

Informe de Investigación

Título: Doctrina sobre el Sucesorio Testamentario

Rama del Derecho: Derecho Civil.	Descriptor: Sucesiones.
Palabras clave: El sucesorio testamentario, Importancia del testamento, El Testamento, Acto público, Características del Testamento.	
Fuentes: Doctrina.	Fecha de elaboración: 11 – 2011.

Índice de contenido de la Investigación

1 Resumen.....	2
2 Doctrina	3
a)SUCESIÓN TESTAMENTARIA.....	3
1. Importancia social y jurídica del testamento.....	3
2. Favor testamenti y voluntas testantis.....	4
3. Evolución y reconstrucción del derecho testamentario romano.....	6
b)LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA O "TESTADA".....	8
El testamento y sus formas.....	8
Parágrafo 1. Definición de testamento.....	8
Subparágrafo A. Testamento, acto o negocio jurídico.....	9
Subparágrafo B. Testamento, acto escrito.....	9
Subparágrafo C. Testamento acto solemne.....	10
Subparágrafo D. Testamento acto unilateral.....	10
Subparágrafo E. Testamento, acto personalísimo.....	10
Subparágrafo F. El testamento, acto revocable.....	11
Subparágrafo G. Testamento, acto "mortis causa".....	11
Parágrafo 2. Contenido del testamento.....	11
Parágrafo 3. Capacidad para otorgar testamento o "testamentifactio activa".....	12
Subparágrafo A. La capacidad moral.....	13
Subparágrafo B. La capacidad legal.....	15
Parágrafo 4. Capacidad para recibir por testamento o "testamentifactio pasiva".....	18
c)EL TESTAMENTO.....	20
1) Acto jurídico personalísimo.....	21
2) Acto escrito.....	22
3) Formal.....	22
4) Solemne.....	22
5) Unilateral.....	23

6) De contenido dado.....	23
7) Revocable.....	23
8) Condicionado.....	24
d)DEL TESTAMENTO POR ACTO PÚBLICO.....	25
227. Concepto. —	25
229. Acto notarial. —	25
233. Testamento aeronáutico. —	26
234. Testamento consular. —	26
240. Capacidad. —	27
247. Formalidades. —	28
255. Enunciación de la fecha. —	29
262. Lectura. —	30
265. Firmas. —	31
278. Testamento en idioma extranjero. Antecedente francés. —	34
e)CARACTERES GENERALES DEL TESTAMENTO COMO ACTO JURÍDICO.....	36
§ 1041. Vocación testamentaria. -	36
§ 1042. Testamento. Concepto y definición legal. -	36
§ 1043. El testamento como acto de última voluntad o "mortis causa". -	37
§ 1044. El testamento no es el único supuesto de acto de última voluntad. -	37
§ 1047. El testamento como acto unilateral. -	39
§ 1049. Prohibición de los testamentos conjuntos o mancomunados. -	39
§ 1050. Testamentos separados simultáneos. -	40
§ 1054. El testamento como acto personalísimo. -	41
§ 1058. Formas extraordinarias o especiales. -	43
§ 1060. El testamento como acto formal y solemne. -	44
§ 1065. El testamento como acto de disposición patrimonial. -	46
§ 1069. El testamento como acto revocable. -	47

1 Resumen

Sobre la doctrina de la **sucesión testamentaria** trata el presente, explicando temas como: la importancia social y jurídica del testamento, el favor testamenti y voluntas testantis, la evolución y reconstrucción del derecho testamentario romano, la sucesión testamentaria o "testada" del Dr. Francisco Luis Vargas Soto, el testamento como acto jurídico personalísimo, el testamento por acto público, y los caracteres generales del testamento como acto jurídico, entre otros.

2 Doctrina

a) **SUCESIÓN TESTAMENTARIA**

[Biondi]¹

1. Importancia social y jurídica del testamento

Toda exposición de la sucesión testamentaria romana debe partir de la consideración de que, al menos para la época cuya reconstrucción histórica es posible, el testamento tiene la mayor importancia en la conciencia social; así, según Cicerón, es el acto más grave de la vida del civis, como lo es la lex en la órbita pública (Phil. 2, 41). Tanta era su importancia que respondía en un tiempo a la exigencia no ya de perpetuar los sacra, ya que éstos eran independientes de las disposiciones de última voluntad, sino a mantener la unidad patrimonial de la familia bajo un nuevo jefe y tenía sus profundas raíces en la tradicional inspiración individualista del derecho y de la sociedad romana, en la cual la certeza de la eficacia de la propia voluntas ultra mortem se consideraba como *solatium mortis*. La *diligentia testamentorum* se coloca junto a la *propagatio nominis*, por cuanto ambas suponen futura cogitare. Ovidio canta la satisfacción del que puede mandare suis aliqua, no menor que la de pensar que una mano amiga tendrá cuidado del sepulcro, y un personaje de Plauto lanza a su enemigo la imprecación *intestatus vivo*. Para un antiguo quírite la muerte podía no significar nada, pero la perpetuación de la unidad familiar lo era todo y uno de los medios para lograrla era precisamente el testamento.

El testador cree que sobrevive por el hecho de imponer autoritariamente su voluntad y la ley trata de dar a ésta plena actuación.

La sucesión testamentaria en Roma, al revés de lo que sucede en otros pueblos de la antigüedad, se presenta, pues, como normal; era excepcional que un paterfamilias no hiciera testamento.

Esta importancia social tiene su eco en el ordenamiento jurídico. Desde las XII Tablas, que no admiten la apertura de la sucesión legítima más que cuando se haya muerto sin testamento, si *intestato moritur*, hasta el derecho justinianeo y las codificaciones modernas, prevalece la sucesión testamentaria sobre la deferida por ley, salvo las restricciones relativas al instituto de la legítima.

Por lo que toca a la época anterior, no se puede afirmar nada con precisión y las opiniones están divididas. Por una parte la comparación jurídica lleva a admitir la prevalencia de la sucesión legítima sobre la testamentaria, la cual se presentaría como cosa excepcional o se reduciría a la legítima a través de la adopción del heredero como hijo. Pero son evidentes los peligros de una comparación tendente a colocar en la órbita romana situaciones e institutos de otros pueblos, ya que las más profundas investigaciones demuestran siempre la originalidad de las instituciones romanas. Por otra parte, tal como se presenta el régimen en la época histórica, todo hace pensar en la solución opuesta, la cual está apoyada por la consideración del tradicionalismo romano y la fuerza de inercia ínsita en el ordenamiento antiguo, que hacen inverosímil tan radical revolución. Es difícil, efectivamente, explicar cómo se pasaría de la preferencia de la sucesión legítima a la de la

testamentaria y cómo el carácter excepcional del testamento podía desembocar en el favor testamenti. Hasta «que no se proporcionen elementos precisos y razones plausibles para admitir semejante cambio, la comparación no puede tener peso decisivo (n. 78).

2. Favor testamenti y voluntas testantis

La importancia social del testamento, que tal vez sugirió a Masurio Sabino la idea de comenzar sus libri tres iuris civilis precisamente con el estudio de testamentis, en la órbita del derecho se manifiesta no sólo en la inspiración publicística del régimen testamentario, del que deriva su inderogabilidad, sino sobre todo en el favor testamenti, que es el principio más general y característico en que se inspiran la jurisprudencia y la legislación romanas. El favor testamenti supone en efecto la tendencia continua y permanente de la jurisprudencia a hacer lo posible para salvar el testamento con los más sutiles razonamientos, las más atrevidas construcciones y a veces con oportunas ficciones, y de la legislación a reconocer normas e instituciones que sirven para dar actuación a la voluntas mortis causa del disponente, siempre con el fin de evitar la apertura de la sucesión legítima.

Se salvan algunas disposiciones irremediamente condenadas por el rigor de los principios, como la institución de heredero ex certa re o bien bajo condición imposible o resolutoria.

No sólo se introducen formas especiales de testamento, a partir del testamentum militis, dirigidas a hacer a todos posible y fácil la testamentifacción, sino que hay algún acto jurídico, como la mancipatio, que en la práctica se adapta a un fin similar al del testamento, por más que impugne a la estructura de éste.

Se superan o reciben configuración diferente algunos casos tradicionales de incapacidad de disponer o de recibir: se introduce la *fictio legis Corneliae*, y se admite la posibilidad de *heredis institutio* de los esclavos *cum libertate* y de los postumos.

Desde los tiempos más antiguos se reconocen y son abundantemente practicadas las sustituciones, que dan al testador la seguridad de que uno, al menos, de una serie, que puede llegar al infinito, será heredero. Está tan arraigada en la conciencia jurídica la tendencia a excluir la sucesión *ex lege* que no se advierte el carácter anormal de la sustitución pupilar, con la que, en definitiva, el paterfamilias excluye la apertura de la sucesión intestada para sí y para el *filius*.

Finalmente, se coloca el codicilo al lado del testamento, destinado a suplir las deficiencias de éste, siempre con el fin de hacer prevalecer la voluntad del de cuius sobre el orden que señala la ley en la regulación de la sucesión hereditaria.

El favor testamenti surge como situación de favor de la heredis institutio, pues hubo tiempo en que ésta agotaba el contenido de todo el acto. Pero, prescindiendo de la equiparación arcaica entre heredis institutio y testamento, y sea cualquiera el contenido más antiguo de éste (n. 78), el favor testamenti nunca tuvo distinta significación. Si se quiere admitir que el sistema normal fué la llamada por ley y que el testamento no contuvo originariamente más que legados, sería inconcebible el favor testamenti, pues no cabe suponer que los antiguos romanos hubieran querido favorecer los legados. Por el contrario, el favor testamenti se halla seguramente en conexión con la institución de heredero y en ésta encuentra su justificación; lo que quiere salvarse es, precisamente, la heredis institutio; respecto a las otras disposiciones, la ley se mantuvo primero en una postura de indiferencia, no queriendo favorecerlas ni obstaculizarlas y la misma reacción que, ya a finales de la república, se produce contra los legados, trata de contener la voluntad del testador no en sí misma, sino en función de la heredis institutio, con el fin, dice Gayo, de mantener su vigor (n. 142). Lo que cuenta y es socialmente importante es la heredis institutio, que no es ya,

como en otro tiempo, la única disposición, sino que se convierte en *caput et fundamentum totius testamenti*.

A medida que se dilata el contenido del testamento y que todas las disposiciones se subordinan a la *heredis institutio*, el *favor testamenti* va logrando un alcance más general. Y como salvar la *heredis institutio* supone salvar todas las otras disposiciones que no estén afectadas de concretas causas de nulidad, las cuales caerían con la institución de heredero, el *favor* de la *heredis institutio* alcanza a todo el testamento. Lo que fué un trato de favor de la institución de heredero se ha hecho un trato de favor de la voluntad testamentaria. La progresiva tendencia a desvincular la eficacia de las disposiciones testamentarias de la *heredis institutio*, la introducción del codicilo y del fideicomiso, como disposiciones paralelas al testamento, se inspiran en el designio de hacer triunfar la voluntad del disponente en todas sus manifestaciones.

Se trata de salvar el testamento no por el empeño vano de conservar la validez de un acto jurídico, sino porque aquél contiene la última voluntad del difunto, la cual en todo tiempo representa algo sagrado. Por ello la *fides* tiene notables manifestaciones, incluso en época avanzada, y la observancia de la *voluntas testantis* es primordialmente una obligación moral, que es después acogida en la órbita del derecho (n. 77).

La *voluntas testantis* no tiene límites esenciales. Este es el punto de partida, que responde al absoluto individualismo arcaico que no tolera más limitaciones que las derivadas de la propia conciencia y de la opinión pública. No es un límite la necesidad de *institutio* o *exhereditio* de los *sui* para que el testamento sea eficaz, pues mientras hay *sui* ellos son los herederos y el *paterfamilias* puede nombrar a otros, tan sólo con quitarles la cualidad de herederos que va ínsita en su persona. Con toda seguridad el instituto de la legítima no es originario y sólo se admite por razones de conveniencia. Las mismas limitaciones que pesan sobre los legados no demuestran una tendencia desfavorable ni están inspiradas en ninguna exigencia superior a la voluntad del disponente, sino que, como afirma Gayo (2, 224-228), tratan de proteger ésta evitando que, con la caída de la *heredis institutio*, pierda su valor todo el testamento. Las restricciones introducidas por las leyes *Aelia Sentia*, *Fufia Caninia* y *Junia Norbana*, desaparecidas casi enteramente en tiempos de Justiniano, exceden el campo testamentario, pues se trata de restricciones relativas también a la manumisión por actos *inter vivos*.

Ni aun la misma persona puede imponerse a sí misma límites o restricciones; no tiene efecto el pacto por el que se acuerda que la sociedad perdure respecto de los herederos de uno de los socios, ya que con ello se vincula la libertad de disponer (fr. 62, 9 D. 17, 2; Ulp. 31 ad ed.); es nula, por contraria a los *boni mores* la cláusula penal referente a *si heredem me non feceris* (fr. 61 D. 45, 1; Jul. 2 ad Urs.). Por esta plena libertad de disponer, la revocabilidad del testamento es absoluta (número 214).

Si a veces el *favor testamenti* puede parecer contrario al íespeto de la *voluntas testantis*, como, por ejemplo, en el régimen de la *heredis institutio ex certa re*, se trata de una divergencia transitoria, superada por el pretor y por la jurisprudencia de manera que el *favor testamenti* supusiera realmente la actuación de la *voluntas testantis*. La correlación se hace más perfecta entre la noción de testamento como *testatio vventis* o *voluntatis sententia* y el *favor testamenti*.

Podrán discutirse las etapas de esta evolución, pero su dirección es segura y constante.

Es difícil comprender el derecho testamentario romano en su desenvolvimiento y en su elaboración dogmática sin haber previamente considerado el *favor testamenti*, el cual no es una justificación vacía o una cláusula de estilo, sino que marca precisas directrices a la jurisprudencia y a la legislación. Pero se ha de tener presente que, si en el campo testamentario tiene el favor su máxima eficacia, no se trata sin embargo de un fenómeno privativo de nuestro campo, ya que se

manifiesta de modo similar en otros campos del derecho, y es quizá una de las más originales notas del Derecho romano: favor matrimonii, libertatis, dotis, debitoris. Que el favor se manifieste mayormente en uno u otro campo, en una u otra época, es un fenómeno natural, pero lo importante es que, respecto de las instituciones a que se refiere, él constituye la general orientación de la jurisprudencia. La elaboración jurídica no tiene para los juristas romanos una función puramente dialéctica o especulativa, sino que está guiada por la conciencia social que le marca directrices y fines, que a veces se manifiestan en tendencias favorables a algunos institutos o situaciones, de lo que se deriva el favor en la esfera del derecho. Hay principios y decisiones que no se derivan lógicamente del sistema, sino que se inspiran en el favor, sin cuya formulación, expresa o implícita, serían difícilmente justificables.

3. Evolución y reconstrucción del derecho testamentario romano

El testamento romano ha sufrido una profunda transformación correlativa a la de la familia, por lo que de las antiguas concepciones, demasiado lejanas de nuestra mentalidad, se llega al equilibrio justinianeo que, en sus líneas fundamentales, anticipa las modernas legislaciones.

En el antiguo ordenamiento patriarcal el testamento tiene el fin de asegurar la unidad patrimonial, de la familia por medio de la designación de un nuevo jefe, evitando así la disolución del grupo que sería consecuencia necesaria de la falta de tal designación. La sucesión legítima y la testamentaria no se encontraron en tiempos en el mismo plano, ni se trata de modos diversos de sucesión, uno por voluntad del *paterfamilias* y otro por la ley, como sucede en épocas posteriores; la antítesis es mucho más profunda: mantenimiento o desmembramiento de la unidad familiar. Prescindiendo de la concepción de Bonfante, para quien la antigua sucesión testamentaria tenía carácter soberano, concepción que es ahora objeto de críticas profundas y reiteradas, es seguro que el testamento arcaico tiene una inspiración publicística, como resulta de las primitivas formas, en las que participa todo el pueblo reunido en los comicios o presto para la batalla (n. 11). Sin embargo, el testamento que nosotros conocemos, tal como lo dibujan las fuentes, aun las más antiguas, no es más que el acto de disposición patrimonial para el tiempo de la muerte del disponente.

La transformación tiene lugar en época muy antigua y, como siempre, sin derogar nada y sin crear nada *ex novo*, pues tanto en el campo público como en el privado sobrevienen las más profundas transformaciones sin renegar formalmente del pasado.

La práctica, guiada sabiamente por la jurisprudencia, que saca partido de todos los pretextos de la ley, es el principal factor de tal transformación. Es la práctica, efectivamente, quien, utilizando la mancipatio con finalidad testamentaria, imprime al acto un carácter netamente patrimonial, y es la práctica la que en el ámbito de la mancipatio, que es un acto oral, ha encontrado el camino para reconocer el testamento escrito y secreto. Todo esto tiene la máxima importancia, ya que no se trata solamente, como suele decirse, de formas más evolucionadas o más cómodas que sustituyen a las arcaicas, sino más bien de formas concebidas por la práctica y que determinan una orientación nueva y una nueva norma legal (número 12).

Donde la práctica y la *interpretatio prudentium* no pueden llegar, interviene el pretor, el cual, concediendo la *bonorum possessio secundum tabulas*, consigue la eliminación de todos los rastros arcaicos del testamento civil. Si el derecho pretorio imita en principio al sistema quiritarario, hasta el punto de que Papiniano puede decir en una cuestión concreta que *ius civile subsequitur* (fr. 14 D. 22, 5; Pap. sing. de adult.), las innovaciones pretorias son aquí radicales. La forma del testamento se desvincula de la mancipatio (n. 15), decae la solemnidad de la *heredis institutio* (n. 74), la eficacia del legado se hace independiente de la aceptación del heredero testamentario (n. 80) y la *exceptio doli* sirve para dar eficacia a la voluntad del disponente por encima de todo formalismo (n.



152; 186).

La labor de los emperadores no fué menos importante, sobre todo cuando, con el edicto perpetuo, se agota la actividad del pretor. No sólo se resquebrajan, como todo lo que tiene sabor arcaico, algunos principios tradicionales que no responden ya a la conciencia social, como, por ejemplo, la ineficacia total del testamento por la caída de la heredis institutio y la incompatibilidad de la sucesión testamentaria con la sucesión legítima, sino que son reconocidos algunos actos de disposición mortis causa, que se colocan al lado del testamento, con el fin de atender a sus deficiencias. En el ámbito del derecho imperial surgen nuevos institutos, nuevas formaciones jurídicas, como el *testamentum millis*, el codicilo, el fideicomiso, que, asentándose sobre la voluntad del disponente, tuvieron la gran función histórica de corroer el régimen testamentario del antiguo ius civile, eliminando cuanto en él parecía arcaico. Son nuevos horizontes los que se abren a las disposiciones mortis causa. El codicilo, aunque formalmente distinto del testamento (por eso nunca se le llama así), viene en definitiva a cumplir la función práctica de éste; obtiene los mismos resultados sin inconvenientes de forma y principios tradicionales, de manera que la voluntad del disponente pueda tener actuación plena y rápida.

Estos nuevos institutos surgen de casos prácticos concretos o como privilegio, pero van perdiendo gradualmente su carácter excepcional, se dilatan, se hacen normales y se generalizan a causa de sus indiscutibles ventajas. Precisamente en este campo se ensayan las primeras experiencias y se introducen las más importantes y oportunas desviaciones de los principios tradicionales que luego se extenderán al testamento; tal extensión era inevitable ya que testamento y legado no podían sobrevivir a codicilo y fideicomiso si se mantenían en su tradicional rigidez; este proceso continuo de reducción supone la progresiva aproximación que, con Justiniano, desemboca en unificación formal.

