



Tema: SUCESIONES INTERNACIONALES TESTAMENTARIAS

Alumno: Gonzalo Sebastián Tejeda

Carrera: Abogacía

Título a obtener: Abogado

Facultad: Universidad Abierta Interamericana Sede Regional Rosario

Fecha: Mayo de 2003.-

-

A modo de introducción

A lo largo de este trabajo desarrollaré lo referente a las sucesiones testamentarias en el derecho internacional.-

Comenzaré su análisis a través de una introducción histórica mostrando la evolución de los distintos sistemas de fuentes interna y del derecho comparado.

Estudiaré su conceptualización y las terminologías empleadas en esta materia, tanto en el derecho nacional como internacional.-

Continuando el desarrollo de esta investigación por las distintas enfermedades e incapacidades que impiden a una persona testar y la ampliación jurisprudencial sobre la normativa vigente, analizando las distintas posibilidades, variantes y formas de testar en el derecho internacional, y en paralelo con la fuente interna.-

Mostraré los distintos enfoques doctrinarios y jurisprudenciales en aquellos cuestiones o puntos conflictivos en el ámbito multinacional.-

Este desarrollo tendrá como base todo el ordenamiento internacional en conexión con la normativa argentina vigente y estudiada desde distintos "casos" que les dieron origen.-

Para finalizar realizaré un colofón, donde expondré fundamentalmente mi posición en lo referente a lo expuesto a lo largo del presente.-

Introducción

Existen dos sistemas, históricos dentro del derecho interno, uno es el del derecho germánico y el otro el del derecho romano.-

Dentro de lo que es el sistema germánico se entiende a la sucesión como la continuación en los bienes. En éste sistema el jefe de la familia, lo sucedía el varón mayor de edad. La asamblea de la tribu le entregaba los bienes; el heredero pagaba entonces todas las deudas y se quedaba con el remanente. No había confusión de patrimonio, ni las deudas del difunto pesaban sobre los bienes del heredero.-

Tal sistema era a todas luces más simple, más lógico y más realista que el romano; sin embargo, fue éste el que prevaleció en la legislación de la edad Moderna. No se debió ello tan solo al prestigio del derecho romano. Otras poderosas razones concluyeron para hacerlo triunfar. El feudalismo había introducido la costumbre de entregar la saisine por medio del señor feudal, quien cobraba por ese acto de buenos derechos. Era un impuesto disimulado y un medio más de gravar los bienes del vasallo. Por eso, al operarse la reacción del poder real contra los señores feudales, los súbditos apoyaron a los jurisconsultos que elaboraban sus doctrinas sobre textos romanos. El sistema de la continuación de la persona resurgió mediante una ficción: el señor no necesitaba otorgar la saisine porque ya lo hacía el muerto sin intervención de autoridad alguna. De allí la fórmula le mort saisit le vif adoptada por las costumbres francesas. En consecuencia, no había lugar al cobro de los derechos feudales.-

Y dentro del derecho romano es una ficción porque se entiende que es una continuación de la persona del causante. Esta idea tenía anjite todo un fundamento religioso. Muerta una persona, era indispensable

que alguien ocupara inmediatamente su lugar para que el culto familiar no se interrumpiera. Era, además, indispensable que alguien ejerciera la autoridad del difunto dentro de la familia.-

