

# Nulidad de testamento

Nuestros lectores no dejarán de encontrar interesante el fallo de la Cámara civil primera de Buenos Aires, extractado a continuación, cuyo contenido, al mismo tiempo que pone de relieve la peculiar estructura de las sentencias argentinas, resuelve cuestiones vivamente discutidas en la actualidad por los letrados españoles.

Don A y otros, herederos legítimos de B, entablan demanda por nulidad del testamento del causante, y como consecuencia, deducen acción de petición de herencia contra C, manifestando expresamente que dejan a salvo el reconocimiento que formulan de los derechos de los demandados a concurrir con sus hermanos y sobrinos, representantes de los hermanos muertos, a la herencia legítima del causante B.

La acción de nulidad del testamento la fundan en la incapacidad de B, en el momento en que otorgó su testamento, alegando que no se hallaba en el goce de sus facultades mentales.

Agregan, además, que los testigos que suscriben el testamento no han podido hacerlo en razón de hallarse comprendidos en la incapacidad a que se refiere el artículo 3.707 del Código civil, desde que son dependientes de la oficina del escribano otorgante.

Los demandados niegan categóricamente la verdad de todos los hechos en que se funda la demanda, cuya improcedencia piden se declare con especial imposición de costas.

El juez rechaza en todas sus partes la demanda e impone las costas del juicio a los actores y éstos recurren en apelación.

Para el estudio de esta «litis» deben separarse las dos cuestiones que se formulan en la demanda y sirven de fundamento a la acción, y que están expresadas sintéticamente en los dos párrafos del escrito en que se deduce la demanda :

Primero. El causante no se encontraba en el goce de sus facultades mentales cuando a las cinco de la tarde del mismo día en que falleció se presentaron el escribano autorizante y los testigos del testamento en la casa del moribundo B; la obnubilación de sus facultades era tal y carecía del discernimiento, voluntad y libertad necesarias para otorgar su testamento.

Segundo. Los testigos que suscriben el testamento no han podido hacerlo en virtud de la incapacidad expresada por el artículo 3.707 del Código civil, segundo supuesto, porque son dependientes de la oficina del escribano otorgante.

En cuanto a la primer cuestión, corresponde a los actores la prueba de su afirmación, destruyendo el supuesto de que parte la ley: la capacidad del sujeto que es la regla para llegar a la declaración de la pretendida incapacidad que para la ley es la excepción.

El testamento cuya validez se discute ha sido otorgado por acto público, y no existe en el mismo antecedente alguno que lleve por sí sólo a la comprobación de la incapacidad del testador, porque el hecho constatado en el mismo de no haber podido firmar el causante y los dos trazados que aparecen dibujados por él, esforzándose por poner su firma, han sido invocados por ambas partes y por los mismos peritos para apoyar tanto una tesis como la otra, y carece de los elementos inequívocos de convicción necesarios para llegar a una u otra conclusión.

En tal situación, para juzgar del estado mental del testador se hace necesario investigar y analizar las palabras pronunciadas por el mismo en los momentos próximos a la confección del testamento, que es en el que ha debido gozar de la integridad de sus facultades mentales, sus actos, su estado de salud, etc., para apoyar la decisión en hechos ciertos y no en conjeturas más o menos antojadizas.

La parte actora ha debido, pues, demostrar que el causante no era capaz de tener voluntad o de manifestarla; que carecía en todo o en parte de inteligencia y de voluntad; que no era capaz de comprender y querer.

El fiscal admite que, en principio, para testar, se requiere una prudencia menos equívoca, una razón más clara y una voluntad más firme en el otorgante que para obligarse con un contrato

(D'Aguesscau), pero que para destruir el principio jurídico de la suposición de la capacidad, para dejar sin valor las disposiciones de última voluntad, en cuya respetabilidad está en principio interesado el orden público cuando el acto llena las formalidades y exigencias de la ley establecidas para asegurar su autenticidad, la facultad de los jueces, que es soberana para apreciar la pertinencia, la gravedad y veracidad de los hechos articulados, para establecer que el autor de sus disposiciones a título gratuito no estaba en su sano juicio, debe ser ejercitada con una gran circunspección al admitir en su investigación la prueba testimonial de semejantes hechos, cuando ello no resulta ni del acto mismo atacado, ni de las propias circunstancias ciertas o de indicios que lo hagan verosímil (Aubry y Rau).

El causante B falleció el día 5 de abril de 1923, a las veintitrés, de mediastinitis séptica, y el mismo día, a las diez y siete, otorgó testamento en su casa por acto público, ante el escribano D. Patricio Harrington, en el cual consta que intentó dos veces poner su firma sin conseguirlo, dejando de ello el resultado de su esfuerzo, y que según constancias del mismo, no pudiendo firmar pidió y autorizó a uno de los testigos para que lo hiciera en su nombre, y así se hizo.

Los actores alegan la invalidez del testamento, afirmando que el testador no estaba en la integridad de sus facultades mentales.