Esta compleja evolución, descrita aquí a grandes rasgos, al realizarse de la manera acostumbrada en el derecho romano, da lugar a la imponente estratificación de principios y sistemas jurídicos que refleja todavía la compilación justiniana 18: junto a los principios arcaicos, formalmente no abrogados, coexisten nuevos preceptos y orientaciones que resultan no de formulaciones generales, sino de concretas excepciones o incluso de resoluciones de casos prácticos. Esta situación justifica la repugnancia de los juristas romanos por las definiciones o formulaciones generales, y hace difícil al intérprete reconstruir el estado del derecho romano por medio de enunciaciones abstractas sin deformar la realidad jurídica que, en definitiva, se pretende conocer.

No cabe duda que los romanos conocieron un solo sistema jurídico lógico y orgánico, el ius civile, resultante de la interpretatio prudentium. Pero sería erróneo considerar al ius civile como el único ordenamiento vigente considerando todo el resto como excepciones esporádicas, si no como producto de un fallo impropio del genio jurídico de los romanos.

Si el derecho pretorio se organiza en el edicto y sin duda llega a ser un sistema que se coloca al lado del anterior, aun no teniendo carácter orgánico, también es un ordenamiento jurídico el derecho imperial, por más que, sobre todo en los tres primeros siglos, se manifieste en rescriptos y decretos referentes a casos singulares o personas determinadas. Se trata de un modo particular de manifestarse este derecho cuando no era usual que del emperador emanasen disposiciones generales, ya que sería un error pensar que rescriptos o decretos, dictados para casos y personas concretas, tuvieron vida efímera y que su eficacia se agotaba en el caso que contemplaban. Muchos de ellos representan la parte caduca del derecho y perdieron, en efecto, su eficacia al aplicarse; pero en buena parte fueron recogidos por los juristas en sus obras y, sobre todo, fueron recopilados en los Códices, y ello no para dejar a la posteridad algún episodio de crónica judicial, sino como nuevos principios que, según el genio latino, se presentan en su viva concreción práctica. Se puede decir, en resumen, que los principios romanos, desde el tiempo de la

jurisprudencia de los pontífices, derivan del caso concreto, merced a un proceso de abstracción y generalización que se cumple por el ius civile, pero que en buena parte de las constituciones imperiales de la época clásica quedó latente .

Nuestra exposición, siguiendo el camino de la historia, trata de reconstruir primeramente el sistema del ius civile, dando razón sucesivamente de las innovaciones introducidas ya por el pretor ya por el príncipe, hasta llegar, con Justiniano, a una concepción unitaria del Derecho, teniendo en cuenta las innovaciones que, introducidas en alguna decisión o rescripto mediante humildes interpolaciones, tienen mayor importancia que muchos principios solemnes transmitidos en la misma compilación.

b) LA SUCESIÓN TESTAMENTARIA O "TESTADA"

[Vargas]²

El testamento y sus formas

Como hemos sostenido, las disposiciones legales relativas a la sucesión legítima o "abintestato" tiene un carácter supletorio: ellas no entran en juego sino a falta de disposición de última voluntad. El testamento, constituido con todas las formalidades exigidas por ley y por quien tiene capacidad para ello, es el instrumento de primer orden que permite deferir los bienes de una persona a otra u otras, según su voluntad, para el tiempo en que ya habrá dejado de existir.

Hay quien se ha cuestionado sobre si es necesario hacer un testamento. La pregunta no carece de interés pues en más de una ocasión una persona se presenta ante el Notario y le solicita hacer su testamento, manifestándole al efecto que desea que a su muerte todos sus bienes sean distribuidos por igual entre sus hijos, toda vez que no tiene padres ni cónyuge. Ante tal circunstancia, la respuesta que habría que dar a la pregunta es que en tal caso no es necesario hacer testamento. Haya o no testamento, en el caso señalado, todos los bienes del causante irán a manos de sus hijos, de sobrevivirle éstos, a menos que quiera designar el albacea y hacer manifestaciones de las que se conocen como "atípicas". Por el contrario, si el testador quiere establecer cuotas distintas y no idénticas como las que señala la ley para estos herederos, o bien si quiere instituir como heredero o legatario a una persona extraña, o bien, disponer de sus bienes en forma distinta de la prevista por la ley- por ejemplo, llamando a personas que aunque parientes no han sido consideradas en el elenco del artículo 572, -o si, finalmente quiere reconocer un hijo, una deuda o nombrar tutor para sus menores o incapaces hijos, o en general, disponer todo aquello que quiera para cuando falte, entonces el testamento sí resulta un medio idóneo- más o no el único- para conseguir el resultado buscado por el interesado.

Parágrafo 1. Definición de testamento

Nuestro Código Civil no define el testamento. Se limita, por el contrario, a señalar quiénes son capaces para testar y cuáles son las formalidades que deben cumplirse a los efectos de su validez. Señala por último, las limitaciones a la libre testamentifacción.

Algunas otras legislaciones, entre ellas la española y la italiana, sí definen el testamento. Así por ejemplo, el artículo 587 del Código Civil italiano da el siguiente concepto de testamento:

"Il testamento e un atto revocabile con il quale taluno dispone, per il tempo ni cui avrà cessato di vivere, di tutte le proprie sostanze o de parte de esse. Le disposizione di carattere non patrimoniale, che la legge consente siano contenute in un testamento, hanno efficacia, se contenuto in un auto che ha la forma del testamento anche si manchino disposizione di carattere patrimoniale".

El artículo 667 del Código Civil Español dispone que el testamento es el acto por que una persona dispone de sus bienes (todos o parte) para después de su muerte.

Desde luego, cualquier definición que se intente peca de omisa; así por ejemplo, la definición dada por el Código Civil Italiano, por muy completa que parezca no dice expresamente que el testamento es un acto unilateral-aunque sí deja entrever tal característica- Tampoco dice que es un acto escrito y solemne.

Veamos en detalle algunas características que nos permitan comprender mejor el instituto en estudio.

Subpárrafo A. Testamento, acto o negocio jurídico

Dentro de la clasificación que tradicionalmente la doctrina hace, el testamento debe entenderse como un acto o negocio jurídico toda vez que es el resultado de una manifestación de voluntad que tiende a producir determinadas consecuencias jurídicas queridas por el testador.

Subpárrafo B. Testamento, acto escrito

Una característica que no se señala en forma expresa, respecto del testamento, es la de que es un acto necesariamente escrito. Corolario de ellos es que no puede haber testamentos "orales" o "verbales", esto es, manifestaciones de última voluntad de una persona hechas a testigos que luego relatarán su voluntad. Así por ejemplo, luego de un accidente una persona, sintiéndose morir, delante de una gran cantidad de personas ahí presentes manifiesta su deseo de que todos sus bienes sean entregados a determinada otra persona, a quien él instituye como único y universal heredero. Tal hecho no tiene la virtud de servir de acto de última voluntad, a la luz de lo dispuesto por nuestro ordenamiento jurídico. E incluso, cuando analicemos las distintas formas de testamento, arribaremos a la misma conclusión, aun en presencia de los llamados "testamentos privilegiados".

Se ha aducido que el testamento es un acto escrito por dos razones fundamentales:

La primera: que el testador tenga tiempo suficiente para pensar y mejor resolver la cuestión relativa al destino y destinatario de sus bienes, cosa que no podría darse haciéndolo oralmente. Ese argumento en realidad no nos parece de suficiente peso, toda vez que como veremos, siendo de esencia el que el testamento sea un acto revocable, el testador podrá cambiar de parecer luego de haber otorgado un testamento "oral", otorgando uno nuevo oral o escrito, si aquella primera forma fuera permitida.

La segunda: Respecto de la prueba de la manifestación de voluntad, es evidente que si surgiere discusión sobre la verdadera intención o voluntad del testador es más fácil intentar tergiversarla a través del simple relato oral de testigos, quienes pudieron cada uno apreciar o interpretar la voluntad del causante en forma tal vez diversa de la que tenía en mente el testador. Es una cuestión de seguridad jurídica. Aquí la razón sí nos parece de peso y esencial. Por numeroso que fuera el elenco de testigos, es pensable que éstos pudieran ser desviados de la verdad por algún

motivo, cosa que sería muy difícil de hacer respecto del acto escrito, aunque no imposible toda vez que puede haber adulteraciones del texto. Sin embargo, pensando en ello el legislador ha establecido una serie de solemnidades a cumplir y que buscan garantizar que el contenido de la voluntad del testador no sea modificado por personas distintas de aquél.

Subparágrafo C. Testamento acto solemne

El sistema ha impuesto la necesidad del cumplimiento de determinadas solemnidades sin las cuales el acto, bien que pudiendo contener las disposiciones de última voluntad de una persona, no llega -por virtud de la ley- a tener eficacia alguna.

Así pues, no se reconoce valor ni se estima que produzcan efectos posteriores a la muerte del causante, aquellas manifestaciones de voluntad, que aunque hechas por escrito y referentes única y exclusivamente a cuestiones patrimoniales que pretendan empezar a surtir efectos a la muerte del otorgante, no hubieren sido redactadas cumpliendo todas las solemnidades exigidas al efecto.

Nuestros tribunales les han entendido bien que las formalidades exigidas por el legislador a cumplir por el testador- y que analizaremos más adelante-han sido instituidas no simplemente con valor probatorio sino constitutivas de la validez del acto mismo. Así el Tribunal Superior Civil de Alajuela, en la sentencia N°1068 de 9:48 hrs del 4 de setiembre de 1973, resolvió:" El Testamento es un negocio jurídico solemne en que, por clara y evidente que aparezca la última voluntad de una persona, si no encausa su expresión en una de las formas predeterminadas para ello por la ley no será testamento, la forma no tiene un valor "ad probationem" sino "ad solemnitatem ", o sea que es imprescindible para la validez del negocio".

Además, por así disponerlo el Código Civil en el artículo 585, todas las formalidades concedidas deben realizarse "acto continuo", so pena de nulidad. Así, si un testigo no firmó sino un día después del otorgamiento del testamento, o bien, si en vez de haber firmado tres testigos sólo lo hacen dos, cuando la ley exige aquel número, o también la falta de lectura del testamento, etc., hacen que el testamento sea nulo. Al momento de hablar de las nulidades del testamento nos referiremos en detalle a todos aquellos aspectos que pueden incidir en la validez del testamento.

Subparágrafo D. Testamento acto unilateral

El testamento es un acto unilateral. Se requiere únicamente que concorra el testador, desde luego, se entiende como otorgante o parte, pues, como veremos, el Código señala la necesidad de la concurrencia de testigos, sin que otra persona, el heredero o legatario instituido, tenga que comparecer aceptando la herencia o legado. La aceptación que una vez fallecido el causante debe mediar de parte de cualquiera de ellos, legatario, heredero, no perfecciona la voluntad del testador que es de por sí suficiente. La aceptación de la herencia constituye una premisa a los efectos de la eficacia de la institución, mas no de su validez y perfeccionamiento.

Subparágrafo E. Testamento, acto personalísimo

No puede hacerse testamento por procurador (artículo 577, Código Civil). De manera pues que es un acto que me está permitido a mí y sólo a mí hacerlo. Ninguna otra persona puede otorgar por mí el testamento, aun cuando yo lo autorice, ni puede modificar las disposiciones que hiciera en un testamento, aun cuando también yo le hubiese instruido al efecto.

En el derecho histórico se encuentran, sin embargo, ejemplos de legislaciones que autorizaban el testamento, por intermedio de terceras personas.

Las razones esgrimidas en pro de este requisito se centran en el hecho de que si se dejara en manos de una persona disponer de los bienes de otra, esta última podría desviar fácilmente la voluntad del legítimo propietario hacia personas no tenidas en consideración por éste, y si por otra parte se exigiera un poder especial, requiriendo éste que se indique con claridad las facultades del apoderado, el poder mismo vendría a ser el testamento.

Esta característica es tal vez la que ha llevado a otros ordenamientos a prohibir la existencia del testamento mancomunado, de que hablaremos más adelante.

Subparágrafo F. El testamento, acto revocable

El acto que contenga las manifestaciones de última voluntad de una persona, es esencialmente revocable: el testador, una vez que otorga el testamento, no queda obligado por lo que ahí disponga, ya que en cualquier momento puede modificar, en todo o en parte, desde luego mediante otro testamento posterior que reúna todas las condiciones y formalidades exigidas para todo testamento, el contenido del primero. (Artículo 621 del Código Civil). Podría también darse una revocación tácita de la que hablaremos más adelante.

La persona instituida en un testamento, corolario de lo anterior, no puede reclamar indemnización alguna por tal revocación, bien que ello le impida recibir una buena suma de dinero o bienes. El derecho suyo surge, una vez que el causante muera sin haber revocado el testamento, lo cual es otra característica propia del testamento, que veremos de seguido.

Aún más, el testador puede haber manifestado expresamente en el testamento que ese será su único testamento y que nunca lo revocará, y sin embargo, tal manifestación no tiene la virtud de ser vinculante, toda vez que nuestro ordenamiento ha señalado que la facultad de revocar un testamento es irrenunciable. (Artículo 621 Código Civil). E inclusive donde no se señala tal cosa, se considera una cláusula nula o inexistente aquella que contenga una renuncia o limitación a la facultad de revocar el testamento.

Subparágrafo G. Testamento, acto "mortis causa"

El testamento es un acto que contiene las disposiciones de última voluntad de una persona, manifestaciones que tendrán efecto para después de su muerte. Por ello se dice que es un acto "mortis causa". En otras palabras, no es un acto entre vivos, sino un acto que permite que se opere la transmisión de los bienes de una persona cuando fallece a otra u otras, designadas en dicho instrumento legal.

Parágrafo 2. Contenido del testamento

El testamento, aunque tiende esencialmente a la transmisión de un patrimonio por causa de muerte a una o varias personas, no tiene un contenido pura y simplemente patrimonial. Por ello, no hemos señalado como característica suya el que sea un acto en que se contengan disposiciones de última voluntad referidas única y exclusivamente a su patrimonio, pues si bien ello es lo esencial, es también lo cierto que en un testamento pueden haber al lado de disposiciones patrimoniales, otras que no tengan tal carácter: v. gr. Reconocimiento de un hijo, nombramiento de un tutor, etc.

Es más, como vimos, el mismo legislador italiano señala la posible existencia de testamentos sin contenido patrimonial, otorgándoles eficacia a pesar de ello.

La doctrina se ha cuestionado sobre si tal cosa es posible, o si es posible hablar de testamento cuando, sin un contenido patrimonial, un acto reviste la forma de testamento pero se ocupa única y

exclusivamente de cuestiones no patrimoniales.

La respuesta ha sido favorable a tal consideración pero sí se distingue entonces entre lo que se llama el contenido típico del testamento y su contenido atípico.

Si el testamento se limita a reglar las cuestiones patrimoniales, se está en presencia de un testamento con contenido típico.

En cambio, si el testamento además de o en vez de ocuparse del aspecto patrimonial se desplaza hacia otros campos diversos, se está en presencia de un testamento con contenido atípico.

Surge sin embargo aquí la cuestión de saber si siendo el testamento un acto revocable, su revocación puede afectar indistintamente el contenido atípico o si por el contrario la suerte reservada al último aspecto debe ser distinta que la que se observe para el primero. A nuestro juicio, los alcances de la revocación de un testamento deben extenderse única y exclusivamente al contenido típico. Así por ejemplo, si habiendo en un testamento reconocimiento de un hijo o de una deuda, la revocación de tal testamento no puede ni debe alcanzar esta "confesión" contenida en este acto solemne.

Y si aceptamos que esta confesión tenga efectos a pesar de la revocación, deberemos llevar a sus últimas consecuencias tal interpretación admitiendo también que el testamento, en este caso única y exclusivamente el abierto, por imposibilidad de conocer el contenido del cerrado, sirva como prueba en un juicio de investigación de paternidad cuando se contenga en él la manifestación de voluntad del testador de tener como hijo suyo a determinado sujeto, siempre y cuando caso está, no haya mediado vicio en la voluntad de aquél.

Nuestros tribunales han resuelto que la renuncia de gananciales contenida en un testamento es un acto extraño al contenido propio del testamento y debe persistir a pesar de la revocación del mismo. Así lo resolvió la Sala Primera Civil en sentencia N° 86 de 10:05 hrs. del 13 de abril de 1973, sentencia que en lo que interesa dispone: "Si en el acto de otorgamiento del testamento mancomunado de los cónyuges fue la esposa quien hizo la renuncia expresa de los gananciales del esposo, al revocar el marido el testamento posteriormente, la disposición de última voluntad de aquella se mantiene íntegramente, tal y como ello lo concibió, lo que elimina toda posibilidad de que la renuncia haya quedado sin efecto por la acción posterior al marido... No puede admitirse que la renuncia de gananciales que hizo la esposa en el acto de otorgarse el testamento mancomunado de los cónyuges quedara sin efecto al otorgar el marido posteriormente un nuevo testamento, pues la renuncia de gananciales es una manifestación extraña a lo que propiamente constituye el testamento y persisten a pesar de la revocatoria, dado que el acto forma una prueba documental no sujeta a invalidación como los actos de última voluntad..."

Parágrafo 3. Capacidad para otorgar testamento o "testamentifacio activa".

Es de esencia, en tratándose del testamento, que quien lo otorgue obre con entendimiento y voluntad. De ahí que la capacidad del testador sea uno de los puntos cardinales sobre los que gira la institución. Las reglas sobre la capacidad en general encuentran sustanciales modificaciones en lo que se refiere al testador, modificaciones ya conocidas por los romanos.

Así, el Código Civil patrio, en su artículo 590 dispone:

"El testador debe ser moralmente capaz al hacer el testamento y legalmente capaz al hacer el testamento y abrirse la sucesión".

Don Alberto Brenes sostiene que el tener capacidad para otorgar testamento es la regla y el carecer de ella es la excepción.

"La facultad de disponer de los bienes por testamento la conceden las leyes a la mayor parte de las personas, por consiguiente, tenerla es la situación normal, carecer de ella la excepción a la regla..."

En efecto. En general, el sistema parte de la presunción de la capacidad. Prueba de ello lo constituye el artículo 628 del Código Civil. Pero si es cierto lo anterior, no lo es menos que el artículo 590 supracitado crea no pocas dificultades de interpretación.

La norma habla de dos tipos de capacidad: la moral y la legal, exigiéndose la primera al momento de confeccionarse el testamento y la última en dicho momento, pero también al momento de abrirse la sucesión.

Antes de referirnos a cada una de ellas, debemos aclarar que el concepto de apertura de la sucesión, no se refiere al acto procesal mediante el cual un tribunal, a petición de parte, da inicio al proceso sucesorio, sino que se hace alusión a la muerte del causante. Toda sucesión se entiende abierta en ese momento. Hay que distinguir pues entre la apertura de la sucesión y la apertura del proceso, siendo a la primera a la que se refiere la norma en examen. Más adelante, cuando nos ocupemos de la apertura del proceso haremos mención a este otro concepto. Por ahora bástenos saber entonces que la capacidad legal exigida se refiere al momento en que se otorga el testamento y en el momento de la muerte de la persona. Desde luego que siempre asalta al espíritu la duda de cómo es posible hablar de capacidad de una persona en su momento de muerte. Mas la cuestión se aclara explicando a qué se refiere cada una de las distintas capacidades exigidas. Veamos pues:

Subparágrafo A. La capacidad moral

Nuestro legislador al disponer que el causante debe ser moralmente capaz al hacer el testamento, nos está indicando que el otorgante de un acto de última voluntad debe encontrarse en su sano juicio. Es evidente que se quiere que la persona al testar no padezca de algún mal que le perturbe su entendimiento. Debe ella tener cabal conocimiento de que hace. En resumen, no debe ser un demente o loco pues éste carece de capacidad de obrar. Se quiere que el otorgante pueda decidir y manifestar su voluntad con pleno conocimiento.