El heredero era, por sobre todo eso, el continuador de las funciones sacerdotales y de la potestad del pater familiae; es verdad que recibía también los bienes, pero esto no aparecía sino como un elemento accesorio dentro de la idea de la continuación de la persona. A tal punto es esto exacto, que la designación de heredero no implicaba que todos los bienes le fueran adjudicados; ni siquiera una parte de ellos le pertenecía necesariamente, pues no había porción legítima. El testador repartía sus bienes en numerosos legados y, a veces, sólo las cargas pasaban al heredero. En los primeros tiempos, los herederos afrontaban esta carga como un deber moral religioso. Pero cuando el descreimiento se fue acentuando y decayó el culto familiar, la repudiación de la herencia o la aceptación con beneficio de inventario se hicieron comunes. Diversas leyes se dictaron para remediar la injusta situación del heredero que sólo recibía cargas. Por último, en el año 40 a.c. se dictó la ley Falcidia, que reservó la cuarta parte de los bienes al heredero, para la cual se reducían proporcionalmente los legados cuando su monto total excedía de los tres cuartos. Esa cuarta parte se calculaba una vez deducidas las cargas de la herencia. La ley Falcidia se mantuvo en vigor hasta que Justiniano en las Novelas I y II autorizó al testador a disponer también del cuarto.-

Estas leyes demuestran como los romanos procuraron atenuar las consecuencias patrimoniales de un sistema en cuyo origen la transmisión del patrimonio no era sino un efecto de carácter secundario y que se inspiraba en razones de origen religioso y de

organización familiar y social. Cuando decayó el sentimiento religioso y se rompieron los moldes de la familia primitiva, la idea de la continuación de la persona subsistió por una razón de tradición jurídica y también porque así se explicaba cómo las deudas del causante pasaban a gravitar sobre el heredero, hecho al que los jurisconsultos romanos no encontraban otra explicación satisfactoria.-

Esto da origen a dos sistemas distintos el sistema de la unidad y el sistema del fraccionamiento.-

El sistema del fraccionamiento está identificado con lo que es el derecho germánico.-

Y el de la unidad con el derecho romano.-

La fundamentación del sistema de la unidad está dado por el punto de conexión personal que puede ser el domicilio o la nacionalidad.-

El del fraccionamiento absoluto será por el punto de conexión situación de los bienes y es el característico de los tratados de Montevideo.-

Frente al sistema de la unidad y del fraccionamiento hay un sistema mixto o ecléctico, que está dado por la diferenciación que se hace entre bienes muebles e inmuebles, los inmuebles estarían sujetos al lugar de situación y los muebles sin situación permanente seguirían a la persona del causante.-

Si bien el sistema seguido por los tratados de Montevideo tienen excepciones a cuatro puntos:

- Las formas de los testamentos.
- Los legados

- Las deudas
- La colación.

En cuanto a la forma los tratados sostienen que un testamento abierto o cerrado realizado en uno de los estados partes será reconocidos en los demás estados signatarios del tratado.-

En cuanto a los legados que debiera pagarse en le domicilio del causante, y los bienes allí existentes no fueran suficientes, podrá ir en proporción de ley en todos aquellos estados en que sucesiones se hubieran abierto.-

Si hay una acreedora de la sucesión y la deuda era pagadera en uno de los estados y no alcanzan los bienes de ese estado, pero hay sucesiones abiertas en otro, pueden ir también a prorrata en todos los otros estados donde ya se hayan saldado las deudas que tenían con los acreedores de ese estado.-

Lo mismo pasa con la colación, se puede colacionar en proporción en todos los estados donde sucesiones haya abiertas, es decir que en ese momento ese sistema de fraccionamiento sería la excepción que tornaría en unidad.

Uno de los temas que también tiene nuestro sistema, que se basa en la unidad pura, a nivel derecho aplicable, cosa que no resulta tal porque tiene tantas excepciones, lo que pasa es que cuando se habla del derecho interno, se refiere a la unidad y de excepción y no diferencia entre lo que es jurisdicción y derecho aplicable.-

Dentro del sistema sucesorio puede haber unidad de derechos aplicables y de jurisdicción, unidad de derechos y pluralidad de jurisdicción, pluralidad de derechos y pluralidad de jurisdicción, y pluralidad de derechos y unidad de jurisdicción.-