Aparte la afirmación hecha por el escribano autorizante en el encabezamiento del testamento de que «el enfermo está en el pleno uso y goce de sus facultades mentales», porque no está autorizado en sus funciones para decidir al respecto, y aunque resulta del propio testamento por actos pasados en presencia del escribano y testigos que el causante dictó a aquél de viva voz las instrucciones precisas para su testamento, que estarían demostrando la capacidad intelectual del mismo, puesta ahora en duda, no la tomó tampoco en consideración, ya que en principio, habiéndose dicho de falsedad del instrumento público, no debe admitirse en términos absolutos que su contenido haga plena fe.

Para probar la incapacidad del testador se ha producido prueba testimonial y pericial.

El fiscal manifiesta que no ha encontrado en los autos ninguna prueba suficiente por sí sola para llevarle a la convicción de la

incapacidad mental de B, al tiempo de testar, y que estudiado el conjunto de la prueba y apreciada sea con simple criterio profano estrictamente jurídico, llega igualmente a la conclusión tranquila, segura y sincera de que B dictó su última voluntad en perfecto estado de conciencia y en la plenitud de goce de sus facultades mentales, y agrega que si en algún momento ha tenido dudas al respecto, ha sido menos por los elementos de convicción contradictorios que por efecto de la erudicción del letrado de la parte actora y de la influencia y autoridad de su palabra.

Si se observan y analizan las declaraciones de los testigos, se encontrará que, con excepción de la del doctor Castex y la de la enfermera llevada por el mismo, todas las demás están contestes en afirmar, dando antecedentes que han de servir para apoyar una convicción, que el uso de las facultades mentales no faltó en ningún momento al causante el día que testó, que fué el de su fallecimiento.

El doctor Castex declara que el día que B testó vió al enfermo a las cuatro y media o cinco menos cuarto de la tarde, encontrándolo en un estado de extrema gravedad, por lo que llamó afuera de la habitación a D. Bernardo Duggan y a D. Lorenzo Torres, y les manifestó que el estado del enfermo era gravísimo, que tenía su inteligencia completamente nublada por su enfermedad y por una inyección de eukodal de un centímetro cúbico que se le había hecho, y que en esas condiciones podía vivir horas como podía morir en cualquier momento, y agrega que cuando volvió a ver de veinte a veintiuna horas estaba ya en estado preagónico.

En análogo sentido, pero con diferencias de detalles, se expresa también la enfermera María Walmer.

El fiscal, como el juez, estiman que este testigo no es convincente, por limitar su declaración a simples afirmaciones sin expresar los razonamientos en que se apoya y no tener otra confirmación que el testimonio de la enfermera, contra la mayoría de los testigos que la contradicen.

Todos los testigos han hecho referencia y repetido las palabras con que contestaba B a las preguntas que se le formulaban; ninguna de estas contestaciones revelan perturbaciones mentales, y el mismo doctor Castex admite que el enfermo respondía a las

preguntas, aunque agrega que lo hacía como todo enfermo que tiene su inteligencia nublada.

El fiscal descarta como un hecho probado, y sobre el cual no cabe discusión posible, que el señor B, el día que otorgó su testamento, y hasta algunas horas después de hacerlo, contestaba con acierto todas las preguntas que se le formulaban, no demostrando en sus respuestas ninguna confusión, ni alteración de su inteligencia, sino que, a juzgar por la forma en que se expresó en todas las oportunidades que mencionan los testigos en sus declaraciones, repitiendo las frases pronunciadas por aquél, en el momento de otorgar su testamento, antes y después de hacerlo, revelan manifestamente que B no tenía ninguna incapacidad, de la naturaleza de que se pretende, que pudiera impedirle expresar válidamente su voluntad en la forma que lo hizo.

Es verdad que existen dos «garabatos» en el texto del testamento, que fueron hechos por B al pretender firmar, y que a «prima facie» y aisladamente impresionan desfavorablemente.

Pero el estudio correlacionado de los elementos de prueba acumulados en autos, confirmados por el estudio «médicolegal» del doctor Escalier, pone de manifiesto la existencia en el testador de una incapacidad de orden muy distinto al invocado y que tiene en la ley el recurso para salvarla, que ha sido utilizado en este caso por el causante ante oficial público y testigos que concurrieron al acto, como resulta del texto del mismo.

Es necesario distinguir la capacidad interior (la del espíritu) de la capacidad exterior (la del cuerpo); estas últimas son simples impedimentos materiales que no constituyen ninguna incapacidad propiamente dicha, ni de derecho, ni de hecho (Demolombe, número 352, tomo 18), y esa ha sido en realidad la incapacidad, o mejor dicho, el impedimento material que no pudo vencer el testador cuando quiso, por su propia voluntad, suscribir sus disposiciones testamentarias.

La pericia, que deberá ser apreciada con el criterio que autoriza el artículo 26 de la ley número 4.128, carece en primer lugar de la eficacia que habría que reconocerle si ella fuese el resultado de una observación directa de la cosa o persona sometida a su estudio y análisis, pero en situaciones como la presente, el trabajo y el estudio tienen que ser necesariamente retrospectivos, y no

tienen más elemento de juicio que los antecedentes que hayan podido recoger de las mismas partes o de los que obran en los autos. Su eficacia como prueba pericial queda en esas condiciones evidentemente disminuída.