Nuestra Sala de Casación ha dispuesto sobre el particular en la Sentencia N° 78 de 15:20 hrs. del 4 de agosto de 1955, publicada en el tomo I, II semestre, página 347: "... La capacidad se presume en toda persona conforme a la naturaleza o al Derecho; la regla es que todo individuo es una persona normal. No es otra la presunción que establece el artículo 628 de nuestro Código Civil; b) esa capacidad puede desaparecer o restringirse, por obra de la naturaleza (incapacidad moral)..."

La incapacidad moral a que alude el artículo 590 provoca una incapacidad absoluta para testar; de darse, impide que la persona pueda otorgar cualquier tipo de testamento.

Se ha considerado inclusive que "... los sordomudos que no saben leer y escribir, aunque tengan sano el entendimiento, se equiparan a los dementes en cuanto a su inhabilidad absoluta para testar, porque los medios de expresión de que disponen son equívocos e insuficientes para transmitir las ideas con claridad y precisión indispensables..."

A nuestro juicio, sin embargo, exigiendo la ley capacidad moral y siendo el sordomudo, (que no sabe leer ni escribir) en un caso hipotético, más no en todos, lógicamente una persona no está privada de su razón, podrá hoy en día, valiéndose de los medios que se han venido desarrollando con el tiempo, expresar sus ideas en forma bastante exacta, por lo que a la luz del desarrollo actual del lenguaje por medio de las manos y gestos (v. gr.: "lenguaje total") sería posible, mediante intérpretes, como sucede cuando se está frente a una persona que no habla el idioma del notario, otorgarse el testamento. En la especie, únicamente el testamento abierto le podría estar permitido.

Es posible que la argumentación esgrimida en la cita anterior de don Alberto Brenes fuera de recibo para su época pero, insistimos, creemos que hoy un día no lo es más.

Sí estamos de acuerdo, en cambio, con nuestro tratadista cuando afirma:

"...también se encuentran incapacitados de modo absoluto para otorgar testamento, quienes aún sin adolecer de sordomudez, tienen alguna inhabilidad que los priva de poder darse cuenta exacta del contenido del testamento, o están imposibilitados para comunicar sus pensamientos de palabra o por escrito. Así ocurriría con el que a pesar de tener expedito el uso de la palabra, se hallase completamente sordo y fuera inepto para leer el documento, o como el que no obstante oír bien, estuviese privado del habla o ignorase el arte de la escritura o le fuera imposible escribir aun sabiendo hacerlo..."

En cambio, podrá suceder que algunas personas no puedan otorgar determinado tipo de testamento, mas sin embargo, sí puedan hacerlo en otra forma específica. Así ocurre por ejemplo, con los ciegos y los que no saben leer y escribir, pues en su caso únicamente les es permitido otorgar testamento abierto.

Ello es así, "...por la imposibilidad en que se encuentran para disponer, recurriendo a la forma de testamento cerrado, sin exponerse a engaño..."

En estos casos se habla de incapacidad relativa, toda vez que la persona no está privada en forma absoluta de testar, sino únicamente impedida de otorgar testamento cerrado.

Una duda puede sí surgir: la de si es permisible al loco o demente en un intervalo lúcido otorgar testamento.

Sobre el particular los distintos ordenamientos proponen soluciones distintas: así por ejemplo en España basta con que dándose el intervalo de lucidez y el individuo quiera testar para que el notario, previamente haber designado dos médicos que dictaminen sobre su capacidad, consigne las manifestaciones de última voluntad de dicha persona.¹⁵² Para el sistema italiano, Trabucchi sostiene que los intervalos lúcidos no cuentan, de forma y manera que el testamento otorgado por un demente en una circunstancia tal, es nulo.¹⁵³ Una posición intermedia parece darse en Francia, pues el mayor sujeto a tutela no puede testar, pero un tribunal puede conceder autorización para que dicha persona pueda hacerlo.

De nuestro lado, don Alberto Brenes Córdoba es de la tesis de que sí es posible que el loco o demente otorgue testamento en un estado momentáneo de lucidez, a condición, señala, que el incapaz no estuviere bajo declaratoria judicial de incapacidad o recluido en un establecimiento público de locos.

Discrepamos de tal parecer, en el tanto que admite la posibilidad de que el loco pueda testar. Nuestro Ordenamiento señala que tienen incapacidad absoluta de testar los que no están en perfecto juicio (Art. 591, inciso 1).

Luis Martínez Calcerrada, jurista español, traductor de la obra de Alberto Trabucchi, comentando la diferencia existente entre el sistema español que sí permite al loco o demente en intervalo lúcido otorgar testamento y el italiano que lo prohíbe dice: "Nuestro Código en su Art. 665 sostiene tesis contraria, ya que según la interpretación de la S. 22-1-19-13, al socaire de este art. cabe que una persona declarada judicialmente incapaz puede testar en intervalo lúcido, por nuestra parte entendemos más seguro y acertado el legislador italiano. Cuántos pleitos se evitarán impidiendo los ardides de los interesados para que un incapaz teste. No comprendemos cómo un incapaz declarado judicialmente, previos exámenes médicos y garantía de toda suerte, pueda en un momento estar lúcido y aprovecharlo para testar, como si la enfermedad llegara y se fuera de



improviso".

Y si como dijimos, nuestro ordenamiento establece incapacidad absoluta respecto de la persona que no se halla en su perfecto juicio, debemos también concluir que no es posible admitir que el demente o loco otorgue testamento, pues es muy difícil, por no decir que imposible, garantizar que durante todo el tiempo necesario para la confección de aquél, la persona ha estado en su sano juicio. Y en este caso, debe interpretarse en forma restrictiva la norma del 591. Curiosamente, don Alberto Brenes, al referirse a la monomanía se inclina por este mismo argumento esbozado por nosotros en el párrafo precedente, para negarle al monómano capacidad para testar.

Diversa situación debe estimarse la del epiléptico, pues en este caso la persona que generalmente es lúcida, por cortos períodos pierde sus facultades sensitivas y psicomotoras. Existe en ellos un período previo a la crisis y luego un período posterior a ésta. Durante ese lapso no teniendo la persona discernimiento, es evidente que no podrá testar, pero luego de ello, no estando afectada su mente, a menos tal vez que hubiera degenerado la epilepsia a extremos de causar alguna lesión cerebral que pudiera afectar la capacidad de la persona, puede otorgar válidamente cualquier tipo de testamento.

Su caso puede, a nuestra manera de entender las cosas, asimilarse a aquellas personas que se encontraren bajo los efectos de una intoxicación etílica o bajo los efectos de una droga, circunstancias también que temporalmente afectan su capacidad cognoscitiva y volitiva, pero pasados los mismos, aquellos recobran sus facultades. Claro está aquí cabe la observación de que ha de entenderse que ello será posible si la persona no ha sufrido trastornos mentales o neuróticos por un uso prolongado y desmedido de enervantes. Pareciera también que debe incluirse dentro de este renglón la hipnosis. Si una persona testara bajo los efectos de ella, su testamento sería nulo, toda vez que, es de rigor que el otorgante se encuentre, como dice nuestro Código Civil en perfecto juicio, y no lo está quien se encuentre bajo los efectos de la hipnosis.

Subpárrafo B. La capacidad legal

Se habla de capacidad legal para hacer alusión a aquella capacidad que deviene, no de la naturaleza, sino de la ley.

La ley señala determinadas condiciones que una persona debe reunir para que, siendo además moralmente capaz, esto es no siendo loco ni demente, pueda otorgar testamento.

Ahora bien, como muy bien lo sostiene don Alberto Brenes Córdoba, en nuestro sistema vigente, la capacidad legal está referida única y exclusivamente a la edad. Así, es incapaz legalmente hablando para otorgar testamento el menor de quince años (art. 591, inciso 2). Esta incapacidad es absoluta por disposición expresa de la ley. Se estima que la persona que no haya alcanzado dicha edad no es apta para determinar el destino de sus bienes y quienes sean las personas que vengan a sucederle. Es una presunción creada por la ley y al efecto es de sostenerse que se trata de una presunción iuris et de iure. Es interesante notar cómo el sistema francés no otorga capacidad absoluta al menor de edad. Le otorga sí curiosamente una capacidad parcial al mayor de 16 años.

Pero resulta en nuestro medio que sobre el particular el artículo 590 dice que el testador debe ser legalmente capaz al otorgar el testamento y al abrirse la sucesión.

¿Cómo es posible que una persona siendo legalmente capaz en un momento no pueda serlo luego? Porque sí es fácilmente comprensible que la persona sea moralmente capaz al otorgar el testamento y luego por un hecho posterior deje de serlo, se vuelva loco. En este último caso, la validez del testamento no se ve afectada puesto que el legislador no exige sino que esa capacidad-moral-exista al momento de testar. Y lo hace bien porque es posible que una persona cuerda

llegue luego a no estarlo, caso en el cual lo que sucederá es que no podrá revocar, válidamente, el testamento que hubiere otorgado sin causa alguna que le perturbara su voluntad. Así lo ha resuelto con propiedad nuestro Tribunal de Casación, entre otras, por la sentencia N°78 de 15:20 hrs. del 4-8-55, publicada al tomo I, II semestre, pág. 347, cuando dice:

"Pero el testamento hecho en tiempo de capacidad no es nulo porque el testador pierda el uso de sus facultades mentales antes de su muerte. La supervención de esa incapacidad de hecho no tiene influencia sobre la validez del testamento".

Entonces, volvemos a preguntar, ¿Cómo es posible que una persona siendo legalmente capaz en el momento de otorgar el testamento no lo sea luego? Porque si sostenemos con don Alberto Brenes Córdoba que la incapacidad legal en nuestro medio está referida a la edad, y la edad requerida para testar conforme al artículo 591 del Código Civil, contrario sensu, es la de quince años, es inconcebible que cumplidos los 15 años, se llegue luego a tener una edad menor a ésta.

En otros sistemas diversos al costarricense, la cuestión se explica fácilmente por el hecho de que conforme a la ley una persona puede llegar a ser incapaz para testar como consecuencia de que se le imponga una condena penal por determinado tipo de delito. Así por ejemplo, conforme con el artículo 32 del Código Penal Italiano, o con el artículo 36 del Código Penal Francés, el condenado a pena perpetua se ve accesoriamente privado del derecho de testar.¹⁶⁰¹⁶¹ Similar efecto alcanza al condenado a una pena temporal privativa de la libertad en Francia, conforme al artículo 29 del mismo Código Penal.

De manera pues que no dándose en nuestro medio la pérdida de capacidad para otorgar testamento del condenado por delito alguno, ni aun en el caso del concursado o quebrado se da tal posibilidad, entonces difícilmente se comprende la razón de ser del artículo 590, al exigir capacidad legal al momento de abrirse la sucesión.

La única posibilidad que se nos ocurre hoy en día es la de que luego de otorgado el testamento por un mayor de quince años, tuviera lugar una reforma al Código Civil en el artículo 591 que dispusiera que tienen incapacidad absoluta para testar los que no hayan cumplido 18 años de edad, y dicho testador muriese antes de alcanzar esta última edad, caso en el cual cuando murió no era legalmente capaz aunque sí lo fuera al momento de testar, y en este caso, si se diera, los herederos no podrían alegar derechos adquiridos.¹⁶³ Por ello, somos del mismo parecer que nuestra tratadista, cuando sostiene:

"Reducida como ha quedado por nuestra ley la incapacidad legal a un solo caso, al que se relaciona con la edad, ninguna ventaja reporta la distinción entre incapacidades morales y legales que establece el artículo 590 del Código, que tan ocasionada es a inducir a error, siendo preferible que en su lugar adoptara el legislador el método observado en otros códigos, consistente en declarar qué personas están incapacitadas para otorgar testamento, y en decir que el otorgado con las formalidades de ley y por persona libre de impedimento, no se inválida sean cuales fueren las incapacidades que posteriormente a ella sobrevengan..."

Es evidente que la norma cobraría sentido también si una futura ley viniese a establecer como pena accesoria al condenado por delito que merezca privación de la libertad, la pérdida de capacidad para otorgar testamento.

De lo expuesto resulta que el artículo 590 debe entenderse de la siguiente manera:

El testador debe ser mayor de quince años y estar en su sano juicio al otorgar el testamento y al morir no debe haber sido privado del derecho de testar. Como esto último sólo puede acontecer si una ley futura viniera a modificar la edad permitida para testar o que estableciera una sanción aparejada a la pena privativa de la libertad, entonces en la actualidad la norma comentada se



reduce a los dos primeros aspectos señalados: ser mayor de quince años y no estar loco o demente al momento de testar.

Ahora bien, si la incapacidad señalada por el Código, caso de testamento hecho por el que no está en perfecto juicio y por el menor de quince años es absoluta, es necesario concluir que el testamento es también absolutamente nulo. Así pues, si se otorga un testamento por un menor de dicha edad o por un enfermo mental, que luego llega a cumplir los quince años o recupera su salud mental, entonces por tal o cual hecho, el testamento no se convalida, a menos de que el testador luego de cumplida la edad o recuperado el entendimiento lo ratificare, otorgando un nuevo testamento. Para el caso, en realidad, no debe entenderse que el testamento nulo cobre validez, sino que el nuevo testamento otorgado es el que surtirá los efectos buscados si se cumplen los demás requisitos formales exigidos por la ley al intento.

La inteligencia de la norma de comentario no ha sido fácilmente descubierta. Y ella ha dado pie a interpretaciones equívocas por parte aun de nuestro Tribunal de Casación. Así por ejemplo, las sentencias de Casación de 3:20 hrs. del 13 de mayo de 1898, de 1:45 del 21-9-20 y 19 de 16:30 hrs. del 3-4-56, esta última publicada en el tomo I, primer semestre, pág. 416, sostienen:

"Queda demostrado, como consta en el expediente, que el causante falleció en estado de interdicción civil, su testamento otorgado con anterioridad a esa declaratoria quedó nulificado y por ende sin ningún valor ni efecto, por faltarle una de las condiciones esenciales para su existencia el haber muerto sin capacidad legal para poder testar en cualquier momento, pues la ley exige la capacidad legal del testador al abrirse la sucesión, y quien ha sido objeto de una sentencia basada en autoridad de cosa juzgada que lo incapacite legalmente para disponer de sus bienes, carece de esa capacidad que es requisito indispensable para la validez del acto jurídico de disposición de bienes por última voluntad".

Es evidente que acá el máximo tribunal cometió un craso error al confundir la capacidad moral con la legal. En el caso anterior es claro que el testador perdió la capacidad, sí, mas no la legal sino la moral, por haberse vuelto loco.

Sobre este punto de la capacidad moral, puede consultarse un interesante artículo del ilustre jurista Lic. Antonio Picado.

Una cuestión que nos queda por resolver en cuanto a la testamentifacitio activa es la de qué sucede cuando el testador cambia de nacionalidad, y aquella que adopte contenga normas diversas respecto de la capacidad para otorgar testamento.

Sobre el particular se sostiene que el testador ha debido ser capaz al momento de otorgar el testamento, conforme a la nacionalidad que tenía entonces, y deberá ser capaz conforme a la ley de la nacionalidad adoptada, al momento de su fallecimiento.

Si como hemos dicho nuestro ordenamiento jurídico señala que el menor de quince años y el que no esté en perfecto juicio tienen incapacidad absoluta de testar, consecuencia de tal incapacidad es la de que el testamento otorgado por una persona que se encuentre en cualquiera de los supuestos dichos estará afectado por una nulidad también absoluta. De manera tal que si el causante habiendo testado siendo menor o incapaz, muere luego siendo mayor o plenamente cuerdo, su testamento debería carecer de todo valor y eficacia. Mas sucede que desgraciadamente en nuestro medio no existe-strictu sensu-la nulidad absoluta. Todas las nulidades previstas son relativas, en el tanto en que es posible que el tiempo purgue el vicio. En efecto, el artículo 837 del Código Civil dispone que:

"La nulidad absoluta puede alegarse por todo el que el tenga interés en ella y debe, cuando conste en autos, declararse de oficio, aunque las partes no la aleguen; y no puede subsanarse por la

confirmación o ratificación de las partes, ni por un lapso de tiempo menor que el que se exige para la prescripción ordinaria".

Y resulta que la prescripción ordinaria, contemplada por el mismo cuerpo legal en el artículo 868 es de diez años. De forma y manera que sería dable pensar que el testamento otorgado por el menor o incapaz pudiera llegar a considerarse válido después de operada la prescripción ordinaria. No obstante, la cuestión aunque técnicamente hablando es posible, en la práctica difícil sería que operara, pues es de tomar en consideración que el término de la prescripción debería empezar a contarse a partir del momento de la muerte del causante, fecha a partir de la cual el testamento debiera empezar a surtir efectos. La cuestión así planteada no deja de crear serias inquietudes pues sería cuestión de no abrir el juicio sucesorio, hasta tanto no hubiere transcurrido el término de la prescripción. Y pero aún, si se computa el término de la prescripción a partir de la fecha en que el testador llegó a ser mayor o desde que recuperó sus facultades mentales, pues en tal circunstancia el plazo se vería posiblemente reducido.

Desde luego que es una cuestión de interpretación, de hermenéutica legal, en base a las normas vigentes con que contamos, mas debería entrarse en nuestro medio a considerar la teoría de la inexistencia del acto a los efectos de negarle a este acto jurídico la posibilidad de cobrar vida por el transcurso del tiempo, o bien, obligar a los herederos a aceptar la herencia antes del transcurso de los diez años a fin de que no se puedan esperar, pues en tal supuesto, pasados los diez años estaría purgando el vicio, pero también prescrito el derecho del heredero o legatario para reclamar la herencia.

Parágrafo 4. Capacidad para recibir por testamento o "testamentifacio pasiva".

Aparte de las reglas generales sobre capacidad para ser heredero, esbozadas en el parágrafo 2, Capítulo II de la Sección I, relativas al sucesor legítimo y que son aplicables en la especie al sucesor testamentario, existen otras disposiciones particulares que afectan a aquellas personas que son instituidas como herederas o legatarias en un testamento, de manera tal que además de reunir todas las condiciones analizadas en su oportunidad, el heredero o legatario no debe encontrarse "inhabilitado" usando la terminología del Código, para recibir por testamento conforme a los supuestos del artículo 592 del Código Civil.

En el numeral citado, el Código establece una incapacidad relativa para recibir por testamento en contra de:

- 1) El tutor. Este no puede recibir del menor no emancipado que estaba bajo su tutela, a menos que hubiere rendido cuenta de su administración, o que además de ser tutor fuera ascendiente o hermano de aquél (inciso 1).
- 2) Los maestros, pedagogos y cualquier persona a cuyo cuidado esté entregado el menor. Aquellos no pueden recibir de éste (inciso 2).
- 3) Los facultativos que asistieron en la enfermedad de que murió el causante y los confesores que durante el mismo tiempo lo confesaron, están impedidos de recibir la herencia de éste (inciso 3).
- 4) El copartícipe del cónyuge adúltero, si se hubiere probado judicialmente el adulterio. Excepción es hecha a favor de éstos si hubieran contraído matrimonio (inciso 4).



5) El notario ante quien se otorga el testamento o que autoriza la carátula del testamento cerrado, así como la persona que escriba ésta, están impedidos también de recibir del otorgante por vía de sucesión mortis causa (inciso 5).