El principio general, cual es? cuando el último domicilio del causante esté en la argentina, cual serían las excepciones, se habla de

pluralidad de jurisdicción, se dice que el último domicilio del causante está en la argentina, no está hablando de pluralidad, sino de unidad de jurisdicción entonces el juez argentino es competente para entender cuando el último domicilio está en la argentina y eso haría que haya fuero de atracción cuando habla de excepciones en cuanto a la jurisdicción porque la jurisdicción también se habilita para la argentina en los siguientes casos:

- Inmuebles artículo 10 Código Civil
- Muebles con situación permanente.
- Tratados de Montevideo del 89 y 40
- Artículo 3470 del Código Civil.
- Cual es la otra jurisdicción, muy discutida en la doctrina nacional, es el supuesto del heredero único, en cuyo caso habría que aplicar que para saber si es o no heredero debe existir en nuestro derecho una sentencia de declaratoria de herederos, el problema surge de la parte general cuestión previa.

Cuando tiene jurisdicción un juez argentino:

1. cuando el último domicilio del causante sea en argentina
2. Cuando los bienes inmuebles o muebles con situación permanente estén situados en la argentina.
3. y en el caso del único heredero.

Habría ahí una pluralidad de jurisdicción.

Pluralidad de derechos.-

Porque por las mismas justificaciones, dentro de una sucesión que haya pluralidad de derechos significa que, muere con último domicilio en la argentina, pero dejó bienes en otros estados, respecto de los otros estados se abren otras sucesiones y se le aplica a cada una su propio derecho, eso quiere decir que haya pluralidad de derechos.-

Los tratados de Montevideo el del 89 llegan hasta determinar que la capacidad para testar se rige por la ley del lugar de situación, la forma, la validez del testamento, los bienes, la vocación hereditaria, todo se rige por la ley de situación del bien, llega al fraccionamiento absoluto del caso.-

En el del 40 ya deja afuera el tema de la capacidad para testar se rija por la ley de situación del bien.-

Los jueces argentinos tienen jurisdicción si el último domicilio del causante está en el país o el domicilio del único heredero que acepta la herencia radica en la Argentina (artículos 90, inc.7, 3284 y 3285 del Código Civil). También hay jurisdicción argentina en razón del fuero de patrimonio. El artículo 3285 sólo enfoca el supuesto inciso 4 del artículo 3284.-

Para establecer si existe heredero único, habría que estar, a los efectos de la jurisdicción, al derecho sucesorio argentino, que el juez puede conocer más inmediatamente. Si se suscitase un conflicto de pretensiones hereditarias o resultare controvertido el carácter de heredero único, habría que abandonar el criterio de conexión jurisdiccional basado solo en el domicilio del controvertido heredero único.-

La jurisprudencia admite el *forum causae* y deriva la jurisdicción al derecho aplicable. Esto es razonable. Lo que se puede impugnar es la determinación del derecho aplicable con tendencia a la *lex fori*. Esto es censurable. Acogen el *forum causae* la sentencia fallada por la Cámara Nacional Civil Sala C en la causa " Sánchez y Rodríguez de Martínez" del 10 de abril de 1980 (E.D.,88-675).-

La Cámara de Apelaciones Civil y Comercial de Mar del Plata, en el caso "Cordani", se declaró incompetente porque el causante tenía último domicilio en Francia, pese a que había dejado un inmueble en

Mar del Plata. Hoof advierte que de haberse declarado con jurisdicción, la Cámara, en virtud del foro patrimonio, hubiese podido aplicar el derecho internacional privado francés, que reenviaba al derecho argentino en la sucesión sobre un inmueble argentino, éste señala que mediante el reenvío se hubiese logrado armónicas decisiones franco-argentino.-

Conviene enfocar coordinadamente en que casos los jueces argentinos pueden decidir una sucesión multinacional (jurisdicción internacional), que derecho aplicarán a la sucesión si son competentes y en que condiciones reconocerán una sentencia extranjera en materia sucesoria.-