Los puntos de vista en que se ha colocado el fiscal para el estudio de esta causa coinciden con los que desarrolla el perito doctor José María Escalier, quien, para analizar la capacidad intelectual del testador en el acto de firmar el documento que expresa su última voluntad, considera necesario hacer un estudio cuidadoso de los antecedentes personales del sujeto, de la evolución de su última enfermedad, de los hechos efectuados por él y de las palabras que pronunció en el momento de testar, y después de haberlo, llega a la conclusión de que no habiendo existido en ese momento ninguna complicación que afectara el cerebro sano del paciente, ni delirio, ni estado agónico, su capacidad intelectual tenía que ser suficiente para comprender y ratificar lo que había pensado y dispuesto anteriormente.

Afirma el doctor Escalier que en la bronquitis capilar y edema pulmonar, que fueron las complicaciones que determinaron la muerte de B, las facultades mentales no se alteran hasta el momento mismo de la muerte, porque el final, muy rápido, se produce por asfixia o por síncope. Niega los pretendidos efectos de la inyección de eukodal, y sostiene que en la proporción de un centímetro cúbico que le fué recetada, es incapaz de producir un estado de obnubilación, ni inconsciencia, sino, por el contrario, una disminución de la fatiga y del malestar beneficiando el estado mental del enfermo.

Hace una referencia a la declaración del doctor Castex, que aceptó de la posibilidad de que el enfermo hubiera podido constatar en forma precisa una pregunta que le formulara la señora Hope en su presencia a las cuatro y media de la tarde del día de su fallecimiento, y que el doctor Castex atribuía a una reacción del enfermo, ante la autoridad y confianza que él le inspiraba, y de ello deduce el doctor Escalier que debía también admitirse en todo caso que el enfermo debió tener también poco tiempo después la misma capacidad de reacción frente al escribano que le traía su testamento, tan deseado por él, y cuyo contenido había dado por la mañana.

En lo que respecta a los garabatos hechos por B al querer firmar, lejos de considerarlos como una prueba negativa, lo estima como un esfuerzo de la voluntad del testador al querer firmar sin conseguirlo, no por falta de idea, sino de capacidad física para hacerlo. Las perturbaciones de la escritura, cuando son de orden mental, dependen generalmente de un estado de afasia o de agraphia motivada por alteraciones corticales o subcorticales, que frecuentemente afectan todos los medios de expresión del lenguaje, y en el caso de B está probado que podía hablar correctamente.

Segundo. La segunda causal alegada por los actores para sostener la invalidez del testamento es la de ser los testigos del acto dependientes de la oficina del escribano otorgante.

Efectivamente, el artículo 3.707 del Código civil declara la incapacidad de los dependientes de la oficina del escribano para ser testigos de los testamentos. Analizada con detenimiento la abundante prueba producida por los actores, si bien se observa de ella la vinculación y amistad continua y de muchos años existente entre los testigos y el escribano, que se ha traducido en servicios recíprocos, que se encarga la parte actora de mencionar en detalle en sus escritos de alegatos y expresión de agravios, no se encuentra verdaderamente que resulte de ninguno de ellos ni de su conjunto la relación de dependencia de los testigos con respecto al escribano bajo ningún punto de vista, y menos aun en el concepto que lo contempla la citada disposición de la ley.

Por estas consideraciones, por las que hace el juez en su sentencia y las que invocan los demandados en su alegato de bien probado y contestando la expresión de agravios, el fiscal es de opinión que debe rechazarse la nulidad del testamento de B, confirmando la sentencia apelada.

*Sentencia.*—¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

El vocal, doctor Sayanca, expuso que este litigio son sólo cuestiones de hecho. La ley es tan clara al respecto, tan precisas las disposiciones que rigen el caso, que nada ha habido que discutir, y no se ha discutido, sobre su alcance; para poder testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón, lo que la ley presume mientras no se pruebe lo contrario, y al que pidiese la nulidad del testamento le incumbe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones (artículos 3.615

y 3.616 del Código civil); en los testamentos por acto público no pueden ser testigos, entre otros, los dependientes de la oficina del escribano, y la incapacidad tampoco se presume y debe probarla el que funde su acción en ella (artículos 3.696 y 3.707).

Y después de analizar la prueba aportada, se pronuncia por la confirmación del fallo apelado, excepto en la condena de costas.

En el mismo sentido vota el vocal doctor Pera.

El vocal doctor Colmo, dijo:

«Convencido, como siempre, de que un pleito no es un silogismo jurídico ni un artificio dialéctico de principios legales, o, en su caso, de doctrinas médicas, sino una objetiva realidad de intereses a desechar o amparar, empiezo por trazarme la realidad subyacente.