El mismo artículo se encarga de establecer respecto de los casos señalados 2) y 3) excepciones para cuando el testador, en pago por los servicios recibidos por las personas ahí consideradas otorgara a su favor un legado, conocido éste como "legado remunerativo". E igualmente se establece que la prohibición no cuenta con respecto del consorte y parientes del causante testador que fueran llamados por la misma ley como herederos legítimos, y siempre y cuando tales personas no se presten para servir de vehículo respecto del inhabilitado y el causante, a fin de burlar la prohibición, esto es, que o reciben como sustitutos a favor de los incapaces estatuidos en el artículo comentado, no solo en virtud de lo dispuesto por el artículo comentado, sino en virtud también de lo dispuesto por el artículo 594, que va más allá pretendiendo evitar que se desvirtúe la prohibición creando presunciones y nulidades al respecto:

"Las disposiciones a favor de personas inhábiles son absolutamente nulas, aunque sean hechas simuladamente, o por interpuesta persona. Se tienen como personas interpuestas, los ascendientes, descendientes, consorte o hermanos del inhábil. En la incapacidad del confesor se tendrá también como persona interpuesta, el cabildo, iglesia, comunidad o instituto a que pertenezca el confesor".

Es de advertir que el artículo 594 crea confusión al hablar de "inhábil" a secas, pues pudiera entenderse que la norma cobija a cualquier inhábil, esto es, a personas que padezcan cualquier tipo de incapacidad moral o legal. Mas en la especie se trata de aquellas personas que conforme al artículo 592 del Código Civil no pueden recibir por testamento bienes del causante. La presunción establecida para este tipo de prohibición ha sido entendida como una presunción absoluta.

La razón de ser de tales prohibiciones se entiende fácilmente: quiere evitarse que el causante no sufra en el momento de decidir sobre la suerte de sus bienes, ninguna alteración de su voluntad, influenciada por hechos provenientes de terceros, y en el caso del notario para impedir que éste, prevaliéndose de su posición saque partido para sí.

Es bueno acá citar textualmente las palabras de nuestra tratadista respecto de la causal de inhabilitación concebida en el inciso 4) del artículo 592, pues para entonces, siendo el adulterio un delito, si tenía razón de ser dicha disposición:

"Y como castigo al hecho delictuoso del adulterio y en acatamiento al público decoro, prohíbe la ley toda asignación testamentaria que haga el cónyuge adúltero en provecho de su cómplice.

Pero entiéndase que para ese efecto es preciso que el adulterio sea declarado por los tribunales de justicia represiva y se haya establecido la responsabilidad del cómplice. El divorcio que se pronunciara con fundamento en esa causal, aún en el supuesto de que constara en el proceso la persona sindicada de complicidad, no daría mérito para invalidar la asignación, dado que en el juicio civil sólo figuran como partes los cónyuges y que a nadie puede imponerse pena, carácter que tiene, en este caso, la privación de lo dejado en el testamento al posible cómplice, sin ser oído y convencido en juicio"

Habiendo variado totalmente la concepción del adulterio, no siendo más éste un delito, resulta inaceptable la incapacidad comentada.

Por otra parte, tienen incapacidad relativa para recibir por testamento, única vía por la que podrían resultar herederas o legatarias, iglesias e institutos religiosos, cuando la herencia o legado hubiera excedido el diez por ciento del caudal hereditario del de cujus (artículo 593 Código Civil).

Por el contrario, las sociedades o asociaciones y cualesquiera otras personas morales tienen capacidad para recibir por vía de testamento. Se recordará acá lo dicho respecto de la capacidad para recibir la herencia legítima, momento en que hicimos alusión al problema, y de la forma en cómo otras legislaciones tratan el asunto.

c) EL TESTAMENTO

[Goyena]³

Definición

El artículo 3607 del Cód. Civil, declara que:

"El testamento es un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone de todo o parte de sus bienes para después de su muerte".

Esta definición nos sirve para darnos una idea de qué es el testamento, aunque no es completa ni mucho menos. Faltan en ella algunos aspectos esenciales del mismo, como su revocabilidad, y pareciera circunscribírsele a los casos en que únicamente contiene disposición de bienes, a pesar de que como veremos, también puede contener disposiciones que no se refieran a ellos.

De todos modos, es poco menos que imposible hacer entrar en una definición todos los caracteres y elementos de lo que se define, so pena de correr el riesgo de hacer algo ininteligible. De allí entonces, que cuando se los hace, haya que recalcar lo más importante, como en este caso, dejando luego a la doctrina la aclaración de lo demás.

Elementos

Del juego recíproco de la definición del artículo 3607, con el artículo 2606 antes transcrito, podemos extraer los tres elementos básicos que se necesitan reunir para obtener un testamento válido:

- a) capacidad;
- b) forma, y
- c) objeto.

Debido a su magnitud individual, a estos elementos nos hemos de referir en particular en los tres primeros capítulos de esta primera parte. Por ahora, sólo anticipemos, que el juego recíproco de los mismos, en la plena extensión de sus límites, es lo que nos ha de permitir ubicarnos frente a un testamento válido.

Caracteres

Todo instituto, cuando es tal, presenta ciertas particularidades, ciertos caracteres, que hacen que se lo pueda individualizar fácilmente, al par que permiten acentuar su estructura básica sobre puntos firmes, difícilmente reunidos por otro.

Acorde con ello, el testamento, por ser un instituto sumamente particular y de carácter excepcional, posee caracteres peculiares a él, y que en nuestro entender son ocho:

- 1) es un acto jurídico personalísimo;
- 2) es escrito;
- 3) es formal;
- 4) es solemne;
- 5) es unilateral;
- 6) es de contenido dado;
- 7) es revocable, y
- 8) es condicionado.

Hemos de ver los mismos por separado.

1) Acto jurídico personalísimo

Correspondiéndole como género próximo el ser acto jurídico, en la dimensión y según la definición dada por el artículo 944 del Cód. Civil, el testamento participa en su especie de ser un acto personalísimo.

Dentro de los derechos indelegables por medio de mandato, y menos aún por cualquier otro tipo de representación, sea voluntaria, legal o necesaria, se encuentra el de hacer testamento (art. 1890, Cód. Civil).

En el derecho antiguo, y aun en el español, era común, bajo la forma del fideicomiso, del albaceazgo, y aun del testamento hecho por comisario, delegar en otra persona la facultad de testar.

En nuestro derecho ello no es posible, pues lo prohíbe claramente el artículo 3619 del Cód. Civil cuando dice:

"Las disposiciones testamentarias deben ser la expresión recta de la voluntad del testador. Este no puede delegarlas ni dar poder a otro para testar, ni dejar ninguna de sus disposiciones al arbitrio de un tercero".

Más aún, dice el artículo 3711:

"El testador debe nombrar por sí mismo al heredero. Si se refiere al que otro nombrará por encargo suyo, la institución no vale".

En una palabra, lo que la ley ha querido es impedir que bajo cualquier medio de interpretación o nombramiento derivado del beneficiario de la liberalidad, se vea perjudicada la expresión de la auténtica voluntad del causante, que por otra parte ya no podrá consultarse a la fecha en que se haga valer la disposición que la contenga.

El legado es objeto de una disposición análoga, pero como los valores son diferentes, al menos desde el punto de la importancia de la institución dentro del derecho sucesorio, el Código admite una modalidad en el artículo 3759 cuando dispone:

"El legado no puede dejarse al arbitrio de un tercero, pero puede el testador dejar al juicio del heredero el importe del legado y la oportunidad de entregarlo".

Fuera, pues, de los supuestos expresamente admitidos por el Código en cuanto a alteraciones en las normas generales que hemos visto, ninguna otra debe admitirse, ya que tratándose de excepciones a normas de carácter tan importante, no puede aplicarse con mucha amplitud la analogía; más aún, debería hacerse una interpretación restrictiva de todo aquello que importe una excepción.

2) Acto escrito

Este carácter surge del propio texto del artículo 3607 que hemos visto más arriba y Vélez, al comentarlo, afirma que "la escritura es un elemento constitutivo del testamento mismo", y que si bien los intérpretes del derecho romano llamaban testamento nuncupativo al hecho de viva voz, forma que podría ofrecer algunas ventajas, "juzgamos imprudente autorizar a los moribundos a confiar sus últimas disposiciones comúnmente importantes a la certidumbre o la fragilidad de la memoria de los testigos, cuando sean muchas las disposiciones del testador, y a todos los peligros de la prueba testimonial".

En una palabra, toda disposición que pretenda ser testamento, debe ser por escrito y conforme a las formas que luego analizaremos al tratar cada tipo de testamento en particular, y que les han sido asignadas por la ley como elementos indispensables para su validez, ya que como veremos seguidamente, la escritura es parte del formalismo al cual se encuentran sometidos los testamentos.

3) Formal

Uno de los recaudos que más ha querido la ley salvaguardar es el logro, por medio de estructuras propias, de las diversas maneras por medio de las cuales permite testar, y que las mismas hagan el acto en forma concurrente, impidiendo de esa manera que aquello que no pasa de ser más que un proyecto o un bosquejo alcance autonomía suficiente como para tener otro alcance que el que el autor le ha querido dar.

No es otro el sentido del artículo 3632 del Cód. Civil, que establece:

"Las últimas voluntades no pueden ser legalmente expresadas sino por un acto revestido de las formas testamentarias. Un escrito, aunque estuviese firmado por el testador, en el cual tío anunciase sus disposiciones sino por la simple referencia a un acto destituido de las formalidades requeridas para los testamentos, será de ningún valor".

Hemos de ver al tratar los diferentes tipos de testamento, las formas a las que debe supeditarse cada uno, todas las cuales dentro del respectivo tipo tienen carácter de esenciales, sin que se pueda sostener que hay unas cuya omisión tiene sanción de nulidad y otras que no.

4) Solemne

Se puede leer en el artículo 3607 que define el testamento, que éste es un acto escrito "celebrado con las solemnidades de ley", y estamos ante un caso en el cual las formalidades adquieren una relevancia enorme y esencial, lo que ha permitido a Lafaille decir que:

"La forma reviste aquí un valor de primer orden y se convierte en un elemento visceral, de tal modo que la inobservancia de cualquier requisito trae como consecuencia la nulidad".

Esta solemnidad, que no comprende solamente las formas sino los recaudos espirituales y trascendentes que acompañan al acto, cualquiera sea la forma en que se teste, lleva ínsita la

importancia que el mismo representa, no sólo ante el individuo que lo va a realizar en su carácter de testador, sino de todos aquellos que lo rodean con tal motivo, dándole fisonomía propia e inconfundible que haga comprender claramente la realización de un acto de esta naturaleza, e impida su confusión con cualquier otro de disposición de bienes por muy análogo que pueda parecer.

Borda sostiene que "la solemnidad del testamento se apoya en razones sólidas" y esto ha de ser así, ya que este carácter está hoy reconocido universalmente.

5) Unilateral

Dentro de la clasificación general de los actos jurídicos, el artículo 946 define los unilaterales diciendo: "Son unilaterales cuando basta para formarlos la voluntad de una sola persona, como el testamento"; en una palabra que aquí también estamos ante un carácter tan notorio que la propia ley lo pone como ejemplo.

Ahora bien; debemos distinguir que lo que da vida, la sola voluntad del causante, es el acto en sí, sin perjuicio de que oportunamente no sea aceptado por los beneficiarios, ya sea por renuncia o repudio de la herencia que por él se defiere.

También debido a este carácter es que nuestra ley no admite los testamentos conjuntos ni recíprocos, y así lo dispone el artículo 3618 del Cód. Civil cuando dice:

"Un testamento no puede ser hecho en el mismo acto por dos o más personas, sea en favor de un tercero, sea a título de disposición recíproca y mutua".

Se ha querido evitar por este medio un sistema admitido solamente por algunas legislaciones germanas (arts. 2265, Cod. Civil alemán, 583 y 1248, austríaco y 512, suizo), que supedita una voluntad a la otra y resta de ese modo la libertad que acompaña en el resto de las legislaciones a actos de esta naturaleza.

6) De contenido dado

El testamento debe versar sobre dos objetos para tener carácter de tal: uno es que se disponga en él de todo o parte de los bienes (arts. 3606 y 3607, Cód. Civil), y otro, referido al derecho de familia, y que tiene por fin el reconocimiento de hijos extramatrimoniales (art. 333, Cód. Civil, reformado por el art. 2° de la ley 14.367); o el nombramiento de tutores a sus hijos legítimos, extramatrimoniales o adoptivos (arts. 383, 394 y 395, Cód. Civil, y ley 19.134).

Toda otra disposición de contenido diferente carece de relevancia y priva al acto del carácter que se pudiera pretender darle.

La mayoría de los autores", entre los caracteres del testamento, dan el de tratarse de un acto de disposición de bienes, aun cuando en los casos de reconocimiento de filiación o nombramiento de tutor también reconocen que hay testamento. Con lo cual evidencian una excepción que puede comprenderse dentro de un margen que, como el que aquí damos, permite adecuarlas al carácter propio del testamento.

7) Revocable

La nota del artículo 3618 del Código, dice:

"El testamento esencialmente libre, esencialmente dependiente de la voluntad ambulatoria de su autor... debe permanecer esencialmente -revocable a voluntad de su autor".

De allí que el artículo 3824 del Cód. Civil diga que: "El testamento es revocable a voluntad del testador hasta su muerte. Toda renuncia o restricción a este derecho es de ningún efecto. El testamento no confiere a los institutos ningún derecho actual".

De este carácter podríamos a su vez sacar otros, que no por encontrarse ínsitos en el mismo dejan de ser importantes, ya que su conjunción lo da por resultante. Ellos son los caracteres de libre, voluntario y alterable que fundamentan la revocabilidad comentada.

Es libre, por cuanto, conforme hemos señalado, no puede sujetarse ni siquiera a una voluntad coincidente en el mismo período, como sería un testamento conjunto, que le reste un mínimo del poder absoluto que la voluntad del testador ejerce sobre él.

Es voluntario, por cuanto de su sola intención depende el nacimiento, manutención o desaparición, sin que nadie pueda cuestionar ni una ni otras.

Y es alterable, por cuanto así como se puede o no testar, así como se puede mantener o destruir el testamento, así también se puede cambiarlo, modificarlo, aclararlo, etcétera, sin que la alteración que ello produzca pueda dar derechos al beneficiario de un testamento anterior a cuestionar la alteración practicada, en tanto y en cuanto no adolezca de un vicio que la invalide y se refiera sólo al beneficio perdido por la misma.

8) Condicionado

Si bien la validez del testamento surge del mismo acto de su otorgamiento, los efectos principales se subordinan al fallecimiento del testador. Ocurrido este hecho, aquél adquiere toda la amplitud que le corresponde.

Es por eso, que el artículo 3824 in fine del Código, aclara que:

"El testamento no confiere a los instituidos ningún derecho actual".

El artículo 952 del Código con notable error declara que:

"La existencia de las disposiciones de última voluntad comenzará el día en que fallecieren los respectivos disponentes, o en que la ley presumiese que hubiesen fallecido".

No es la existencia lo que comienza, sino su efectividad, su exigibilidad; el acto ya existía desde antes, y tanto existía*que su validez ha de ser juzgada teniendo en cuenta la época en que fue otorgado el mismo.

En forma coincidente, con este carácter, el artículo 1790 del Código, dispone que:

"Si alguno prometiere bienes gratuitamente, con la condición de no producir efecto la promesa sino después de su fallecimiento, tal declaración de voluntad será nula como contrato, y valdrá como testamento, si está hecha con las formalidades de estos actos jurídicos".

La única excepción a ese estar condicionado que hemos expresado, se encuentra dada por el caso de que en el testamento se reconozca un hijo extramatrimonial, en cuyo caso la misma surte sus efectos independientemente de la del testamento en que se encuentra inserta (art. 2o, ley 14.367).

d) DEL TESTAMENTO POR ACTO PÚBLICO[Fassi]⁴**227. Concepto. —**

Testamento por acto público o testamento notarial conocido en el derecho comparado bajo la denominación de testamento abierto, es aquel que se otorga ante un notario, por escritura pública, y en circunstancias excepcionales ante una persona investida para el caso de una función análoga a la notarial, y siempre con la presencia de testigos. Se trata de un fícto abierto, en contraposición con el testamento cerrado, porque su otorgamiento y contenido se hacen públicos desde el día del acto, en cuanto lo presencian testigos y lo saben éstos y el escribano, siendo de conocimiento muy compartido para que no llegue a informarse un mayor número de personas.

228. Ventajas e inconvenientes. — La intervención de un escribano contribuye a la claridad y precisión de las disposiciones testamentarias, al uso de un lenguaje técnico; previene las captaciones, asegurando la libertad del disponente; agrega un consejo oportuno. Por la incorporación del testamento al protocolo se asegura su conservación. Por la solemnidad del acto, supone una madura reflexión y descarta la duda sobre si se trata de un mero proyecto. Da oportunidad de testar al analfabeto, y al que no puede escribir por enfermedad o cualquier otra causa. Tiene la fuerza probatoria de los instrumentos públicos y por ello es superior al testamento ológrafo. Tiene el inconveniente de que su formalismo y los errores del escribano pueden provocar una nulidad que deje sin efecto la voluntad del testador; expone a éste a las indiscreciones del escribano y de los testigos, pudiendo suscitar reacciones que perturben la vida del que con sus disposiciones lastimó esperanzas. Dificulta el otorgamiento del acto, porque no siempre se tiene a mano un notario, y significa una erogación actual. Por lo tanto, si debe mantenerse entre las formas de testar, no debe ser la exclusiva.

229. Acto notarial. —

Dispone el art. 3654: El testamento por acto público debe ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar. Esto es lo ordinario. No puede recurrirse a la intervención de otro funcionario, sino cuando medien circunstancias especiales que obsten a la intervención de un escribano.

230. Excepciones. — Falta de registro notarial en el distrito. Dispone el art. 3655: En los pueblos de campaña y en la campaña, no habiendo escribano en el distrito de la Municipalidad donde se otorgare el testamento, debe éste ser hecho ante el juez de paz del lugar y tres testigos residentes en el Municipio. Si el juez de paz no pudiese concurrir, el testamento debe hacerse ante alguno de los miembros de la Municipalidad con tres testigos. Como el testamento debe hacerse en el protocolo del escribano, la excepción rige cuando en el distrito de la Municipalidad no haya escribano a cargo de registro, aun cuando en la localidad viva un escribano que no tiene registro o lo tiene en otra Municipalidad. No es necesario que el testador resida en el lugar. Basta que, encontrándose en él, tenga la voluntad de testar, para que, a falta de escribano, pueda acudir al juez de paz, a su reemplazante o a un funcionario municipal.

231. Miembros de la municipalidad. — Sólo pueden intervenir cuando el juez de paz no pudiese concurrir. La calidad de miembro de la Municipalidad, u oficial municipal, según el art. 3690,

"depende de los caracteres de la respectiva organización comunal: el 'Intendente Municipal', el 'Presidente de la Municipalidad', el 'Presidente de la Comisión de Vecinos', el 'Vocal de turno de la Comisión', el 'Delegado de autoridades comunales de distrito', el 'interventor de la Comuna'. En todo caso el personaje caracterizado y responsable para asumir una función de ayuda vecinal y desinteresado asesoramiento".