El último domicilio del causante determina la jurisdicción (Artículo 3284 del Código Civil). Ahora bien se ha decidido que si el último domicilio del causante estuviere en el extranjero y hubiere bienes en la República sujetos a la ley argentina, se debe abrir la sucesión en el país. Así no solo los inmuebles situados en el país (artículo 10 del Código Civil), sino también los muebles con situación permanente en él (Artículo 11 del Código Civil) se consideran sujetos a la ley sucesoria argentina por reiterada jurisprudencia. Esto significa que se admite la jurisdicción porque el derecho aplicable es argentino. El lugar de situación de los bienes determina la jurisdicción argentina para entender en la sucesión internacional. He aquí una primera relación entre forum y jus.-

Las normas sobre derecho aplicable a la sucesión cuando hubiere inmuebles o muebles permanentes en la Argentina serían absolutamente coactivas aun frente a una sentencia extranjera. Serían normas de aplicación exclusivas. De lo contrario, habría que reconocer dos sentencias extranjeras y aquella jurisprudencia fraccionadora caería. Para mantenerla hay que defenderla aun frente

a sentencias extranjeras a las cuales habría que desconocer. Ello conduce a considerar a los artículos 10 y 11, Código Civil, como normas de policía que aseguran la aplicación exclusiva de la ley sucesoria argentina por fuertes motivos de orden público y soberanía.- Sólo así puede justificarse el desconocimiento de sentencias extranjeras en materia sucesoria. Se trata de un control del derecho aplicable por los jueces extranjeros que actualmente es excepcional en el derecho comparado.-

Consiguientemente, hay dos métodos para hacer valer la solución jurisprudencial que aplica la ley argentina a la sucesión sobre inmuebles y muebles permanentes sitios en el país. Uno es afirmar en estos casos la jurisdicción exclusiva de los jueces argentinos. Otra es considerar aquellas normas como aplicables inmediatamente y exclusivamente con exclusión apriorística de todo derecho extranjero, disposiciones especiales de orden público que la sentencia extranjera no pueda afectar de modo alguno.-

Ambos métodos son de muy difícil justificación. Pero son los que permiten dar coherencia lógica a la jurisprudencia fraccionadora que prevalece en la argentina.-

- La armonía internacional de las decisiones en el contexto del caso

La unidad del derecho aplicable a la herencia multinacional está de acuerdo con el principio de uniformidad y armonía internacional de las decisiones, pues preserva a la unidad multinacional de la herencia del fraccionamiento que puede imponerse una pluralidad de jurisdicciones estatales soberanas, haciendo de una herencia multinacional varias herencias nacionales rotas. El principio de la unidad del derecho aplicable hace posible una justa solución uniforme. El principio de la

unidad es deseable; pero ¿ es posible? La respuesta a esta cuestión no puede dársele en abstracto; depende del caso. Depende de la multinacionalidad concreta de la herencia, es decir, de los sistemas jurídicos con los cuales esté relacionado en la realidad concreta del caso.-

- Armonía y efectividad de las decisiones

En otros casos aplicar el derecho material sucesorio del último domicilio del causante no estaría de acuerdo con el principio de la armonía internacional de las decisiones o, al menos, con el principio de una decisión efectiva. Por ejemplo el caso de una persona que fallece con último domicilio en Italia y deja un inmueble en la Argentina. Si el juez argentino aplicase al artículo 3283 del Código Civil, y, por ende, el derecho italiano, reenviará el caso al derecho argentino, porque aplicaría la lex situs a la herencia sobre inmuebles. De modo que aplicando derecho argentino , la herencia sobre el inmueble argentino sería regida armónicamente tanto en jurisdicción italiana con en la Argentina.-