El causante fallece soltero y sin descendencia natural. Tiene seis hermanos, algunos de ellos premuertos, pero con legítima descendencia directa. Por ley natural, dentro de nuestros sentimientos y costumbres, que en el caso está interpretada por la ley civil, deben heredarle esos hermanos, o lo que es igual, los hermanos sobrevivientes y los sucesores de los premuertos. Para que así no ocurra es indispensable: o un testamento que excluya a ciertos hermanos, o un juicio de indignidad. Lo último debe ser descartado: nadie lo articula. Sólo queda así lo primero: el testamento. Pero éste requiere una condición indispensable: que sea legalmente categórico e indubitable. Cuando tal no ocurra, cuando surjan dudas acerca de esa validez meridiana, el principio de que las nulidades son odiosas y deben ser interpretadas restrictivamente, cede ante otro superior: la igualdad de los derechos hereditarios, la unidad de la familia, el recuerdo del causante, que no hay por qué librar al agravio y acaso a la maldición, el respeto de leyes civiles y naturales que son expresión y prenda de sentimientos, afectos e intereses familiares; todo ha de concurrir para que el testamento dudoso y sin explicación cabal no deba constar y sea puesto de lado.

En el supuesto de autos, la validez del testamento implicaría la sucesión hereditaria en favor de tres de los seis hermanos, sobre todo de uno de ellos. Es el principio del resquemor y de lo disolvente. Su invalidez dejaría a los seis hermanos en el mismo pie, a menos que entonces surgiera el testamento que en copia simple



se tiene a fs. 382. Aun así, la disensión no existiría, o se reduciría a un mínimo despreciable. Por él uno de los hermanos resultaría mejorado en las haciendas de dos estancias. Fuera de ello, todos concurrirían sobre el resto, que es lo más importante, con derechos parejos.

Con ese punto de vista básico entro a estudiar este complejo asunto: si el testamento no me ofrece la prueba de una paladina voluntad psicológica y legal, habré de votar no precisamente en favor de quienes van a perder, económicamente hablando, en vez de hacerlo en pro de quienes a lo sumo si dejarían de ganar sin perder nada, sino en beneficio de la unión familiar, del buen recuerdo del testador, y, lo que es más decisivo, en homenaje a la presunta voluntad de este último.

Me encuentro, desde luego, con lo singular de un testamento familiarmente anormal efectuado pocas horas antes de morir. Si el testador tenía agravios contra algunos hermanos o sobrinos, habría contado con tiempo sobrado para testar en oportunidad adecuada. De tiempo atrás minaba su existencia la enfermedad que terminó con su vida. Por mucho que se le pudiera ocultar la verdad, los síntomas de aquélla no dejan duda a nadie, y mucho menos a un hombre culto como el causante, acerca de su carácter. Lo acreditaría la circunstancia de que el mismo causante otorgara el documento de fs. 19 en previsión de su muerte, más de cuatro años antes del testamento impugnado. Y lo pondría a la evidencia el testamento de fs. 382, en caso de resultar auténtico, como todo parece indicarlo, otorgado apenas dos años y medio antes que aquel otro.

El causante era, pues, un hombre previsor. No hallo así ninguna explicación adecuada de tal circunstancia. Y la encuentro tanto menos cuanto que las únicas diferencias alegadas en juicio entre él y los actores, contenidas en preguntas hechas a los testigos de fs. 384 y 401 v., se remontan a 1920 y a 1922, vale decir, a época anterior en largos meses al fallecimiento. Una exclusión tan absoluta y violenta debiera contar con justificación. No se deshereda a hermanos y sobrinos sino por motivos intensos, que vayan a lo directo y hondo del vínculo familiar. Y aquí no habría otro factor que éste: el causante se habría resentido con los actores porque algunos de éstos guardaron poco luto por la muerte de

su abuela y madre de aquél, y aun por la muerte de la madre de ellos mismos. Sin contar que nada consta al respecto acerca de otros actores excluidos. Lo segundo debe ser puesto de lado: el causante no podía fundar agravio en relaciones que no le concernían. Y lo primero es una insignificancia: aun cuando estuviera probado con las posiciones de fs. 421, y no lo está, no habría allí nada de personal y fuerte como para autorizar la exclusión. Ello tanto más cuanto que las relaciones entre los actores y el causante fueron siempre «buenas» (fs. 384 v.), y cuanto que los dos testigos citados reconocen que los actores visitaron al causante más de una vez durante la última enfermedad.

Repito que tal circunstancia me llama mucho la atención. Esperarse a última hora para testar en esa forma disolvente de vínculos familiares, sin antecedente ni motivo que justifique lo violento de la situación que así se crea, no es mostrar una voluntad normal ni categórica. Un testamento, lo propio que un contrato y cualquier manifestación de voluntad, no es nada de por sí. Como todo en derecho, responde a factores y tiende a fines u objetivos. Cuando sus disposiciones escritas resultan en pugna contra los elementos de hecho que le dan pie, cuando no interpretan la realidad a que deben corresponder, hay fundamento para dudar acerca de su eficiencia y para reconocerle validez.

La convicción se afirma y robustece tan pronto como se analiza el testamento a la luz de los estrictos principios legales que deben regirlo.