232. Peste o epidemia. — El art. 3689, no obstante su ubicación, no establece una forma de testamento especial, sino de reemplazo del escribano por otro funcionario habilitante. Dispone: Si por causa de peste o epidemia no se hallare en un pueblo o lazareto, escribano ante el cual puede hacerse el testamento por acto público, podrá hacerse ante un municipal, o ante el jefe del lazareto, con las demás solemnidades prescriptas para los testamentos por acto público. Este testamento no caduca como los especiales, por el transcurso de un breve término entre su fecha y la supervivencia del testador, sino que vale cualquiera sea el tiempo de la vida de éste, mientras no sea revocado (art. 3631). Interviene un municipal, si se otorga en el pueblo donde se ha declarado la peste o epidemia; y el jefe del lazareto, si se hace en el lazareto. No se menciona al juez de paz, que no es un municipal.

Por la gravedad de las circunstancias, se debe admitir con mayor amplitud la habilitación de un municipal, que en el caso del art. 3655. El testamento, hasta la prueba en contrario, acredita que se otorgó durante una peste o epidemia de tal gravedad que justifique la aplicación del art. 3689, si así resulta de su texto.

233. Testamento aeronáutico. —

El Código Aeronáutico dispone en el art. 80: El comandante de la aeronave, registrará en los libros correspondientes los nacimientos, defunciones, matrimonios y testamentos, ocurridos, celebrados o extendidos a bordo y remitirá copia auténtica a la autoridad competente. Resulta que hay un testamento que puede otorgarse a bordo de una aeronave, que tiene por oficial público autorizante al comandante de la misma, y se inserta en un libro, remitiéndose copia a la autoridad competente. No contiene el Código Aeronáutico mayor regulación, ni remisión a figuras jurídicas análogas, tales como el testamento marítimo. Se quiso crear un testamento especial. Se estableció una nueva excepción a la intervención del escribano. Le falta para ser un testamento especial lo característico de éste, es decir, su corta duración a partir de la terminación del vuelo. Falta una previsión análoga a la del art. 616 italiano, que equipara el testamento aeronáutico al marítimo y por tanto le acuerda eficacia sólo por tres meses a partir del desembarco del testador en un lugar donde le sea posible hacer testamento en la forma ordinaria.

El testamento aeronáutico argentino tendrá vigor indefinido, mientras no sea revocado.

Puede otorgarlo cualquier aeronavegante, esté o no enfermo, o en peligro de muerte.

234. Testamento consular. —

Ya hemos expuesto que el argentino, o el extranjero domiciliado en la República, si se hallaren en el extranjero, tienen una triple opción sobre la forma de testar: a) Pueden hacerlo según las formas admitidas por el Código argentino; b) Pueden testar según las formas del lugar donde se encuentren y c) Pueden otorgar testamento consular. A esto último los autoriza el art. 3636: Es válido el testamento escrito hecho en país extranjero por un argentino, o por un extranjero domiciliado en el Estado, ante un Ministro Plenipotenciario del Gobierno de la República, un Encargado de Negocios, o un Cónsul, y dos testigos argentinos o extranjeros, domiciliados en el lugar donde se otorgue el testamento, teniendo el instrumento el sello de la Legación o Consulado.



235. Oficial autorizante. — La ley 4712 al organizar la función consular, les confirió la facultad, ya reconocida por la ley 1914, de autorizar los mismos actos que en nuestro territorio se otorgan ante los escribanos públicos. Pero esa ley no es derogatoria del art. 3636. Sin embargo, en su virtud, el testamento es un acto consular.

236. Formalidades. — El testador puede optar entre el otorgamiento de un testamento por acto público, o un testamento cerrado (art. 3637).

237. Testamento consular por acto público. — Reconocida la actual vigencia del art. 3636, las formalidades del testamento consular deben ajustarse a las propias de todos los testamentos por acto público, en cuanto no hayan sido modificados en ese artículo. La modificación substancial consiste en haber reducido a dos el número de los testigos. Éstos, argentinos o extranjeros, deben domiciliarse en el lugar donde se otorgue el testamento. No cabe otra interpretación del art. 3636, puesta la coma después de la palabra extranjeros, por lo que extiende el requisito del domicilio a todos los testigos, sin distinguir en razón de la nacionalidad. Sería razonable hacerlo, pues si se trata de personas que viajan por el extranjero, nadie más hábil que los compañeros de viaje para intervenir como testigos, pero el error en la solución legal no autoriza su violación, máxime cuando no puede atribuirse a inadvertencia de Vélez Sársfield, ya que en la redacción del texto argentino se apartó del chileno, que le servía de modelo. Dada la aplicación supletoria de lo dispuesto para los testamentos por acto público, debe mencionarse la edad de los testigos.

238. Testamento consular cerrado. — También se ajustará a las reglas propias del testamento cerrado, pero será suficiente la intervención de dos testigos, argentinos o extranjeros, domiciliados en el lugar donde se otorgue el testamento (art. 3636).

239. Extensión analógica. — Las excepciones admitidas a la necesaria intervención de un escribano de registro en el testamento por acto público, no pueden aplicarse por analogía. Sin embargo, sería de contemplar, en la campaña o en los pueblos de campaña, el impedimento insalvable que hubiere para que intervenga quien es único titular de registro dentro del respectivo distrito municipal.

240. Capacidad. —

En principio, toda persona capaz de otorgar testamento, puede hacerlo por acto público. Pero éste requiere aptitudes físicas, cuya ausencia significará un impedimento para utilizar tal forma de testamento. Esas incapacidades quedan determinadas por el art. 3651: El sordo, el mudo y el sordomudo, no pueden testar por acto público.

Tanto la capacidad para otorgar testamento, como la requerida para hacerlo por acto público, deben mantenerse hasta que el testador firme su testamento.

241. Incapacidad del sordo. — El sordo no puede escuchar la lectura del testamento, formalidad ineludible según nuestro Código, art. 3658. Pudo obviarse el inconveniente, disponiendo que el sordo lea por sí mismo el testamento, en voz alta y en presencia del escribano y los testigos.

La sordera debe ser total y bilateral, suprimiendo el sentido acústico.

242. Incapacidad del mudo. — Obedece a un error de Vélez Sársfield, pues si significaba un impedimento en el precedente francés, es porque allí no hay otra manera de hacer testamento por acto público que dictándolo al escribano. Como el art. 3656 autoriza que el testador le dé al escribano sus disposiciones por escrito, aquél no necesita poder hablar, bastando que entienda la lectura y pueda manifestar su asentimiento.

No es mudo quien puede hablar, aun cuando lo haga dificultosamente.

243. Incapacidad del sordomudo. — También está impedido de testar en acto público, por imperativo legal.

244. Capacidad del ciego. — Aun cuando sería lo mismo sin ninguna previsión legal, el art. 3652 confirma: El ciego puede testar por acto público.

245. El escribano. — Debe reunir las calidades y actuar según las normas que regulan el ejercicio de su función 386 y en los límites de su competencia, es decir, le son particularmente aplicables los arts. 980, 981, 982 y 983. Debe conocer al testador y dar fe de ello (art. 1001) o de lo contrario, el testador debe justificar su identidad personal con dos testigos que el escribano conozca, poniendo en la escritura sus nombres y residencia y dando fe que los conoce (art. 1002).

246. Su incapacidad. El artículo 3653. — El art. 985 ha sido reemplazado por otro que obedece al mismo espíritu pero es más limitado. El art. 3653 dispone: El escribano pariente del testador en línea recta en cualquier grado que sea, y en la línea colateral hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad inclusive, no puede concurrir a la redacción del testamento.

Siendo un impedimento fundado en el parentesco, comprende tanto el legítimo como el ilegítimo. Pero como los parientes ilegítimos no hacen parte de la familia de los parientes legítimos (art. 365), el hijo ilegítimo de una persona puede ser escribano en un testamento otorgado por los parientes legítimos de su padre, tales como un hijo legítimo o un hermano legítimo de su padre ilegítimo. Si el parentesco ilegítimo fuese ignorado, su posterior comprobación no obsta a la validez del testamento, en virtud de la regla sobre el error común. El parentesco por afinidad subsiste aun después de la muerte del cónyuge de anteriores nupcias.

247. Formalidades. —

Como el testamento por acto público es una escritura pública, le será aplicable la legislación básica de las escrituras públicas, de las leyes orgánicas de registros y demás disposiciones referentes a instrumentos públicos y escrituras públicas, mientras no hayan sido reemplazadas o modificadas por disposiciones especiales, relativas al testamento.

248. Proceso formativo del testamento. Exteriorización inicial de la voluntad del testador. - Nuestro Código, apartándose del francés, que sólo admite el testamento dictado por el testador al escribano en presencia de testigos, dispone en el art. 3656: 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. Ello, según se expresa en la nota, sigue los usos del país, "de los cuales no ha resultado mal alguno".

El testador puede seguir libremente cualquiera de estas vías, pero no prescindir de ellas. No es posible por ejemplo, que el testador concorra a la escribanía con otra persona y deje que ella encargue el testamento y enuncie su contenido, aun cuando el testador asienta con signos y monosílabos.³⁸¹ Ni sea el tercero quien reciba la voluntad del testador y haga el instrumento que sirva al escribano para redactar el testamento.

249. No requiere la presencia de testigos. - El art. 3656 requiere que el testador exprese verbalmente o por escrito su voluntad al escribano, sin exigir que lo haga en presencia de los testigos. Esta solución, que tardó en ser aceptada por la doctrina española e italiana ha sido deliberadamente acogida por Vélez Sársfield, quien en la nota al art. 3656 dice: "Creemos también que basta que los testigos se hallen presentes al tiempo de la lectura del testamento, sin necesidad de que lo estén cuando se escribe." Y por ende no es necesario que lo estén cuando se lo encarga

y se dan las instrucciones previas a la escritura. La práctica conservada por el Código ha sido siempre que las instrucciones sean dadas al escribano en una o varias oportunidades, con anterioridad al acto testamentario propiamente dicho, consistente en su lectura y firma. Esas instrucciones se dan, el testamento se proyecta y se escribe en el protocolo sin la presencia de testigos y, cuando está inserto en el protocolo, recién se exige la presencia simultánea del testador, escribano y testigos, para proceder al acto final, que es el real e importante acto de testar, donde el disponente ratifica la coincidencia de su voluntad con el contenido de la escritura que perfecciona con su firma.

Dos son las maneras que tiene el testador de expresar su voluntad: la verbal y la escrita.

250. Instrucciones verbales. — Consisten, según el art. 3656, en dictar el testamento al escribano. Pero 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 las encierre en una adecuada redacción, pero apartándose lo menos posible de las expresiones del testador.³⁹⁷ Está bien expresado en la escritura que el testamento fue dictado, siempre que las instrucciones hayan sido verbales. Aunque el testador que dicta se haya valido de apuntes ³⁹⁹ o utilizado documentación esclarecedora.

251. Instrucciones escritas. — Si el testador da por escrito sus instrucciones, puede también presentar su entero contenido, o sólo enunciar las disposiciones que debe contener. Puede hacerlo mediante un instrumento redactado a mano o a máquina, escrito por él o por otra persona. Basta que se lo entregue al escribano expresando contener su voluntad, y que ratifique el testamento después de su lectura, en el acto final.

252. No es necesario conservar las instrucciones escritas. — Una vez leído, ratificado y firmado el testamento, las instrucciones escritas pierden utilidad, y pueden ser destruidas.

253. Redacción de la escritura. Enunciaciones imprescindibles. — Cuando el escribano proyectó el testamento, se pasa al protocolo, según las reglas corrientes de todas las escrituras públicas. Además debe cumplir lo dispuesto por el art. 3657: El escribano debe, bajo pena de nulidad del testamento, designar el lugar en que se otorga, su fecha, el nombre de los testigos, su residencia y edad, si ha hecho el testamento, o si sólo ha recibido por escrito sus disposiciones. Para cumplir con cada una de esas constancias, y las demás exigidas en las escrituras públicas, no es necesario el uso de fórmulas legales o notariales impuestas por las costumbres, bastando que de lo escrito en el testamento surja que se ha llenado la exigencia legal.

254. Lugar. — No es el lugar en que se escribe, sino el lugar en que se otorga, es decir, en que ocurra el acto final. Puede ser en las oficinas del escribano, en el domicilio del testador, o en otro lugar, dentro del distrito señalado para las funciones del escribano o tenido por tal (arts. 980, 981).⁴⁰⁶ La expresión del lugar puede estar en cualquier parte de la escritura y ser enunciada por el escribano o constar en una manifestación del testador. La escritura hace fe del lugar que enuncia hasta el incidente de falsedad.

255. Enunciación de la fecha. —

Es la que corresponde al acto final. Debe ser verdadera. Si fuera falsa, sería igual que si el testamento careciera de fecha. Debe tenerse por verdadera la fecha hasta que prospere el incidente de falsedad. El testamento puede ser fechado en cualquier día del año, sea domingo, feriado, o fecha religiosa (art. 1001).

256. Enunciación del nombre de los testigos. — Los testigos deben ser individualizados por sus nombres completos. Pero es suficiente la enunciación que sólo indica, por la inicial, uno de los

nombres de pila.

257. Enunciación de la residencia de los testigos. — Es necesaria; cuando el testamento se otorga en una ciudad, y el domicilio de los testigos se concreta a la calle y el número, la enunciación es suficiente, pues debe entenderse que corresponde a esa ciudad.

258. Enunciación de la edad de los testigos. — Divídese la doctrina nacional, entre quienes consideran que en la escritura debe enunciarse la edad de los testigos, consistente en la indicación de los años que han cumplido, o de la fecha de nacimiento y quienes consideran suficiente la mención de ser mayores de edad. Entendiendo que se trata de un medio de individualizar al testigo y no de establecer su capacidad, y dada la acepción gramatical de la palabra edad, nos inclinamos por la primera interpretación.

259. Si el escribano ha hecho el testamento, o si sólo ha recibido por escrito sus disposiciones. — Es una enunciación ociosa, pues hace a la preparación del testamento, y toda esta etapa queda cubierta por la lectura de la escritura al testador y su ratificación. Sin embargo, debe decirse necesariamente en el testamento si hubo instrucciones verbales o escritas. No se requiere la manifestación de si las instrucciones se dieron con o sin la presencia de testigos, razón por la cual no afecta al testamento la inexactitud que contenga sobre esta circunstancia.

260. Acto final. Asistentes al acto. — Deben estar necesariamente presentes el testador, el escribano y tres testigos. Además, según las circunstancias, son asistentes necesarios los intérpretes, si el testamento se hace también en idioma extranjero (art. 3663) o los dos individuos que aseguren la identidad de las personas y residencia de los testigos, cuando el escribano no conociese a éstos (art. 3699). Otras veces asisten al acto, aun cuando no son necesarios, los médicos llamados a constatar la capacidad del testador o su imposibilidad de firmar por defecto físico. Finalmente, como es un acto público, pueden estar presentes otras personas, en particular los amanuenses del escribano. La innecesaria presencia de tales personas, o del abogado del testador y aun de los herederos instituidos o legatarios, no afecta la regularidad del testamento.

261. El artículo 3658. — Dispone sobre el desarrollo del acto final: Bajo pena de nulidad, el testamento debe ser leído al testador, en presencia de testigos, que deben verlo; y firmado por el testador, los testigos y el escribano. Uno de los testigos a lo menos debe saber firmar por los otros dos: el escribano debe expresar esa circunstancia.

262. Lectura. —

Por aplicación del art. 1001, el testamento debe ser leído por el escribano, sin poder delegarlo en otro, y así debe constar. Es preferible usar los términos del art. 3658, pero los suple cualquier enunciación equivalente. No es suficiente la mención de la lectura del testamento en presencia de los testigos, si no se deja constancia de que fue hecha al testador, ni la mención de que el testamento fue leído en el departamento del testador, al lado de su lecho. Será sin embargo suficiente la cláusula donde se dice que luego de la lectura el testador declaró persistir en sus disposiciones, pues ello supone que escuchó la lectura.

263. Debe dejarse bien documentado que la lectura se le hizo al testador en presencia de testigos que ven al testador, no bastando el enunciado de que el testamento fue leído al testador y a los testigos o a los testigos y también al testador. Se ha considerado suficiente la constancia de haberse leído el testamento en presencia de testigos de su conocimiento que lo oyeron ratificar su contenido.

264. No se requiere, como en el Código español, art. 695, que la lectura sea en voz alta. Por lo tanto no se necesita ninguna mención en el testamento, pero la lectura debe ser audible para el

testador y los testigos.

265. Firmas. —

Según el art. 3658 el testamento debe ser firmado por el testador, los testigos y el escribano. Éste es el principio general, pero admite excepciones, salvo respecto del escribano cuya firma es imprescindible.

Hay fijado un orden. Pudiendo firmar, debe hacerlo en primer lugar el testador. Luego los testigos que firmen. Al final, el escribano.

266. Firma del testador. — En cuanto al testador, es imprescindible su firma o la mención de no saber o no poder firmar. Hemos dado las reglas pertinentes sobre la firma del testador. Siempre que el testador sepa firmar y pueda hacerlo, corresponde que firme. Sólo cabe agregar que suele acudir al testamento por acto público cuando el testador está enfermo, debilitado tal vez por su última enfermedad y disminuido en sus posibilidades de trazar su firma habitual. Ello no es óbice para que firme, lo que obliga a ponderar las circunstancias para tener por suficiente una firma defectuosa. Sin embargo, cuando el testador está realmente impedido de firmar, no corresponde que utilice trazos ilegibles, sino que será prudente recurrir a la solución del art. 3663, o hacer la mención del estado físico del testador, que éste firme como pueda y usar además la firma a ruego. La firma tampoco puede ser suplida por la impresión digital del testador, pero ella es también una formalidad sobreabundante que puede contribuir a la prueba de la autenticidad del testamento.

La irregularidad de la firma, podrá ser una presunción de falta de perfecta razón.

267. El testador no sabe firmar. — Ello no obsta al otorgamiento de testamento por acto público. Justamente es una de sus ventajas. Para el supuesto de que el testador no sepa firmar, dispone el art. 3661: Si el testador no supiese firmar, puede hacerlo por él, otra persona, o alguno de los testigos. En este último caso dos de los testigos por lo menos deben saber firmar.

Debe ser exacto que el testador no sabe firmar. De lo contrario, si dice que no sabe y realmente no es así, se evidencia una negativa premeditada de hacerlo, de no dar su asentimiento al acto que se está otorgando, que no es de su agrado pero que no puede resistir.

Ello supone que el testamento debe ser mantenido si la declaración de no saber firmar ha sido hecha de buena fe. Vale decir, que si bien el testador sabe firmar siempre que sepa escribir signos alfabéticos y los use habitualmente como firma, aun cuando no sepa leer y escribir otra cosa, se explica que el testador iletrado, que aun pudiendo, no firma en los demás actos de la vida civil, haga la manifestación de no saber firmar. Lo es igualmente que la formule quien en otros tiempos firmó, pero que perdió luego el hábito de hacerlo.

268. Firma a ruego. — Para que proceda, es necesario mencionar en la escritura que el testador no sabe firmar, aunque no es necesario que se consigne la causa de su ignorancia. Debe indicarse quién firma por el testador, y si es persona distinta de la de los testigos, ser objeto de una individualización suficiente. Esa persona no es un testigo más y no necesita firmar dos veces.

Indicada la persona que firma por el testador, no es necesaria la mención de que éste le haya rogado que lo haga.

269. Declaración del testador. — El que debe declarar que no sabe firmar es el testador. Al escribano le incumbe requerir la firma y asentar la contestación de aquél de no saber firmar. La función del escribano consiste en dejar constancia de la manifestación del testador. No se requieren fórmulas sacramentales, tanto respecto del requerimiento del escribano, como de las palabras del testador.