- Reciprocidad

Resulta difícil pensar en un sistema adecuado de armonía internacional de decisiones sin reciprocidad. El fundamento de la reciprocidad no radica aquí en la cortesía internacional, sino en el principio de efectividad, pues ¿ cómo se lograría armonía internacional de decisiones sin ciertas reglas concertadas, de reconocimiento recíproco? El ideal de Savigny es aún actual: hay que unificar normas de conflicto que determinen de modo uniforme el derecho aplicable a la herencia. Cabe el interrogante si será tan difícil esto? Si los países quisieran, creo que no. Hay que propiciar una armonización

internacional, porque si bien es cierto que el ambiente de tolerancia es el resultado de las medidas de tolerancia (Goldschmidt), estas medidas no pueden ser adoptadas sólo por alguno o por unos pocos. Sencillamente, porque entonces tampoco se alcanzaría el ambiente de tolerancia. Es preciso unificar. Así se ve cuan horroroso es que en un tratado internacional (Montevideo de 1989 y 1940) se adopte el más crudo criterio fraccionador de la herencia latinoamericana.-

Normas específicas de jurisdicción internacional

El artículo 3284 del Código Civil podría ser interpretado literalmente como si fuese sólo una norma de competencia territorial interna. Pero por su ubicación sistemática en el código junto a las normas indirectas de los artículos 3283 y 3286, por la misma nota al artículo 3284 y por la inconstitucionalidad de esta norma, que invadiría las competencias provinciales si se le entendiese como disposición procesal de competencia interna, es razonable concluir que se trata de una normas de jurisdicción internacional. Ahora bien: la jurisdicción internacional del juez del último domicilio del causante no puede concebirse como exclusiva y excluyente de toda otra. Por consiguiente, resta aún saber que contactos pueden determinar otras jurisdicciones concurrentes con la del juez del último domicilio del causante.-

No parece dudoso que tienen gran fuerza localizadora de la jurisdicción los lugares en los cuales se asientan bienes. Se puede fundar esta jurisdicción con base patrimonial en el artículo 16, ley 14394. Tal foro de patrimonio y su fundamento normativo sólo podría alcanzárselos por aplicación analógica de la norma recién citada a las causas sucesorias, ya que específicamente se la dictó para determinar la jurisdicción, y de modo subsidiario, en causas de ausencia con presunción de fallecimiento.-

Ante la carencia de normas que indiquen específicamente diversos foros concurrentes en la esfera internacional para juicios sucesorios, es más ajustado el procedimiento analógico que integra el vacío con las normas de jurisdicción internacional relativas a procesos sucesorios cuando lugares de radicación de bienes hereditarios existan. Y, además, son de mayor proximidad analógica con la materia lagunosa (causas sucesorias internacionales).-

Testamento.

Es un acto jurídico unilateral por el cual se transmiten derechos de carácter patrimonial, cosas etc.

Que tipo de testamentos hay:

Por acto público

Ológrafos

Cerrados

Testamentos especiales:

En tiempos de guerra

Los marítimos

Epidemias

Aeronáutico

Cuando se habla de un testamento dado en la argentina u otorgados en la argentina respecto de los bienes en la argentina no hay ningún inconveniente porque es un caso nacional.-

Puede ser que la persona salga de viaje en el extranjero pero lo otorgue en el consulado en cuyo caso si quiere hacer surtir efectos argentinos quedaría también dentro de la fuente interna.-

El problema está cuando un extranjero quiere procurarse un testamento que surta efecto en la argentina entonces por que ley lo puede hacer, ahí se ve que puede por la ley de la nacionalidad, por la

ley de la residencia, por la ley de un tercer país o por la propia ley argentina.-

No se puede dejar de tratar el tema de la *cuestión previa* al tener una sucesión testamentaria, previamente quizás tenga que determinar la validez del testamento, esta es la cuestión previa respecto de la principal que es la sucesión testamentaria. Si yo tengo la vocación hereditaria de un hijo adoptivo tendré que ver la validez de la adopción.-

EL CASO "OREIRO MIÑONES, JOSÉ, S. SUCESIÓN"

En el caso "Oreiro Miñones, José, s. sucesión", el autor, a cargo por entonces del patrocinio letrado de la cónyuge supérstite del causante y de su hija adoptiva, presentó al tribunal el siguiente fundamento de los derechos que asistían a la hija adoptiva en la herencia del adoptante.