Ante todo, un testamento debe ser otorgado por persona «en su perfecta razón» (artículos 3.615 y 3.616 del Código civil). En parte alguna ha empleado el código una expresión tan enérgica acerca de la capacidad psicológica en punto a manifestaciones de voluntad. Los contratos, y las mismas donaciones, quedan sujetos a los principios comunes: basta lo ordinario de la usual intención, discernimiento y voluntad. Es que el testamento es acto que va a surtir efectos después de la muerte. No hay como preverlo. No hay como analizar lo psicológico sino dentro del mismo. El testador ha desaparecido, y mal podría establecerse comparaciones entre lo pasado y lo actual. Además, es acto gratuito, cuya interpretación restrictiva es de principio. De ahí las expresiones del codi-

ficador en la nota al artículo 3.615: «el ejercicio de las facultades intelectuales debe exigirse con más rigor en las disposiciones gratuitas que en los actos a título oneroso».

La razón ha de ser «perfecta». La intención, el discernimiento y la voluntad deben ser pristinas, mostrarse en su plenitud, no dejar la más leve duda acerca de su limpidez espiritual. Por lo mismo, la duda que pueda surgir tiene que inclinar la interpretación en el sentido de la invalidez, vale decir, en el sentido de la normalidad. El testamento rompe la normalidad, entraña una derogación de lo común. Destruye, total o parcialmente, los principios legales que regimentan esa materia tan importante de la institución familiar, que es de orden público, según puede verse en obras modernas sobre la familia, como la de Cicu o el tomo V del tratado de Stolfi, y constituye una grave excepción de derechos privados con relación a derechos colectivos y superiores. Por eso la ley autoriza la prueba de que el testador no se hallaba en «perfecta» o «completa» razón. Acreditado eso, y aun cuando se justificara que aquél discernía en alguna medida, el testamento debe caducar. Podrá el testador haber querido y dicho algo. Si no lo quiere y dice con cabal lucidez reveladora de una razón «completa» o «perfecta», no hay voluntad testamentaria, y el retorno al derecho común tiene que imponerse.

Pues bien; la voluntad del testador falla aquí a cartas vistas. Nadie más autorizado para juzgar el efecto que el médico que le asistía. Este depone a fs. 160 v. Y lo hace en forma concluyente. Desde la víspera del fallecimiento, el causante se hallaba en un estado de «suma gravedad», cosa que repite el cirujano consultado (fs. 131 v.), y en la tarde del día del mismo, una hora antes de testar, la complicación de la enfermedad era tan intensa por el efecto de la inyección de eukodal suministrada minutos antes, y sobre todo, por razón de la bronquitis séptica e intoxicante al perforarse el esófago, que la inteligencia del mismo estaba «nublada» y en condiciones de no traducir la conciencia ni, mucho menos, una voluntad testamentaria. Y todo esto lo corrobora la enfermera que le asistía (folio 148 v.). Podrá no ser ésta una persona con título universitario, pero por su experiencia, por su permanente contacto con el enfermo desde días antes, estaba en cabales condiciones para apreciar el grado de lucidez mental de aquél. Por lo

mismo, su testimonio debe ser aceptado como corroborante del más autorizado de dicho facultativo.

Bien me consta, a propósito, que así podría quedar librada la validez de cualquier testamento a la declaración del médico de cabecera. Pero no se observaría varias cosas : primero, se trata de una autoridad profesional y social de la más elevada consideración ; segundo, el médico es pariente de una de las herederas instituidas (folio 163 v.) ; tercero, la declaración del mismo está reforzada por varias otras como las citadas y las que indicaré a continuación, y se armoniza con diversas probanzas de que haré mérito más adelante.

Ante ello, dicen bien poco las manifestaciones de diversos testigos acerca de la capacidad psicológica del testador que hasta merecen desestimación inmediata. Los profanos como ellos, y son los de folios 384, 395 v. y 401 v., no están ni pueden estar en condiciones de apreciarla. Cinco, diez testigos, no pueden valer, en principio, un médico. Ello sin contar varias circunstancias : primero, de esos testigos, el primero y el tercero no pueden ser considerados, pues están afectados por tachas plenamente legales formuladas en el acto de sus declaraciones y acreditadas por éstas mismas, ya como dependientes del principal favorecido como heredero, ya como parte en el testamento que beneficia a la segunda ; segundo, aun cuando se las admitiera, sus afirmaciones según las cuales el causante contestó a preguntas que le hiciera el médico en la visita efectuada por éste en la tarde del último día y aun en la que le hizo al anochecer, así como la que dió en presencia del sacerdote que le suministró la extremaunción, no acreditan la capacidad testamentaria de la «perfecta» razón legal y dan apoyo a la afirmación del médico de cabecera, según el cual, la inteligencia no estaba perdida, sino «nublada», lo que permite reacciones momentáneas y esporádicas, y nunca la tensión mental de los tres cuartos de hora que ha supuesto la confección del testamento, según las declaraciones de folios 120 v., 123 v., 147 v., 148 v., 180 v., 384 v. y 401 v.

El asunto se aclara del todo si se atiende a dos órdenes principales de circunstancias.

Desde luego, la concerniente a la firma del testamento (folios 155 a 157). El testador no pudo firmar. Invitado a efectuarlo, in-

tentó dos veces. En ambas se tuvo el resultado que revelan las fotografías: una serie de líneas entrecortadas y sin sentido, en las cuales apenas si es posible adivinar alguna letra, como la g. Tan fuerte era la deficiencia, que fué menester la firma a ruego de uno de los testigos, para lo cual se hizo constar el hecho a continuación de ese amago de firma.