270. El testador sabe firmar pero no puede hacerlo. Una persona que aprendió a firmar, estará imposibilitada de hacerlo por causas físicas sobrevinientes, accidentales o definitivas, como la amputación de las manos, pérdida del uso de las mismas por parálisis, el temblor excesivo, el reumatismo deformante o neuritis aguda, excitación nerviosa, debilidad física o ceguera.

No creemos que sea asimilable la violencia que un tercero ejerza sobre el testador, impidiéndole firmar, pues en tal caso no habría testamento. Para todos los premencionados casos, dispone el art. 3662: Si el testador sabe firmar y no lo pudiera hacer, puede firmar por él otra persona, o uno de los testigos. En este caso dos de los testigos por lo menos deben saber firmar.

El escribano debe expresar la causa porque no puede firmar el testador.

271. Mención de la causa porque no puede firmar el testador. — Difiere el texto argentino del francés, art. 973, en que éste exige mención expresa de la declaración del testador así como de la causa que le impidió firmar. Parecería que, según el art. 3662, basta la expresión de la causa por el escribano, aun cuando omita agregar que la declaró el testador. Sin embargo, la nota demuestra que no es tal el espíritu de la ley, al decir: "Esta declaración, y no sólo el hecho de la impotencia, es la que debe ser expresamente mencionada." "Si la declaración de no saber firmar ha de hacerla el testador y consignarse por el escribano, ¿qué razón habría para separarse de esta formalidad en el caso de que el disponente no pueda hacerlo?" ¿Por qué ha de convertirse en facultativo, para apreciar que el debilitamiento del testador es tal que no puede firmar, sin requerirle que firme, y escuchar de sus labios que no está en condiciones de hacerlo? ¿Y si la crisis nerviosa es exagerada para no firmar, pudiendo hacerlo, por falta de resistencia moral frente a una influencia extraña y presente?

272. Aun cuando la mención no debe ser genérica, no puede dejar de indicar la causa de la imposibilidad de suscribir. Es decir, que sea suficiente para verificar si la afirmación del testador es verdadera o falsa. No se requiere la causa última y concreta de la enfermedad, ni influye el error en caso de enunciarse esa causa concreta. Si la enunciación es insuficiente, puede completarse por prueba extrínseca.

La declaración puede estar en cualquier parte del testamento, siempre que se incluya antes de la lectura.

El escribano no está obligado a comprobar o certificar que la declaración del testador sea cierta.

Si la imposibilidad de firmar sobreviene antes de que el testador complete su firma, el acto no valdrá, pues estando redactado el cuerpo del testamento, faltará la constancia del evento.

273. Manifestación posterior a un fallido intento de firmar. — Si intentada la firma, el testador no puede concluirarla, es procedente que el escribano que había asentado que el testador firmaba, rectifique y aclare que intentó hacerlo y que declaró frente a su imposibilidad, que desistía, dando la razón de su ineptitud. Tal mención se debe insertar antes de la firma de los testigos y del propio escribano, procediendo, además, según se ha dispuesto respecto de la firma a ruego.

274. Interrupción del acto por la muerte del testador. — No basta que el testador haya escuchado la lectura y ratificado el testamento. Dispone el art. 3659: Si el testador muriese antes de firmar el testamento, será de ningún valor aunque lo hubiere principiado a firmar. Aun cuando el texto se aproxima más a un párrafo de Demolombe se aclara en la nota que se inspira en Marcadé, quien sostiene que la perfección del acto se logra por la firma y por tanto, "la persona que muere antes de haber firmado bien pudo morir con la intención de testar pero ella ha muerto sin haber realizado esa intención."

Con mayor razón no habrá testamento si el escribano declara haber constatado la pérdida del

conocimiento por el testador, al requerirle la firma.

275. Muerte del testador después de firmar. — Falta una solución expresa para el caso de morir el testador luego de firmar, pero antes de hacerlo los testigos y el escribano. En la doctrina francesa se ha sostenido por Demolombe, Aubry y Rau, Duranton, etc. que el testamento no se habría terminado si el testador falleciera antes de que todos los testigos y el escribano hubieran firmado. El mismo criterio sostiene Segovia. Pero debe observarse que Vélez Sársfield da como fuente a Marcadé, el cual no comparte expresamente esa tesis. Además, el art. 3659 parece dar como perfeccionado el acto testamentario con la firma del testador. Al hacerlo íntegramente, ha terminado la intervención de éste en el acto, y por su muerte posterior resulta injusto se deje sin efecto ésa que fue su última voluntad, cuando nada impide que firmen testigos y escribano.

Es distinto cuando, luego de firmar el testador, muere uno de los testigos o el escribano sin haber llegado a firmar, pues quedaría sin cumplir una de las solemnidades del art. 3658. Además, es un evento remediable, por cuanto el testador sobrevive y puede reiterar su voluntad en una nueva escritura.

276. Reglas relativas a los testigos. — Una de las formalidades del testamento por acto público, es la ineludible intervención de testigos. Cumplen una doble función: asegurar la regularidad del acto atestiguando, no sólo que la escritura contiene la mención fiel de lo sucedido, sino también la identidad del testador y el discernimiento, intención y libertad con que expresó su voluntad.

Respecto de lo primero, el testigo incurriría en responsabilidad penal si la escritura instrumentara una falsedad. Respecto de lo segundo, habría responsabilidad civil en el caso de ser el testigo autor o cómplice de las maniobras o si incurrió en culpa o negligencia. Claro está que no es un perito, y no es responsable por el error en que pudo haber incurrido al apreciar la capacidad del testador.

Deben concurrir tres testigos, ordinariamente, cuando el testamento se otorga ante escribano público (art. 3654). El mismo número de testigos es exigido en el testamento que se celebre en los pueblos de campaña y en las campañas, donde por falta de escribano lo reemplace el juez de paz del lugar o uno de los miembros de la Municipalidad (art. 3655); o en el testamento admitido en caso de peste o epidemia (art. 3689); o en el caso de testamento otorgado durante la aeronavegación (art. 80 Cód. Aeronáutico).

Excepcionalmente, en el testamento consular, el número de testigos se reduce a dos (art. 3636).

Todo lo relativo a los testamentos ha sido normado con criterio general y expuesto precedentemente. Por lo tanto lo allí dicho será íntegramente aplicable en los testamentos por acto público. Pero en la regulación propia de esta forma testamentaria se legisla en particular sobre la habilidad de los testigos para firmar. Por el estado de instrucción general del país al tiempo de la sanción del Código, no se estimó conveniente disponer que todos los testigos supieran firmar. Habría significado limitar excesivamente la esfera dentro de la cual el testador ejercitara su facultad de elección, en que juegan factores de confianza, discreción, amistad, buen concepto, etc. Es por ello que cuando el testador sabe firmar, puede hacerlo, y por tanto firma, lo que robustece la autenticidad del acto; basta que de los tres testigos uno a lo menos sepa firmar y lo haga por sí y por los otros dos (art. 3658).

Si el testador no firma, por no saber o no poder hacerlo, la exigencia legal es mayor y en tal caso dos de los testigos, por lo menos deben saber firmar, si uno de ellos lo hace, además, a ruego, por el testador (arts. 3661 y 3662). Si firma por el testador otra persona, basta que uno solo de los testigos sepa firmar.

En los casos de testamentos instrumentados en dos idiomas, el testigo necesita otra aptitud

particular, consistente en entender uno y otro idioma (art. 3663).

277. La intervención de los testigos. — Ya hemos dicho que no es necesaria la presencia de los testigos durante la faz preparatoria del testamento, ni durante su transcripción en el protocolo. Por lo demás, en los Códigos en que esa presencia sería más exigible, tampoco es celosamente observada. El escribano, conociendo los nombres de los testigos, y considerándolos hábiles, insertará en el testamento las enunciaciones pertinentes y narrará el desarrollo del acto según luego tendrá lugar. Si éste sufre variante, redactará una nueva escritura o realizará las adiciones pertinentes. Vale decir, que la citación necesaria y consiguiente presencia del testigo será a la ceremonia final, de lectura y firma del testamento.

Desde que se inicia la lectura, hasta que se firma el testamento, la presencia de los testigos debe ser ininterrumpida. Durante la lectura deben encontrarse en un lugar desde el cual se vean, el testador, el escribano y los testigos. La lectura debe ser escuchada, en esa recíproca presencia, por todos ellos. Si la lectura no se ajusta a lo que está sucediendo, los testigos deben oponerse a firmar, oponiéndose a testificar cualquier enunciación inexacta. Si observan pérdida de discernimiento en el testador, falta de libertad o de intención, corresponde igual negativa. Terminada la lectura deben asistir a la firma por el testador, firmar luego y asistir a la autorización que con su firma hace el escribano. Todos los testigos que saben firmar deben hacerlo, aun cuando su firma no sea estrictamente necesaria. Su negativa a firmar no es otra cosa que su negativa a ser testigo. La firma de los testigos está ajustada a las mismas reglas que la firma del testador. En suma, deben firmar según lo hacen en los demás actos públicos o privados en que intervienen. Es cuestión de hecho determinar cuándo una firma irregular o imperfecta del testigo resulta insuficiente.

No es obligatoria la enunciación de que los testigos manifestaron no saber o no poder firmar.⁴⁸⁸ No obstante, es conveniente alguna enunciación aclaratoria de que el testigo necesario no ha omitido su firma sino que no ha sabido o podido firmar. Sobre todo, no es posible que se incluya la fórmula notarial corriente de que los testigos firman, cuando no lo han hecho por los supradichos inconvenientes.

Ya de suyo que no perjudica la falta de firma del testigo superfluo, por exceder del número de los necesarios.

278. Testamento en idioma extranjero. Antecedente francés. —

En el Código Napoleón no hay una regulación expresa para el caso de que el testador no pueda testar sino en idioma extranjero. Por una elaboración de los juristas y de las decisiones judiciales, quedó admitido desde una lejana época, anterior a la redacción del Código argentino, que el testador, impedido de expresar su voluntad en el idioma francés, no quedaba privado de otorgar testamento notarial; pero para hacerlo en un idioma extranjero, debía recurrir a un escribano y obtener el concurso de testigos que conocieran el idioma que utilizaría para testar. En tal caso, debía dictar el testamento en el idioma que domina, el escribano lo traduce y escribe en idioma francés, y en el idioma extranjero, y la lectura se efectúa en el idioma usado por el testador. Se consideró además que no se incurría en nulidad, si la escritura se otorgaba en idioma extranjero.

279. El Código prusiano. — Había optado por otra solución: "Si se quiere testar en una lengua extranjera, se requiere la presencia de dos intérpretes juramentados para traducir en la lengua conocida: en este caso el testamento debe estar escrito en dos lenguas" (art. 126, tít. 12, parte 1°).

280. Solución argentina. — Siguiendo esa fuente mediata y al art. 566 del Proyecto español de 1851, nuestro art. 3663 dispone: Si el testador no puede testar sino en un idioma extranjero, se



requiere la presencia de dos intérpretes que harán la traducción al castellano, y el testamento debe en tal caso escribirse en los dos idiomas. Los testigos deben entender uno y otro idioma.

Difiere de sus modelos, en que no se deja librada a la voluntad o a la manifestación del testador la oportunidad de testar en idioma extranjero. La posibilidad se abre sólo para el supuesto de no poder testar sino en idioma extranjero. Por lo tanto debe negarse el escribano, si le consta que el testador posee el idioma nacional en medida suficiente para expresar en él su voluntad testamentaria. Es cuestión de hecho determinar si se posee suficientemente el idioma nacional para expresar en él las disposiciones y comprender la lectura del testamento.

281. Los testigos deben entender ambos idiomas.- Se agrega también la exigencia de que los testigos entiendan uno y otro idioma. No es necesario que puedan leerlos y escribirlos, bastando que los entiendan y tengan una idea clara de lo que se ha leído y de la coincidencia de ambos textos.

282. Fundamento. — No es justo privar del derecho de testar a quien quiera usarlo, por la circunstancia de no conocer el idioma nacional. Podría objetarse que le queda la posibilidad de usar la forma ológrafa, pero ella le está vedada si fuera analfabeto. La privación de la oportunidad de testar por acto público en idioma extranjero sería tanto más inequitativa, según lo destaca Vélez Sársfield en la nota al art. 3663, "en estos países donde la corriente de inmigración trae tantas personas de diversos idiomas".

283. Siempre deben intervenir intérpretes. — El Cód. argentino, difiriendo con el alemán y el austríaco, exige la intervención de intérpretes, aun cuando el escribano posea ambos idiomas.

284. El testador puede utilizar cualquier idioma. — Si el testador posee varios idiomas extranjeros, puede optar por cualquiera de ellos aun cuando no sea el de su nacionalidad. Puede ser que resulte más fácil hallar intérpretes de uno determinado y esto sólo basta para justificar la posibilidad de optar.

285. Sólo pueden intervenir como intérpretes los habilitados para ejercer esa profesión liberal. — De lo contrario no se cumple la exigencia del art. 3663 ni se explicaría que se requiera la intervención de intérpretes cuando los testigos poseen ambos idiomas.

286. Intervención de los intérpretes. — Corresponde desde la faz preparatoria. Deben recibir, con el escribano, el pensamiento verbal o escrito del testador, y traducirlo al idioma nacional, dándole al escribano las dos versiones que se incluirán en el protocolo. Lo expuesto no supone que el escribano deje de intervenir en la redacción, según lo hace en los testamentos redactados en idioma nacional. Esa intervención siempre es necesaria para darle al testamento claridad y precisión y para que no se omitan formalidades.

287. Expresión inicial de la voluntad del testador. — Podrá usar cualquiera de las maneras que autoriza el art. 3656. Si lo hace por escrito, tampoco deben ser conservadas las instrucciones respectivas. Debe admitirse que el testamento, tal como es leído y aceptado por el testador en el acto final, contiene su voluntad definitiva.

288. Escritura en ambos idiomas. — En el protocolo se escribirá el testamento en ambos idiomas. No se exige que la escritura en un idioma preceda a la otra, ni que el texto extranjero se escriba a medio margen de la minuta.

289. Los intérpretes y el acto final. — Los intérpretes deben asistir al acto final. La lectura se hará en los dos idiomas. En cuanto a la del acto extendido en idioma extranjero, si el escribano no lo posee, será necesario que la haga uno de los intérpretes. Aunque la ley no lo diga, corresponde que los intérpretes firmen la escritura.

290. Diferencias entre el texto escrito en idioma extranjero y el escrito en idioma nacional. — Deben resolverse en favor del texto escrito en el idioma extranjero, pues es el que el testador entendió, y por tanto, asintió a su lectura. La diferencia entre una y otra versión, no obsta a la validez del testamento. Pero ambos textos se auxilian en su interpretación.

e) CARACTERES GENERALES DEL TESTAMENTO COMO ACTO JURÍDICO

[Zannoni]⁵

§ 1041. Vocación testamentaria. -

Según el art. 3280, Cód. Civil, junto a la sucesión legítima, que es la deferida por la ley (o, en otros términos, la que tiene su causa -fuente- en el llamamiento que hace directamente la ley), la sucesión se llama testamentaria cuando se defiere por voluntad del hombre manifestada en testamento válido. Mientras en la primera la vocación hereditaria resulta de los órdenes legales que crean expectativas -actuales o eventuales- a la adquisición de la herencia, el testamento es fuente de llamamientos específicos, validándose así la voluntad del titular del patrimonio para disponer en ese carácter, para después de su muerte.

En nuestro derecho -dispone el art. 3606- toda persona capaz de manifestar su voluntad, tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento, sea bajo el título de institución de herederos, o bajo el título de legados, o bajo cualquiera otra denominación propia para expresar su voluntad.

§ 1042. Testamento. Concepto y definición legal. -

El testamento constituye, en términos generales, el "acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte" (art. 3607, Cód. Civil). La definición legal connota el contenido patrimonial del testamento, como acto de disposición de bienes, para después de su muerte, y, por ello, fuente de vocaciones concretadas mediante una declaración específica: la llamada delación testamentaria.

A partir de la definición legal transcripta es menester analizar sucesivamente los caracteres del testamento:

- a) Acto jurídico de última voluntad o mortis causa.
- b) Acto unilateral.
- c) Acto escrito.
- d) Acto formal y solemne.
- e) Acto de disposición patrimonial.
- f) Acto revocable.

§ 1043. El testamento como acto de última voluntad o "mortis causa". -

Es sabido que la noción básica de los llamados actos de última voluntad ha sido recibida, normativamente, en el art. 947 del Cód. Civil: son los que deben producir efecto después del fallecimiento de quien emanan. La ley ejemplifica, precisamente, con el testamento.

Sin embargo, la doctrina más moderna ha precisado el concepto legal en otros términos. No todos los actos jurídicos que han de producir efectos después del fallecimiento del otorgante son, técnicamente, actos de última voluntad: piénsese, por ejemplo, en el caso de una donación de exigibilidad diferida a la muerte del donante, o en un seguro de vida contratado por el tomador para favorecer a los asegurados luego de su fallecimiento. Casos como éstos nos muestran actos o negocios jurídicos -en concreto, contratos- que encuadran en la nomenclatura de actos entre vivos que se perfeccionan como tales aunque la prestación de una de las partes o de ambas quede diferida "in diem mortis dilati".

El criterio de distinción, entonces, no puede fundarse en el tiempo en que el acto produce alguno o algunos de sus efectos. En realidad, se alude a actos de última voluntad en relación a aquellos actos cuya eficacia como tales sólo existe a partir de la muerte de su autor. La eficacia del acto es algo muy distinto de sus efectos. En los ejemplos antes dados, tanto la donación de exigibilidad diferida al fallecimiento del donante, o el seguro de vida, son contratos perfectos, eficaces desde que se concluyeron, aun cuando algunos o todos sus efectos puedan operar después de la muerte de uno de los otorgantes. Por eso, qué duda cabe, el asegurador puede demandar, v.gr., el pago de las primas adeudadas, o resolver el contrato en vida del tomador y el donatario, aun en vida del donante, puede ejercitar las acciones conservatorias de su derecho. Porque, en efecto, estos actos o negocios son eficaces inter vivos, aun cuando ciertas prestaciones sean sólo exigibles después del fallecimiento de una de las partes.

Es en este punto en que se advierte que en el acto de última voluntad la muerte del otorgante es condición de su eficacia. Siguiendo con los ejemplos que proponíamos antes: la causa que hace exigible el cumplimiento de la donación una vez fallecido el donante es el contrato; también el contrato es la causa que hace exigible la prestación en beneficio de los asegurados en caso de fallecimiento del tomador. Pero tanto la donación como el contrato de seguro tienen eficacia desde el momento en que fueron concluidos como negocios. En cambio tanto el testamento (como las disposiciones que él contiene) requieren, para su eficacia, la muerte del otorgante: ésta viene a ser, en suma, la *condictio iuris* de tal eficacia. De ahí que se aluda, entonces, a actos "por causa" de muerte o "mortis causa". Esto tiene importancia en punto a la revocabilidad del testamento (ver § 1069), y al momento a partir del cual se determinan sus efectos. Mientras en los actos entre vivos los efectos diferidos para después de la muerte se retrotraen al tiempo de la celebración del negocio⁶, en los actos *mortis causa* no tienen efecto retroactivo: la muerte es un elemento que determina la producción de sus efectos jurídicos, "sin ninguna efectividad retroactiva sobre el momento en que se hizo el testamento".