He aquí la fundamentación de la defensa:

I. Validez de la adopción otorgada en España. El causante, don Jose Oreiro Miñones, otorgó poder y licencia marital suficiente y especial a doña María Modesta Da Cal Fernández de Oreiro, su cónyuge supérstite, para adoptar por hija de ambos a la menor María Ester Da Cal Miñones por ante el cónsul general de España en la República Argentina.

Mi representada se trasladó a España y adoptó a la referida menor por escritura pública que luce en autos en copia certificada de foja 6 a foja 12. Dicha escritura pública fue otorgada con fecha 1 de agosto de 1968, por ante la notaría de don Eduardo Urios Camarasa, del Colegio de La Coruña, en Puebla de San Julián, municipio de Lán cara.

He de puntualizar que la menor adoptada tenía domicilio legal en España, por radicar en España el domicilio real del padre, en virtud del artículo 40 del Código Civil español y del artículo 64 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española.

Los adoptantes, el causante y su cónyuge supérstite, tenían, al tiempo de la adopción, domicilio conyugal en Buenos Aires.

De las circunstancias de hecho expuestas y acreditadas en autos, surge el problema de averiguar la validez de la adopción, otorgada en España para adoptantes domiciliados en la República Argentina, de una menor domiciliada en España al tiempo de la adopción.

Ahora bien: el problema finca en averiguar el derecho civil que rige la adopción de autos.

He aquí la cuestión de derecho internacional privado argentino.

A) Derecho internacional privado aplicable. En el derecho internacional privado argentino de adopción, la primera cuestión a resolver radica en hallar la norma de colisión aplicable al caso de autos, pues la fecha de otorgamiento de adopción (1 de agosto de 1968) es anterior a la fecha de entrada en vigencia de la ley 19134 <>(B.O. del 29 de julio de 1971).

El artículo 34 <>de la ley argentina de adopción 19134 contiene una norma transitoria por la cual las adopciones anteriores a la vigencia de aquella ley quedan sometidas al régimen de la adopción simple.

La primera cuestión a resolver aquí es la de si esta norma sólo se aplica a las adopciones otorgadas en la Argentina, o si también subsume a las celebradas en el extranjero. Con miras a una interpretación sistemática, se ha de observar que la norma en examen integra el capítulo V, relativo precisamente a las adopciones conferidas en el extranjero. De ahí que cabría inferir la aplicabilidad de dicha norma aun al caso de autos, esto es, una adopción conferida en España antes de la publicación de la ley 19134 <>, que oficialmente acaeció el 29 de julio de 1971.

La segunda cuestión a elucidar es si la norma impone la aplicación inmediata (art. 3Cód. Civ. argentino) de la ley 19134 a las adopciones anteriores.

Las adopciones anteriores quedan sometidas al "régimen de la adopción simple". Por régimen de adopción simple se ha de entender el régimen del capítulo III de la "adopción simple" de la ley 19134 . Ello es así porque en la ley 13252 no hay régimen de "adopción simple" contrapuesto al régimen de la "adopción plena".

Por tanto, la ley 19134 es inmediatamente aplicable a las "consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes" de adopción. Sin embargo, la aplicación inmediata no significa aplicación retroactiva. Por ello, el negocio jurídico de adopción otorgado antes de la ley 19134 <>no se rige por ésta, sino por la ley 13252 , en virtud del artículo 34 de aquella ley, en concordancia con el artículo 3 del Código Civil argentino.

Ahora bien: la validez de la adopción se refiere a un juicio sobre el negocio o acto jurídico de adopción. Por tanto, la validez de la adopción está regida por la norma de colisión anterior, y no por la ley del domicilio del adoptado al tiempo de la adopción (art. 32 <>de la ley 19134).