Cierto que se insiste en que ello es prueba de voluntad. Pero, a mi juicio, no se lo interpreta bien. Es prueba de voluntad, pero nadie en el mundo podría afirmar que es prueba de voluntad testamentaria. El testador quiso firmar, sin duda alguna. Qué quiso firmar, nadie lo sabe. También es voluntad, en comparación apenas aproximada, pero gráfica, la de quien roba o mata, pero no es voluntad legal. También es voluntad la del demente, la del sonámbulo, la del ebrio, la del sugestionado. Pero todas esas voluntades distan leguas de la voluntad legal. El testador permanecía bajo la sugestión de su idea de la mañana, cuando dió sus instrucciones al escribano. Y toda sugestión sigue obrando aún por la vía subconsciente. Agréguese a tal sugestión: la entrevista con el escribano frente a los testigos, la colocación de la lapicera en su mano, el pedido de que firmase, el acto de hacerle sentar en la cama al efecto, la colocación del correspondiente cuaderno en su falda o sobre sus rodillas, etc., y se comprenderá que el dominio sugestivo se vuelve tanto más intenso cuanto mayor es la depresión consciente. Quiso firmar, es indudable, pero ninguno puede asegurar que quiso firmar un testamento, «su» testamento. Quiso firmar ahí como hubiera firmado cualquier otro documento, aun en blanco, porque todo indicaba a su espíritu decaído que debía firmar.

Aunque se arguya, como se hace, que la firma trasunta una mera incapacidad física o fisiológica, que no invalida ningún testamento, pues se tiene a continuación la firma válida hecha a ruego, nada se logra. Eso es un simple decir. Según las personas presentes, escribano y testigos, no pudo firmar por lo incómodo de la posición. Quedó el causante sentado o reclinado sobre almohadones púestos al efecto, y escribía sobre sus faldas o rodillas y sin punto de apoyo, al extremo de que según el testigo más importante, el que firma a ruego, parecía como apoyarse sobre las puntas de la misma pluma. Bien fácil es replicar: 1.º, la posición del sentado o reclinado en cama no es la posición del sentado a una mesa o escritorio, pero no

es posición que imposibilite ninguna firma, como en el caso, sino a lo sumo que la haga menos firme y recta ; 2.º, llama extraordinariamente la atención que no hubiera en la casa una carpeta o una simple tabla que sobre las piernas del causante hiciera las veces de mesa y soporte ; 3.º, los rasgos de la amagada firma acusan cualquier cosa menos la presión de la mano sobre las puntas de la pluma, pues de tal suerte habría borrones, rasgaduras, etc., siendo así que todos los rasgos son delicados y de presión normal, pues los aparentes borrones no son otra cosa que efecto del cruce repetido de varios de ellos por un mismo punto.

De ahí la conclusión inmediata : el amago de firma no acusa un defecto fisiológico de temblor del pulso, sino una falla central, cerebral, medular si se quiere, que impedía, por deficiencias del centro nervioso, la necesaria coordinación de movimientos, la representación mental que acomodara la voluntad con la intención.

Esto, que es razonamiento de profano, tiene corroboración plena en las pericias de fs. 261, 267 y 272.

Digo corroboración plena, con toda intención. Por mucho que la segunda de tales pericias sea adversa a la tesis que sostengo, basta leerla para ver que parte de bases de hecho y de derecho sin ninguna virtualidad y que le sustraen fundamento y autoridad. Hace decir al médico de cabecera lo que éste no dijo (fs. 164 v. y 165). Se apoya el testimonio, que no consta en autos, de una de las favorecidas por el testamento, acerca de las contestaciones que diera el causante a preguntas héchales una hora antes de testar. Y sostiene que si es indispensable la plena capacidad para dar instrucciones sobre un testamento, esa plena capacidad ya no es necesaria cuando se trata de ratificar lo hecho en virtud de tales instrucciones. Será ello posible en tesis general. No me atrevo a discutir con un médico sobre un punto que no es de mi competencia. Pero en cambio ese médico no podría discutir conmigo lo jurídico del asunto, en que me permito tener mayor competencia que él. Precisamente en el momento de testar es cuando por nuestro código, y por todos los códigos, se requiere la plena capacidad, la «perfecta» o «completa» razón de que ya tengo hecho mérito. Es entonces cuando surge el testamento, no en el momento de dar instrucciones al escribano. Esto sería dar validez al testamento verbal o nuncupativo explícitamente fulminado por nuestra ley. Hay testamento en el testamento formal, nunca en

las instrucciones previas. Y en ese momento del verdadero testamento, del único testamento que puede contar, el mismo perito reconoce que la capacidad del causante estaba aminorada. No se requiere más para que no exista la perfecta razón del código, y para que así no haya testamento válido.