§ 1044. El testamento no es el único supuesto de acto de última voluntad. -

En virtud de lo expuesto, es incorrecto sostener -como lo hace parte de nuestra doctrina- que el testamento sea el único supuesto de acto de última voluntad o "mortis causa". Corresponde integrar en esta categoría a todos los negocios cuya eficacia tiene por causa la muerte del otorgante. Así, por ejemplo, la designación de tutor hecha por el padre o la madre para sus hijos menores en escritura pública (art. 383) es un acto de última voluntad (aunque no esté contenida en un testamento), pues la eficacia de la designación del tutor queda diferida al fallecimiento del progenitor que la hace y es, obviamente, revocable hasta ese fallecimiento. También constituye

acto de última voluntad la disposición de órganos humanos para después del fallecimiento del disponente, que no es menester se haga por testamento, pues puede hacerse en los establecimientos médico-asistencia-les mediante constancia auténtica en el "registro de dadores con internación previa" (arts. 14 y 17, ley 21.541).

§ 1045. Perfección del testamento como acto jurídico. -En relación con lo anterior, cabe hacer una breve referencia al problema relativo al momento en que debe considerarse perfecto el testamento como acto jurídico. La cuestión interesa habida cuenta que el art. 952 del Cód. Civil dispone que "la existencia de las disposiciones de última voluntad comenzará el día en que fallecieren los respectivos disponentes...", lo cual podría hacer pensar que el testamento es un negocio o acto jurídico imperfecto durante la vida del testador; sólo la muerte lo "perfecciona", le da "existencia", a los términos del art. 952.

No es así, sin embargo. La perfección de cualquier acto jurídico se relaciona con sus condiciones -o presupuestos- de validez (capacidad del otorgante, objeto, forma, causa). Con el testamento ocurre lo mismo: como acto jurídico es válido, o perfecto, desde el momento mismo en que se lo otorga, aunque sea eficaz sólo a partir del fallecimiento del otorgante. La muerte no viene a constituir, en este sentido, un presupuesto de validez del testamento, sino una condición de eficacia que está fuera del acto o negocio testamentario como tal. Siguiendo la moderna nomenclatura, bien puede concluirse que el testamento, perfecto o válido desde el momento de su otorgamiento, sufre de ineficacia pendiente: la muerte del otorgante viene a constituir la *condictio* que le confiere, a partir de entonces, eficacia definitiva. Tal es la idea expuesta por Vélez Sársfield en la nota al art. 3613: "... el acto testamentario -dice-, como instrumento, cuando tiene las formas prescriptas por la ley, no es un simple proyecto hasta el último momento de la vida, sino un acto perfecto, susceptible solamente de ser anulado [rectius: revocado] por un cambio de voluntad".

En este contexto cobra su sentido el art. 3631, al disponer que "el testamento hecho con las formalidades de la ley vale durante la vida del testador, cualquiera que sea el tiempo que pase desde su formación. Mientras no está revocado, se presume que el testador persevera en la misma voluntad". Esto es lo que explica que la incapacidad sobreviniente del testador no afecta a la validez del testamento (art. 3613) y que la validez formal de éste se rige por la ley vigente al momento en que se otorgó (art. 3625).

§ 1046. Caso del testamento otorgado "provisionalmente" o con un plazo de vigencia. - La transcrita norma del art. 3631, en relación con el carácter *mortis causa* del testamento, permite resolver el caso en que el testador hubiese otorgado un testamento provisional o sujeto a un término de vigencia. Así, por ejemplo, si dijese que el testamento vale por el término de un año. O, como se ha recordado, que el testamento tiene "vigencia provisoria". Es evidente que como la eficacia del acto de última voluntad tiene su causa en la muerte del otorgante, ningún plazo de eficacia puede estar referido a un momento anterior a ella.

En el caso de aquel testador que había declarado que el testamento que otorgaba tenía "vigencia provisoria", el Tribunal del Sena reputó que mientras no fuere revocado expresamente conservaba tal vigencia. Idéntica solución cabría emplear en nuestro derecho por aplicación del art. 3631, pues mientras no constase una expresa voluntad revocatoria (en testamento posterior, art. 3827), la validez del ya otorgado se mantiene y su eficacia sobrevendrá con el fallecimiento del otorgante. Similarmente, si el causante hubiese otorgado testamento por un plazo -quedan a salvo los supuestos de testamentos especiales con vigencia temporal limitada- la ley presume que el testador perseveró en su voluntad, aun después, si no revocó el testamento.

§ 1047. El testamento como acto unilateral. -

Según el art. 946 del Cód. Civil, los actos jurídicos son unilaterales, "cuando basta para formarlos la voluntad de una sola persona, como el testamento". Aquí el tenor legal no ofrece crítica. El testamento es estructuralmente un acto jurídico unilateral porque entre sus condiciones de existencia y validez se sitúa la sola voluntad del testador sin requerirse el concurso de la voluntad de otro.

§ 1048. La eficacia del testamento no depende de la aceptación de los instituidos. - Lo expuesto no se desvirtúa diciendo que, acaecida la muerte del otorgante, se requiere la aceptación de los instituidos en el testamento para que se perfeccione el acto de disposición. Ello ha sido sostenido por algunos autores -como Cimballi en la doctrina italiana¹⁵- considerando que el testamento no sería más que una oferta que requiere de la aceptación de los instituidos (beneficiarios o destinatarios de esa oferta), de modo que oferta (testamento) y aceptación se integrarían en un acto jurídico único y bilateral.

El error del planteo consiste en partir de la premisa de que el testamento, y sus disposiciones, carecen de efectos propios sin la aceptación por sus destinatarios. He ahí el error. El testamento, en cuanto crea vocaciones, llamamientos concretos a la sucesión, es perfecto antes de la aceptación por los instituidos. Si éstos, por hipótesis, renunciaban a su llamamiento, habrán dejado de adquirir lo que el testamento les defería, pero ello no hace a la perfección del testamento. Buena prueba de ello es que si el instituido falleciere sin haber aceptado, transmite el derecho de opción a los sucesores (art. 3316). Otro tanto ocurre en el caso del legado, que se presume aceptado mientras no sea repudiado (art. 3804): por lo que si el legatario hubiese fallecido sin haberlo aceptado expresamente transmite su derecho a sus herederos (conf. nota al art. 3804).

§ 1049. Prohibición de los testamentos conjuntos o mancomunados. -

Precisamente como consecuencia del carácter de acto jurídico unilateral, nuestro derecho positivo ha prohibido expresamente el testamento otorgado por dos o más personas, en conjunto. El art. 3618 dispone que "un testamento no puede ser hecho en el mismo acto, por dos o más personas, sea en favor de un tercero, sea a título de disposición recíproca y mutua". Bien lo señala Vélez Sársfield en la nota: "el testamento esencialmente libre, esencialmente dependiente de la voluntad ambulatoria de su autor, no puede ser hecho en el mismo acto por muchas personas".

La norma prohíbe el testamento que contiene la expresión de última voluntad de dos o más personas constituyendo una unidad intelectual, es decir un solo acto o negocio jurídico mortis causa. Y el art. 3618 alude a dos supuestos:

a) Testamento conjunto que contiene disposiciones en favor de un tercero. Sería el siguiente: "Nosotros, Juan y Pedro, expresamos nuestra última voluntad instituyendo como nuestro heredero a Diego..." La razón dada por la prohibición resulta claramente de la nota del codificador: un testamento conjunto, como en el ejemplo propuesto, impediría a cada uno de los disponentes (Juan y Pedro) revocar el testamento, lo cual afecta, obviamente, el carácter unilateral y revocable de las disposiciones de última voluntad.

b) Testamento conjunto que contiene disposiciones mutuas o recíprocas. En este caso a la circunstancia de que dos o más personas expresan su última voluntad conjuntamente en unidad intelectual, se añade la circunstancia de que se instituyen recíprocamente. A este caso alude el último supuesto del art. 3618.

Sin embargo, conviene tener presente lo que explica Vélez en la nota: "la prohibición comprende únicamente el testamento hecho por varias personas en el mismo acto. Ningún impedimento

-agrega- hay para que dos o más personas convengan en disponer, cada una por su parte, a favor de un tercero o a favor del uno y del otro; pero cada uno queda entonces legalmente dueño de revocar su testamento cuando le parezca conveniente".

Es decir que, por testamentos separados, Juan y Pedro -siguiendo nuestro ejemplo- pueden, cada cual, instituir como heredero a Diego. Del mismo modo y también por testamentos separados, Juan puede instituir como heredero suyo a Pedro y éste como su heredero a Juan. La prohibición de la ley, en suma, no comprende los testamentos separados recíprocos, porque las disposiciones testamentarias de cada testamento son intelectualmente separables en actos unilaterales autónomos.

§ 1050. Testamentos separados simultáneos. -

La prohibición de la ley se limita al caso en que las disposiciones de última voluntad de dos o más personas se expresen, en unidad intelectual, en un solo testamento. Pero se acepta que cada una de esas personas, separadamente, redacte cada cual su testamento en una misma hoja de papel, uno a continuación del otro con igual fecha. Pero, bien entendido, en este caso cada testamento debe ser completo: así, si se tratara de testamentos ológrafos, cada cual debe contener la fecha y la firma del testador y cada cual ser escrito de puño y letra del autor.

§ 1051. Testamentos separados con disposiciones recíprocas y correspectivas. - Fassi destaca que, como subespecie del testamento conjunto, debe considerarse aquel en el que "cada uno de los otorgantes dispone a causa de las disposiciones de los otros, como una recíproca retribución". En tal caso no hay sólo instituciones recíprocas en testamentos separados -lo cual está permitido, como explicamos-: hay instituciones que son, cada cual, la causa de la otra recíprocamente. Así, en el ejemplo que da el mismo autor: el marido instituye herederos de la mitad de sus bienes a los parientes de su mujer, porque ésta hace lo propio y por igual motivo en favor de los parientes de su marido.

Frente a disposiciones testamentarias recíprocas y correspectivas es indiscutible pronunciarse por su validez si están contenidas en testamentos separados, ya que en ese caso no caen en la prohibición del art. 3618. Pero si uno de los testadores revocara su testamento, ¿conservarían eficacia las disposiciones contenidas en el otro? Entendemos que, en este caso, se presenta un supuesto de aplicación del art. 3832, según el cual "toda disposición testamentaria fundada en una... causa que no tiene efecto, queda sin valor alguno". Se trata de un supuesto particular de error sobre la causa de la disposición testamentaria, que provoca su anulabilidad. Sobre esto nos ocupamos en el § 1090.

§ 1052. Testamentos conjuntos otorgados en el extranjero. - Como hemos de ver oportunamente (ver § 1063), nuestro Código Civil recoge a través de diversas normas el principio *locus regit actum* en punto a la ley aplicable a las formas testamentarias (art. 3635 y siguientes). El principio, que enuncia con generalidad el art. 12 del Cód. Civil, ha sido confrontado al caso en que se pretendiese hacer valer en el país un testamento conjunto hecho por dos o más testadores de acuerdo con la ley del lugar en que ellos testaron.

Cierto sector de la doctrina ha respondido que los testamentos conjuntos otorgados en el extranjero no son válidos en nuestro país por cuanto la prohibición del art. 3618 no sólo reposa en una cuestión de forma extrínseca sino que atañe sustancialmente a la naturaleza del acto de disposición *mortis causa*, que se lo requiere unilateral para asegurar así la espontaneidad del querer y la libertad de revocar. Significaría ello, ni más ni menos, que erigir a la norma del art. 3618 en una disposición de orden público internacional, de modo que el testamento conjunto otorgado en el extranjero se encontraría alcanzado por la norma del art. 14, inc. 2o, del Cód. Civil: la aceptación

u oponibilidad de tal testamento en nuestro país se opondría con el espíritu de la legislación de nuestro Código Civil. En suma, entre las excepciones a la regla *locus regit actum* (arts. 12 y 950, Cód. Civil), se encontraría el testamento conjunto, pues la expresión de la voluntad en forma unilateral constituye una condición formal básica de un acto -el testamento- "fundamentalmente integrativo de uno de los modos instituidos para la transmisión de bienes".

No ha sido ésta, sin embargo, la tesis que ha predominado entre los autores civilistas en nuestra doctrina. Por el contrario, se ha juzgado que la prohibición del art. 3618 "constituye una condición de forma, relativa al modo de expresarse la voluntad de los testadores". Estimamos que ésta es la posición correcta porque, en efecto, lo que invalida nuestra ley no es, sustancialmente, el contenido de las disposiciones de última voluntad incluidas en el testamento conjunto -buena prueba de ello es que son válidos los testamentos separados con disposiciones recíprocas, e, incluso, correspectivas- sino la forma en que la voluntad testamentaria ha quedado manifestada. Y, tradicionalmente, aun desde la perspectiva del derecho internacional privado, se ha reconocido que la regla *locus regit actum* tiene su fundamento predominante en el interés de quienes otorgaron el acto. Por ello si se invalidara un testamento conjunto otorgado de acuerdo con la forma autorizada por la ley del lugar en que se testó, "se burlaría la voluntad del causante y se despojaría al heredero instituido de bienes que aquél quiso dejarle, sin una razón realmente convincente para llegar a un resultado tan grave".

§ 1053. Revocación unilateral del testamento conjunto otorgado en el extranjero. - Pese a lo expuesto, si cualquiera de los otorgantes del testamento conjunto lo revocase unilateralmente más tarde, aun cuando tal revocación no fuese eficaz según la ley del lugar donde se efectuó, será oponible en nuestro país. En tal caso, es de aplicación el art. 14, inc. 4o, Cód. Civil, según el cual, las leyes extranjeras no son aplicables cuando las del Código Civil, en colisión con aquéllas, fuesen más favorables a la validez de los actos. Es decir, el principio de la plena revocabilidad del testamento por acto unilateral del testador (art. 3824) tendrá, en tal supuesto, preeminencia sobre las disposiciones foráneas que pudiesen reputar ineficaz la revocación.

§ 1054. El testamento como acto personalísimo. -

En nuestra legislación, a diferencia de las Leyes de Toro, que aceptaron el testamento por comisario (contra los rígidos preceptos de las Partidas -ley XXIX, tít. IX, Partida VI-) el testamento ha sido erigido en un acto jurídico personalísimo. Dos normas, los arts. 1890 y 3619 del Cód. Civil, lo establecen categóricamente. Según el primero, "el mandato no da representación, ni se extiende a las disposiciones de última voluntad". Según el segundo, "las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador. Éste no puede delegarlas ni dar poder a otro para testar, ni dejar ninguna de sus disposiciones al arbitrio de un tercero".

La prohibición del art. 3619 comprende no sólo el testamento por apoderado, sino también el llamado testamento por nuncio, es decir aquel en que el testador delega en otra persona la facultad de realizar las disposiciones *mortis causa*. En este sentido se resolvió que era nula la cláusula testamentaria por la cual el testador dispuso que el albacea vendiese los bienes de la sucesión, pagase las deudas, y, si hubiere remanente, lo distribuyese en la forma que él creyese conveniente.

§ 1055. La forma escrita. - La definición dada por el art. 3607 comienza por señalar que el testamento es un acto escrito. Ello significa que las disposiciones de última voluntad deben estar contenidas en un documento.

La forma escrita integra, pues, el conjunto de solemnidades; pues la escritura es el requisito común a todas las formas de testar. Esto, sin embargo, no debe conducir a afirmar que para que la

voluntad testamentaria tenga efecto es menester que el documento exista materialmente al momento de la apertura de la sucesión. Ya hemos de estudiar, oportunamente (ver § 1489 y 1490) diversos casos en los que, ante la destrucción del testamento, la ley admite la prueba de su existencia.

Analizado históricamente, el testamento como acto escrito aparece por el uso de reducir a escrito la voluntad declarada oralmente. En efecto, en sus formas arcaicas (así, el testamento *ca-latis comitiis*, que se hacía ante los comicios curiados frente al *populus*, o el testamento *in procinctu*, hecho por los militares ante el ejército en armas -*procinctus est enim expeditus et armatus exercitus*-) y también en la *mancipatio familiae* y en el testamento *per aes et libram*, las disposiciones de última voluntad eran declaradas oralmente: la Ley de las XII Tablas alude, específicamente, a *lingua nuncupare*, es decir, declarar oralmente, por lengua. Sin embargo, se usaba reproducir por escrito la voluntad del disponente, manifestada de palabra. Tal reproducción se hacía en las *tabulae*.

Es interesante, observar asimismo, cómo evoluciona la forma escrita. En una primera etapa, el declarante anunciaba su voluntad ante cinco testigos, al *librepens* y al *emptor* y se reproducía su declaración en las tablas. En esta primera etapa, el testamento todavía está constituido por la declaración oral como tal -la *nuncupatio*-, y las tablas cumplían una función puramente probatoria. Más adelante se usó que el declarante escribiese él mismo sus disposiciones en las tablas y las leyese, ya que sin la *nuncupatio* las disposiciones escritas carecían de valor. Avanzando aún más en la evolución nos encontramos con la permisión dada al disponente que no quería dar a conocer el contenido de su testamento para que la *nuncupatio* quedase limitada a la declaración de que su voluntad estaba contenida en las tablas. Y es así como, finalmente -y aun cuando no desaparecieron las formas orales-, se habla de *tabulae* y de *heredes scripti* para indicar, respectivamente, el testamento y los herederos instituidos en él. De ahí en más, y ya en el derecho pretoriano, el testamento ha de redactarse por escrito en las *tabulae ceriscae* -tablas enceradas- que deben ser selladas (*obsignatio*) por los testigos -a quienes se denominará *ob-signatores*-. El edicto del pretor aludirá, pues, a las *tabulae ob-signatae* refiriéndose al testamento.

Sin embargo, las formas orales subsistieron, si bien con carácter de excepción, e incluso trascienden más tarde al derecho intermedio y al antiguo derecho español, particularmente en las Partidas (ley I, tít. I, Partida VI), rigiendo en las colonias a través de las disposiciones de la Novísima Recopilación. En algunos códigos modernos subsisten ciertas formas orales -así, en la legislación foral española- y, particularmente para el caso de testamentos en peligro de muerte, se admite el testamento oral en el Código Civil de Chile (art. 1033 y ss.), Ecuador (art. 1022 y ss.) y Colombia (art. 1092 y siguientes).

§ 1056. Ineficacia del testamento nuncupativo. - Nuestro derecho prevé tres formas ordinarias de testar: el testamento ológrafo, el testamento por acto público y el testamento cerrado (art. 3622). Estas tres formas, sobre las que nos detendremos más adelante, constituyen la recepción de formas que en esencia conoció el derecho justinianeo, que importa la culminación de la evolución operada en Roma respecto de las formas testamentarias. Es decir que no existe el llamado testamento nuncupativo o testamento oral que recogieron las Partidas y el derecho escrito del sur de Francia. Vélez Sársfield rechaza esas formas no escritas, al anotar el art. 3607 señalando que, aunque pudieren importar ciertas ventajas -dice- implican "autorizar a los moribundos a confiar sus últimas disposiciones, comúnmente muy importantes, a la in-certidumbre o la fragilidad de la memoria de los testigos, cuando sean muchas las disposiciones del testador, y a todos los peligros de la prueba testimonial". Es la solución que hoy predomina en el derecho comparado (Cód. Civil francés, art. 969; Cód. Civil italiano, arts. 600 y 619, etcétera).

§ 1057. Elcodicilo. - Tampoco se admite, en nuestro derecho, el codicilo, de origen en el derecho

romano, como acto de última voluntad que, aun cuando redactado por escrito, no estaba sometido a ninguna formalidad testamentaria, pero contenía disposiciones adicionales a un testamento anterior. Si el codicilo pudo estar justificado en Roma, al imperio del ius civile, para permitir que el ciudadano pudiese testar de hallarse en el extranjero o en provincias, donde presumiblemente no le era dado cumplir con las formas exigidas (especialmente la de testigos calificados, que requerían las formas ordinarias), no encuentra igual justificación en el derecho moderno. En nuestro derecho el testador podrá, una vez redactado su testamento, disponer por acto separado y en relación con las disposiciones de ese testamento. El acto valdrá en la medida en que, siendo compatible (conf. art. 3828), reúna las formas testamentarias.