Pero la ley anterior 13252 no contiene norma alguna sobre el derecho aplicable a la validez de adopciones otorgadas en el extranjero.

Ante la inaplicabilidad del artículo 32 de la ley 19134 y la carencia de norma pertinente en la ley 13252(laguna), hay que recurrir a la aplicación analógica de las normas de colisión vigentes para la Argentina del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 sobre adopción (cfr. Boggiano, La doble nacionalidad en derecho internacional privado, Depalma, Buenos Aires, 1973, págs. 120 y sigs.; Goldschmidt, "Derecho internacional privado, basado en la teoría

trialista del mundo jurídico", en E.D., 1970, nº 292; cfr. también, por la aplicación analógica del Tratado de Montevideo de 1940, la resolución del director del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas del 22/4/1970, en el expte. "Held, Carlos Eugenio", reseñada en J.A., diario del 23 de abril de 1973, nº 50, pág. 7).

B) Derecho civil aplicable. Precisada ya la norma de derecho internacional privado aplicable, esto es, el artículo 23 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, averigüemos ahora qué derecho civil resulta aplicable sobre la base de dicho artículo 23 del Tratado.

La validez sustancial de la adopción (capacidad de las personas y condiciones y limitaciones) está regida por los derechos civiles de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes.

A la validez formal de la adopción se la juzga cumplida sólo "con tal de que el acto conste en instrumento público" (art. 23 del Tratado).

En cuanto a la validez sustancial de la adopción a juzgar en estos autos, ha de regírsela acumulativamente por el derecho español del lugar donde la menor adoptada se domiciliaba al momento de la adopción y por el derecho argentino del lugar del domicilio conyugal de los adoptantes al mismo tiempo, o sea, por la ley 13252 <>.

Se ha de aplicar, entonces, ambos derechos, y si resultan concordantes en juzgar válida la adopción, ha de reconocérsela como válida en la República Argentina.

a) La adopción es válida en derecho español. En el instrumento público (escritura notarial) de adopción glosado en estos autos se relaciona el auto dictado por el juez español de primera instancia sustituto de Sarría el día 24 de julio de 1968, por el cual se concede autorización judicial para el otorgamiento de la escritura de adopción.

En el instrumento público de adopción también se relaciona que de constancias del testimonio del auto del juez español citado, resulta que se ha dado cumplimiento a todas las normas del Código Civil español y, en especial, la del artículo 176.

Ahora bien: el derecho extranjero ha de ser concebido como uso jurídico extranjero, o sea, como la probable sentencia que el juez extranjero dictaría en la materia a resolver ante el juez nacional, esto es, como un hecho probable (la eventual sentencia del juez extranjero).

En el caso de autos, acontece que el hecho de la sentencia del juez extranjero no es un hecho probable, sino un hecho real pasado.

Además, aquel hecho, o sea, la sentencia extranjera de autorización de adopción, resulta probado en autos para reconocimiento de V.S.

La prueba de aquella sentencia extranjera como hecho surge de la escritura pública española, debidamente legalizada y autenticada como para que ese documento extranjero pueda y deba ser reconocido en la República Argentina por aplicación del decreto del 24 de julio de 1918 (A.D.L.A., 1889 a 1919, pág. 1193) y del decreto 8714/63 (B.O., 24/12/1963).

Asimismo, aquella escritura notarial española relacionada al auto del juez español del 24 de julio de 1968, cuyo testimonio, expedido el 31 de julio de 1968, tuvo a la vista el notario español otorgante, con expresa constancia de que se dio cumplimiento a las normas del Código Civil español, prueba por vía indirecta y plena la sentencia española y, por ende, el derecho español alegado.

Con ello se concluye que el derecho español juzga válida la adopción de autos en virtud de la sentencia del juez español que así lo decide, siendo por esta razón superfluo probar las invocadas normas de los artículos 172 a 180 del Código Civil español, introducidos por la ley

española de adopción del 24 de abril de 1958, en base a las cuales se dictó el auto español ya referido.