Y las otras dos pericias resultan categóricas y concluyentes. Según el primero de los dos peritos (fs. 262), en un caso de inhibición funcional, como la del causante a firmar, las órdenes de los centros cerebrales llegan debilitadas, irregulares, incoordinadas, a los centros psicomotores, que así no pueden ajustarse a órdenes contradictorias, débiles y cambiantes, o, lo que es igual, la autointoxicación producida por la complicación bronquial o pulmonar sobrevenida, afecta a los centros superiores y produce la «desorganización física y mental» consiguiente; de ahí que para él no estuviera el causante «en el pleno uso de sus facultades mentales» al testar y al firmar. Y según el segundo (fs. 275), el amago de firma prueba «imposibilidad de escribir, no por impedimento motor, sino por desaparición de las imágenes verbográficas», y los rasgos trazados resultan «demostración evidente de la alteración funcional de los centros de la ideación lo que equivale a decir que el testador no estaba en el uso de sus facultades mentales».

Nada habría de más meridiano. Ello tanto más cuanto que las dos pericias emanan de cabales autoridades especialistas y clínicas en nuestro medio, que han cimentado su ganada reputación en tareas exclusivamente médicas y científicas. No tienen aquéllas una sola expresión de duda o de criterio no firme. Son, repito, categóricas, y por eso concluyentes.

Aquí podría dar por terminada mi exposición y análisis. Para mí el testamento no ha sido otorgado por persona legalmente capaz, y así me resulta esencial y radicalmente nulo. Pero como es también posible no se acepte ese punto de vista, me creo obligado a descender al estudio de los puntos restantes, por mucho que en algún caso sean ellos de importancia hasta nimia.

Ya he dicho que no entrañan valor legal las contestaciones aisladas y hasta monosilábicas que el causante pueda haber dado en la tarde del día del fallecimiento, según resultaría de lo declarado por los testigos testamentarios de fs. 174 v. y 180 v., durante el acto del testamento y por el sacerdote que suministró al causante la extre-

maunción unas cuatro horas antes de morir. Los dos testigos de folios 384 y 401 v., no pueden ser admitidos, pues son legalmente tachables y han sido oportunamente tachados. Aquéllos se refieren a manifestaciones fatigosas y entrecortadas que el causante hizo al escribirlo. El sacerdote manifiesta que el principal beneficiario del testamento preguntó al causante en el acto de la extramaunción cómo seguía, a lo que éste contestó «ahí vamos no más», y expresa que ante su pregunta de si se arrepentía de sus pecados el causante le contestó con una «mirada afirmativa».

Todo es bien poco ante lo que surge de las pericias. Y lo es menos ante un dato de elemental psicología. La disolución de la personalidad y la conciencia en estados progresivos como el de la preagonía, no es inmediata. Se efectúan progresivamente: de lo más espiritual a lo menos espiritual, de lo más reciente a lo más antiguo, de los más adventicio a lo más habitual. Cabe responder a preguntas usuales, que van a lo que más perdura en el cerebro y la conciencia. Pero otra cosa ocurre cuando juega una situación tan nueva como un testamento, que sobre ser un acto de toda solemnidad y de larga e intensa fuerza mental, envuelve asuntos espirituales en alto grado, ya de orden jurídico, económico y familiar, como de orden cuantitativo y numérico o proporcional, todo en adecuada subordinación y organismo, que es la definición de la plenitud de la conciencia. Cabe contestar sobre la salud como es dable reconocer a un hermano: todo entra en lo más íntimo, casi en lo orgánico o constitutivo de la conciencia, o en lo que se pierde con los últimos destellos del espíritu. Pero organizar un pensamiento jurídico, establecer una proporcionalidad de herencias y legados y mantener la mentalidad durante casi una hora en asuntos así, no es nada propio de un causante intoxicado y a pocas horas de su muerte.

También cumple agregar que las citadas pericias ofrecen esta otra ventaja: la del tercero, que es la más autorizada, por ser de emanación exclusivamente judicial, y en el caso por corresponder a uno de los más elevados exponentes de nuestra ciencia médica, está decididamente en contra de la capacidad del testador.

En cuanto a los requisitos formales del testamento habría no poco que decir.

Desde luego, no tomaré en cuenta las declaraciones testimoniales de los que lo han afirmado. Aunque ellas no concuerden en mu-



chos sentidos (hora de la llegada, duración del acto, personas presentes, si fué dictado o si mediaron apuntes escritos, si el testador pidió que alguien firmara a su ruego o si esto le fué indicado por el escribano, si el testador fué o no ayudado a incorporarse en la cama a los efectos de la firma, etc.), no pueden legalmente deponer en contra de lo que surge del testamento (art. 992, Código civil).

Pero es dable apreciar la realidad según las constancias del testamento mismo. Aun admitiendo el máximo de tiempo de duración tres cuartos de hora, un testamento de cinco carillas, con nueve disposiciones tan esencialmente distintas y con referencias tan precisas a bienes, ubicación, dimensiones y demás, no puede ser dictado ni redactado en tan breve término. Precisa acudir al recuerdo, consultar apuntes, corregir expresiones, etc., que insumen mucho tiempo no aprovechable. En cambio, basta ver la fotografía de referencia para observar que está copiado por mano firme e igual, sin una sola entrelínea, sin soberraspados y sin más testado que el de una D. Por lo mismo, el testamento del caso entraña la muy fuerte presunción de que, pese a lo que en el mismo se dice y a lo que repite el escribano otorgante al final de su declaración de fs. 120 v., el testamento no fué dictado y escrito en los tres cuartos de hora del acto de su firma.