§ 1058. Formas extraordinarias o especiales. -

Paralelamente a las formas ordinarias de testar, que están a disposición -como señala Puig Peña- de cualquier sujeto de derecho no afectado por ninguna anomalía ni objetiva ni subjetiva, el derecho argentino, siguiendo también la tradición del derecho justiniano, reconoce formas extraordinarias o testamentos especiales (art. 3672 y ss.), sobre los que también nos detendremos. Estas formas extraordinarias no son, como las ordinarias, optativas para el testador, sino que sólo puede acudir a ellas en determinadas circunstancias: es el caso de los militares en tiempo de guerra (conf. art. 3672), el de quien testa durante la navegación por mar en buque de guerra argentino (conf. art. 3679) o en los buques mercantes bajo la bandera argentina (conf. art. 3683), etcétera.

§ 1059. Completividad del testamento. ineficacia del testamento o de las disposiciones "per relationem". - En la tradición del ius civile, sobre todo mientras rigió el testamento por la mancipatio, de naturaleza verbal, las declaraciones del disponente debían ser hechas sin interrupción. Ulpiano señala: "uno con-textu actus testari oportet". Es decir, se requería la unidad del acto. La unidad del acto pasa luego al testamento escrito, considerándose que "mientras el testamento no se ha completado, el disponente puede modificar libremente lo que ya hubiera declarado; pero no es posible ninguna modificación, incluso inmediatamente .después de realizado el acto, si no está revestida de las solemnidades de un nuevo testamento".

Sin embargo, en tiempos de Augusto se permitió al testador que en su testamento confirmase las disposiciones de última voluntad, expresadas, sin las formalidades testamentarias en un documento anterior: el codicilo o codicillus. De tal suerte el testamento que se limitaba a ratificar una última voluntad expresada en un documento que no reunía las solemnidades testamentarias, constituyó lo que se dio en llamar el testamento místico -testamentum mysticum, testamento figurado o per relationem.

Como ya lo expusimos, el codicilo adquirió carta de ciudadanía, a la postre, precisamente en los casos en que quien resolvía disponer por testamento se hallaba fuera de Roma y era muy difícil, si no imposible cumplir con las formalidades testamentarias. Por eso Trebacio, a la consulta de Augusto respondió que si bien el testamento que se remitía al codicilo, según el ius civile era incompleto, sin embargo era "utilissimum et necessarium hoc civibus esse propter magnas et tongas peregrinationes".

Tales motivaciones son evidentemente arcaicas. Aceptado ampliamente el principio locus regit actum, cada derecho reconoce las formas testamentarias extranjeras. Por eso, en el derecho moderno, las normas de carácter territorial suelen exigir que el testamento sea un acto completo y que sus disposiciones no remitan a otros documentos extraños. Nuestro Código Civil, en particular, recibe esta exigencia expresamente en los arts. 3632 y 3620. Según el primero, "un escrito, aunque estuviese firmado por el testador, en el cual no anunciase sus disposiciones sino por la simple

referencia a un acto destituido de las formalidades requeridas por los testamentos, será de ningún valor". Ello significa, sin ambages, que el testamento es un acto completo en el sentido de que las disposiciones en él contenidas deben bastarse a sí mismas sin posibilidad de que se integren con declaraciones hechas antes, o que se harán después del testamento. Lo ratifica el art. 3620: "Toda disposición que, sobre institución de heredero o legados haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles privados que después de su muerte aparezcan entre los suyos o en poder de otro, será de ningún valor, si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos exigidos para el testamento ológrafo".

§ 1060. El testamento como acto formal y solemne. -

A partir de la distinción entre actos formales y no formales, la doctrina moderna distingue, entre los primeros: los actos formales de solemnidad absoluta o ad substantiam, los actos formales de solemnidad relativa y los actos formales no solemnes. En los primeros, la forma establecida por la ley tiene carácter constitutivo: no hay acto si la regla formal no es cumplida. En los segundos, la omisión de las formas dispuestas por la ley provoca que el acto no produzca sus efectos propios, pero por conversión legal produce los efectos de un acto jurídico distinto. Es el caso típico del art. 1185, Cód. Civil. Finalmente, los actos formales no solemnes son aquellos en que la exigencia de forma satisface sólo requerimientos de su prueba -los clásicos supuestos de formas ad probationem en la doctrina tradicional-. Así, v.gr., en nuestro derecho positivo son actos formales no solemnes los contratos cuyo valor supera los diez mil pesos moneda nacional, que no pueden ser probados por testigos si no existe principio de prueba por escrito (art. 1193, Cód. Civil).

Siguiendo esta clasificación no cabe duda de que el testamento es, en nuestro derecho, un acto formal solemne, de solemnidad absoluta o sustancial. Así lo establece, claramente, el art. 3632, parte la: "Las últimas voluntades no pueden ser legalmente expresadas sino por un acto revestido de las formas testamentarias". En otras palabras, las formas del testamento son constitutivas del acto mismo, por lo que "...un acto destituido de las formalidades requeridas para los testamentos, será de ningún valor" (art. 3632 in fine).

§ 1061. Opción del testador en cuanto a las formas. - Ya se ha explicado que nuestro derecho admite tres formas ordinarias de testar: la forma ológrafa, el testamento por acto notarial -testamento por acto público- y el testamento cerrado (art. 3622). Esta diversidad, tratándose de las formas ordinarias de testar, crea una verdadera opción en favor de toda persona dispuesta a redactar su testamento. De este modo la ley le permite disponer de las solemnidades, facilitando el ejercicio del derecho de testar. De ahí que el art. 3624, en términos generales, establezca: "Toda persona capaz de disponer por testamento puede testar a su elección, en una u otra de las formas ordinarias de los testamentos; pero es necesario que posea las cualidades físicas e intelectuales requeridas para aquella forma en la que quiera hacer sus disposiciones". (Sobre la capacidad para testar, ver § 1070 y siguientes.) Es importante señalar, además, que cualquiera que sea la forma elegida, goza de idéntica eficacia jurídica que las demás (conf. art. 3623).

§ 1062. Especialidad de cada forma. - Pero "la forma de una especie de testamento no puede extenderse a los testamentos de otra especie" (art. 3626). La norma consagra el principio de la especialidad de las formas. "Así, por ejemplo -señala Vélez Sársfield en la nota al artículo-, no se podrá aplicar a las firmas de los testamentos cerrados o de los testamentos ológrafos, lo que se dispone respecto a las firmas de los testamentos por acto público que pueden ser a ruego por otra persona". Ello debe entenderse, por supuesto, sin perjuicio de las solemnidades comunes. Lo que se pretende es mantener la autonomía de cada forma testamentaria "sin que sea posible mezclarlas o confundirlas, ni completar las unas por las otras".



§ 1063. Ley aplicable a las formas del testamento. - Respecto de la ley aplicable a las formas testamentarias, hay que distinguir:

a) Ley aplicable en cuanto al tiempo. El art. 3625 dispone que "la validez del testamento depende de la observancia de la ley que rija al tiempo de hacerse. Una ley posterior no trae cambio alguno, ni a favor ni en perjuicio del testamento, aunque sea dada viviendo el testador". El artículo consagra el principio *tem-pus regit actum* en cuanto a la validez.

b) Ley aplicable en cuanto al lugar. Como veremos, el Código acoge, en general, el principio *locus regit actum* (conf. art. 8o). Pero con ciertas distinciones.

1) Si se trata de testamentos otorgados en la República, "deben serlo en alguna de las formas establecidas en este Código, bien sean los testadores argentinos o extranjeros" (art. 3634). Es decir que la ley argentina no admitirá otras formas testamentarias que las autorizadas por el Código Civil, cuando el testamento sea redactado en la República, lo cual, como se ha dicho, constituye una prevención contra el testamento que pretendiese otorgarse ante las representaciones diplomáticas extranjeras.

2) Cuando se trata del testamento de un argentino que testa encontrándose en país extranjero, rige también el principio *locus regit actum*. El art. 3635 le autoriza a testar de acuerdo con las formas establecidas por la ley del país en que se halle y agrega que el testamento será siempre válido, aunque el testador vuelva a la República, y en cualquier época muera. Es claro que aquí, y de acuerdo con el artículo siguiente, el art. 3636, se presenta al argentino que testa en el extranjero una opción. Puede testar según la ley del país en que se halle (art. 3635), o puede testar por acto público o hacer testamento ológrafo o cerrado de acuerdo con la ley argentina. En caso de optar por el testamento por acto público o el cerrado actuará como oficial público el "ministro plenipotenciario del Gobierno de la República, un encargado de negocios, o un cónsul", debiendo, además, actuar como testigos dos argentinos o extranjeros, domiciliados en el lugar donde se otorga el testamento (art. 3636). Ver, sobre esto, § 1149,d.

3) Cuando se trata del extranjero que testa fuera de su país, el art. 3838 exige que el testamento sea hecho de acuerdo con las formas prescriptas por la ley del lugar en que reside, o según las formas que se observan en la Nación a que pertenezca el testador, o según las que el Cód. Civil designa como formas legales. Aquí se presenta al extranjero una triple opción reconocida por la ley argentina. Pero por extranjero debe entenderse que se trata del que se halla fuera del país al cual pertenece por su nacionalidad y no por su domicilio, pues si el extranjero se encuentra en nuestro país, regirá el art. 3634.

§ 1064. Inobservancia de las formas. Efectos. - La inobservancia de las formas de cada especie de testamento produce, en principio, su nulidad, y "la nulidad de todas las disposiciones que contiene" (art. 3630, parte la). Esta nulidad no puede ser confirmada por acto posterior, señala el art. 3629, sino por un nuevo testamento revestido de todas las formalidades requeridas para su validez que reproduzca las disposiciones contenidas en el testamento nulo por vicios de forma. Esta disposición coincide con la preceptiva del art. 3829 y responde al pensamiento predominante de la doctrina francesa que cita el codificador. Como apuntaban Aubry-Rau, sostener que se pueda confirmar, sin reproducirlas, las disposiciones que contiene un testamento nulo por sus formas, importaría admitir que se puede testar por simple referencia a un acto anterior.

Como señala Fassi, de los textos transcriptos resulta que, para la confirmación de un testamento nulo por vicio de forma, se exigirá: en primer lugar, que el testamento posterior reúna todas las formalidades de una determinada especie de testamento y, en segundo lugar, que el nuevo acto testamentario, perfecto en cuanto a su forma, contenga íntegras las disposiciones testamentarias, sin ninguna remisión al acto nulo por vicios de forma.

§ 1065. El testamento como acto de disposición patrimonial. -

La definición del art. 3607 caracteriza al testamento, además, como un acto de disposición patrimonial: mediante él, el causante "dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte". Es decir que, sustancialmente, el testamento contiene disposiciones patrimoniales de última voluntad de su autor.

Pero, por de pronto, conviene señalar que el derecho moderno no exige, como ocurría en el derecho romano, que el testamento instituya necesariamente herederos para valer como tal: sine heredis institutione, nihil in testamento scriptum valet, decía la sentencia de Modestino. Y, desde que -a la vez- tampoco rige la máxima germánica del derecho medieval según la cual seul Dieu peut faire héritiers (que conllevó a la admisión del testamento exclusivamente como un modo de beneficiar mediante liberalidades en la propia portio), resulta claro el sentido del art. 3710 del Cód. Civil: "El testador puede instituir o dejar de instituir heredero en su testamento. Si no instituye heredero, sus disposiciones deben cumplirse; y en el remanente de sus bienes se sucederá como se ordena en las sucesiones intestadas".

§ 1066. Disposiciones extrapatrimoniales que puede contener el testamento. - Sin embargo, el testamento puede contener además disposiciones de naturaleza extrapatrimonial. Así, por ejemplo, en el testamento puede el testador nombrar tutor a sus hijos menores (art. 383, Cód. Civil), o curador de los mayores que fuesen dementes o sordomudos (art. 479), disponer el destino a dar a las llamadas cosas comunes a toda la herencia, que, como sabemos, no son susceptibles de partición (art. 3473); así, su correspondencia, títulos, condecoraciones, etcétera, o acaso, disponer acerca de su cadáver (inhumación, sepultura, etcétera).

Ahora bien: las disposiciones extrapatrimoniales que contiene el testamento pueden ser disposiciones que tienen la naturaleza entre vivos y disposiciones que son, estrictamente, actos de última voluntad conforme a la distinción que ya hemos recordado (ver § 1043 y 1044), y que define el art. 947, Cód. Civil. En efecto, el reconocimiento de hijos extramatrimoniales -caso típico- puede ser hecho por testamento según lo disponen los arts. 333, Cód. Civil y 2o, inc. 3o de la ley 14.367, y ese reconocimiento es irrevocable y produce efectos desde el mismo momento en que es hecho como presupuesto para la obtención del título de estado. En este caso esa disposición, a pesar de estar contenida en un testamento, se regirá por las normas atinentes a los actos entre vivos en cuanto a su materia y a su forma. Así, v.gr., el reconocimiento contenido en un testamento nulo en razón de su forma valdrá, no obstante, pues como acto jurídico familiar no está sujeto a ninguna forma especial (art. 332, Cód. Civil). En otras palabras, la nulidad del testamento no se extenderá a la disposición que contiene un acto jurídico entre vivos que no requiere solemnidades ad substantiam.

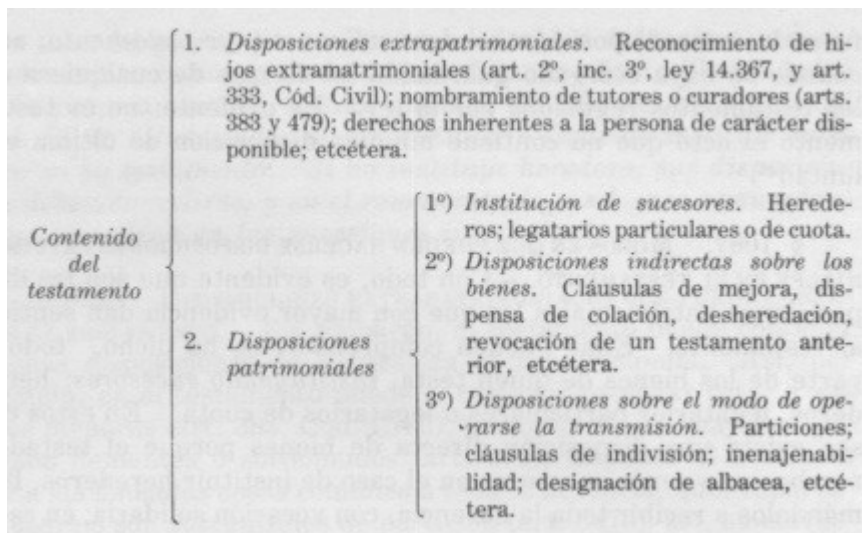
Pero si por hipótesis, el documento contuviese sólo el reconocimiento de hijos extramatrimoniales del causante -o sea, que tal fuera la única disposición- el acto no constituye testamento, aun cuando se haya otorgado guardando las formas de cualquiera de los testamentos regulados por la ley. Es evidente: no es testamento el acto que no contiene ninguna disposición de última voluntad.

§ 1067. Modos en que pueden hacerse disposiciones patrimoniales en el testamento. - Con todo, es evidente que son las disposiciones patrimoniales las que con mayor evidencia dan sentido al testamento. Ellas pueden comprender, se ha dicho, "todo o parte de los bienes de quien testa, instituyendo sucesores: herederos, legatarios particulares o legatarios de cuota. En estos casos existe una disposición directa de bienes porque el testador nombra uno o más sucesores en el caso de instituir herederos, llamándolos a recibir toda la herencia, con vocación solidaria; en caso de instituir legatarios particulares, llamándolos a recibir bienes a título singular; y, en caso de los legatarios de cuota, a suceder en una parte o porción alícuota de la herencia como contenido de la

adquisición.

A través del testamento puede disponerse indirectamente de los bienes. Así, por ejemplo, cuando el testamento imputa a la porción disponible del testador una donación hecha en vida a un heredero forzoso, a título de mejora, dispensándolo de colacionar (art. 3484); o cuando mediante la desheredación excluye a un legitimario de la sucesión (arts. 3744 y 3745); o cuando el testamento se limita a revocar uno anterior (arts. 3827 y 3828), etcétera. Finalmente, el testamento puede tener por objeto disposiciones sobre el modo de operarse la transmisión: tal, v.gr., en la partición por ascendientes (art. 3514), o a través de indivisiones impuestas a los herederos (art. 51, ley 14.394); o cláusulas de inenajenabilidad de bienes recibidos (arg. art. 2613); designación de albacea (art. 3844), etcétera.

§ 1068. Síntesis. - Lo expuesto, acerca del contenido del testamento, podemos sintetizarlo a través del cuadro sinóptico siguiente:



§ 1069. El testamento como acto revocable. -

Puesto que el testamento es un acto de última voluntad, en el sentido de que sólo adquiere eficacia después del fallecimiento del autor, constituye además un acto esencialmente revocable. La revocabilidad implica un corolario lógico del carácter mortis causa: "como se quiere disponer para después de la muerte y la voluntad no debe tener efecto antes de ese momento, no hay razón para impedir que la voluntad ya manifestada pueda ser cambiada". Y así lo señala expresamente el art. 3824: "el testamento es revocable a voluntad del testador hasta su muerte..." Sobre esto nos ocuparemos oportunamente al tratar la ineficacia del testamento.



ADVERTENCIA: El Centro de Información Jurídica en Línea (CIJUL en Línea) está inscrito en la Universidad de Costa Rica como un proyecto de acción social, cuya actividad es de extensión docente y en esta línea de trabajo responde a las consultas que hacen sus usuarios elaborando informes de investigación que son recopilaciones de información jurisprudencial, normativa y doctrinal, cuyas citas bibliográficas se encuentran al final de cada documento. Los textos transcritos son responsabilidad de sus autores y no necesariamente reflejan el pensamiento del Centro. CIJUL en Línea, dentro del marco normativo de los usos según el artículo 9 inciso 2 del Convenio de Berna, realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley N° 6683 (Ley de Derechos de Autor y Conexos); reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley N° 6683. Para tener acceso a los servicios que brinda el CIJUL en Línea, el usuario(a) declara expresamente que conoce y acepta las restricciones existentes sobre el uso de las obras ofrecidas por el CIJUL en Línea, para lo cual se compromete a citar el nombre del autor, el título de la obra y la fuente original y la digital completa, en caso de utilizar el material indicado.

- 1 Biondi, B. (1960). Sucesión testamentaria y donación. Segunda edición revisada. Casa editorial Bosch. Barcelona, España. Pp. 3-14.
- 2 Vargas Soto, F. L. (2007). Manual de derecho sucesorio costarricense. Quinta Edición. Primera reimpresión. Editorial Juricentro. San José, Costa Rica. Pp. 121-139.
- 3 Goyena Copello, H. R. (1974). Tratado del Derecho de Sucesión. Tomo II(Las formas de suceder). Editorial La Ley. Buenos Aires. Argentina. Pp. 13-20.
- 4 Fassi, S. C. (1970). Tratado de los testamentos. Volumen I. Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos. Buenos Aires. Argentina. Pp. 166-193.
- 5 Zannoni, E. A. (1983). Derecho de las sucesiones. Tomo II. Tercera Edición ampliada y actualizada. Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma. Buenos Aires. Argentina. Pp. 279-300.