriz Verón. — Marta del Rosario Mattera. — Zulema Wilde.