De otra parte, los testigos correspondientes ofrecen reparos legales. No son «dependientes» del escribano en el sentido estrecho y subalterno que se asigna al concepto. No son sus empleados, copistas, adscritos, etc. Pero tienen relaciones de dependencia que obstan lo mismo. Los tres testigos trabajan juntos y tienen escritorios juntos, y el principal de ellos en comunidad con el mismo escribano. Además, resulta éste inquilino del escribano, al lado del cual tienen sus escritorios desde años atrás. Han firmado como testigos de éste una infinidad de escrituras. Se han hallado vinculados con éste en diversos actos notariales y expedientes judiciales. Más: el escribano es el sucesor del padre del principal de tales testigos. No resulta cuáles sean sus recíprocas relaciones económicas. Pero de las constancias e informes de fs. 70 v., 107, 108, 188, 191, 194 y siguientes hasta 255, 279 a 290, 335 v. y 337 y siguientes, resulta que se encuentran al escribano y los testigos estrecha y permanente ligados en asuntos profesionales, que, siquiera indirectamente, generan concomitantes lazos económicos.

No entiendo con esto formular cargo alguno de orden moral ni contra el escribano ni los testigos. Todo en autos está indicando que uno y otros son personas honestas y de toda corrección. Lo que hago resaltar en una objetividad. Con las mejores intenciones del mundo cabe cometer un error jurídico. Personas así ligadas con un escribano deben no servirle de testigos. Si no son sus dependientes «*hoc sensu*», son personas que profesionalmente dependen de él en más de un sentido. Y personas así están incapacitadas para ser testigos. Si está prohibido a los dependientes ser testigos no es porque sean dependientes en relación de mando, sino porque son dependientes en relación psicológica, en cuanto no tienen libertad de espíritu para obrar con plena autonomía espiritual, para no ser una simple fórmula, para resultar no un número ni una apariencia, sino lo cabal de un testigo, esto es, fiscales que contralorean y corroboran las atestaciones del escribano, que sólo con ellos es depositario de fe pública.

Pues bien, por mucho que sea usual entre nosotros, que los testigos de escrituras, aun solennes como un testamento público, se presten al efecto con toda facilidad hasta ser como los testigos obligados de la mayoría de las escrituras del correspondiente escribano, ello no obsta a que tal uso resulte legalmente malo, cuando, como en el caso, los testigos se encuentran tan intensa y constantemente vinculados con el escribano. Esos testigos son psicológica y socialmente «dependientes» del escribano, como en su caso lo sería de ellos el mismo escribano, y no pueden ejercer aquella función de contralor y fiscalización que la ley quiere en testigos cabales.

Tal interpretación es tanto más admisible cuanto que nuestro Código civil amplió intencionadamente al Código modelo, el francés, en esto de la incapacidad testimonial. Según el último, se la limitaba a los «amanuenses» del escribano. El codificador dió la razón de la ampliación en la nota al artículo 3.709. Los «dependientes de la oficina», sin distinción alguna (copistas, adscriptos, mandaderos, etcétera), todos quedan comprendidos. Y en nuestras costumbres, en cuya virtud hay escribanos que tienen a sueldo o en participación a procuradores, peritos diversos, abogados, etc., sin que en esto entienda yo aludir a la situación de autos, todos esos profesionales, por superiores que sean sus actividades, son dependientes legales del escribano y no pueden ser testigos (pueden compararse con lo,

que dicen Aubry y Rau, 5.<sup>a</sup> ed., t. X, párr. 670, nota 19, y Vitali, t. IV, núm. 429 y siguientes).

Por último, conviene no olvidar la conducta procesal de los demandados. A cada paso se oponían a la producción de probanzas de los actores, como si las temieran. Y en la mayoría de las ocasiones se oponían sin razón.

Concluyo, pues, votando en el sentido que se admita la demanda, revocándose en su virtud la sentencia recurrida, pues el testamento impugnado es nulo por faltarle requisitos esenciales, fundamentalísimos para la validez legal que todo testamento así debe postular. En cuanto a las costas, dado lo revocatorio de la tesis de este voto, y sólo por tal motivo, pues la tesis de la demanda es para mí de asideros meridianos, habrán de correr por su orden en ambas instancias.

El señor Vocal, doctor Campos, dijo :

Después de un detenido estudio de los autos, sin que puedan ser óbice para ello los informes de los médicos nombrados en el expediente, para dictaminar sobre el estado mental del testador, poniendo así en duda la existencia real y verdadera de los hechos realizados, a los que tratan de desvirtuar en esas pericias, de acuerdo a reglas de orden científico, según las cuales, esos actos no han podido llevarse a cabo, me adhiero a los votos de los señores Vocales, doctores Sayanca y Pera, en el sentido de confirmar la sentencia.

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que precede y por los fundamentos concordantes del fallo apelado y de acuerdo con lo dictaminado por el señor Fiscal de Cámara, se confirma en lo principal la sentencia de fs. 606, y se declara que las costas de ambas instancias deben pagarse en el orden causado.

*Gaceta del Foro.*