A todo evento, adjunto en foja separada las citadas normas del Código Civil español, que solicito se tenga presentes como prueba de parte del derecho español. No obstante, V.S. puede aplicar de oficio las referidas normas españolas conforme a la jurisprudencia y doctrina judicial mejor fundadas (cfr. Cám. Nac. Civ. sala B, sentencia publicada en J.A., 1953-III-317; Cám. Fed. de esta Capital, sala en lo Civ. y Com., sentencia publicada en L.L., 97-25; y ver Boggiano, "Problemas de derecho internacional privado", J.A., 8-1970-101, especialmente sobre la aplicación del derecho extranjero).

Paso al examen de la validez de nuestra adopción según la ley argentina 13252, del tiempo de su otorgamiento.

b) La adopción es válida en derecho argentino. La adopción de autos es perfectamente válida a la luz de la ley argentina 13252.

Las circunstancias fácticas y jurídicas de la adopción de la menor María Ester Oreiro Da Cal por el causante y mi representada se ajustan en todo a los artículos 1, 2, 3, 4, 5, y 8 de la ley 13252.

Por ello, coincidiendo los derechos español y argentino de adopción en calificar como válida la adopción motivo de autos, ha de reputársela válida en la República Argentina por la ya referida aplicación analógica del artículo 23 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, ya que la adopción española, además, fue otorgada por instrumento público, en todo de acuerdo con la norma de imposición de forma pública contenida en el propio artículo 23 del Tratado.

En suma, la adopción de autos otorgada en España es sustancial y formalmente válida ante el derecho internacional privado argentino y, por ende, válida en la República Argentina.

II. Situación jurídica familiar adoptada. La menor adoptada en España ostenta la situación jurídica familiar de hija legítima, tanto en el derecho español del lugar de otorgamiento de la adopción, en el que radicaba el domicilio de la adoptada, cuanto en el derecho argentino del lugar del domicilio conyugal de los adoptantes.

En el derecho español, "la adopción produce parentesco entre el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes legítimos, de otra, pero no respecto a la familia del adoptante, con excepción de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales" (art. 174, últ. párr., Cód. Civ. español).

Un texto análogo consagra el artículo 12 de nuestra ley de adopción 13252, aplicable al caso, en cuanto califica la adoptada como hija legítima. A mayor abundamiento, cabe puntualizar que la nueva ley 19134 igualmente calificaría a la menor adoptada como hija legítima del causante (art. 20).

En suma, la menor adoptada reviste la situación jurídica de hija legítima del causante en la República Argentina.

III. Vocación hereditaria de la adoptada en la Argentina.

La menor adoptada, María Ester Oreiro Da Cal, ostenta vocación sucesoria en la Argentina como única y universal heredera de don José Oreiro Miñones, sin perjuicio de los derechos de su madre adoptiva, doña María Modesta Da Cal Fernández de Oreiro, representada por mí en este sucesorio, cónyuge supérstite del causante.

Paso a fundar en derecho la afirmación anterior.

A) Derecho aplicable a la vocación hereditaria de la adoptada. La primera cuestión a saber en este capítulo es qué derecho resulta aplicable a la vocación sucesoria de la adoptada en España.

Para resolverla hay que recurrir al derecho internacional privado argentino.

En él, la capacidad para suceder está regida por el derecho del domicilio del pretendiente sucesor al tiempo del fallecimiento del autor de la sucesión (art. 3286 Cód. Civ. arg.).

Ello así, con total independencia del o de los derechos aplicables a la validez de la adopción otorgada en el extranjero.

Ahora bien: la menor adoptada, en su calidad de hija legítima de los padres adoptivos, tenía su domicilio en Buenos Aires al tiempo del fallecimiento del causante, domiciliado en Buenos Aires.

Por tanto, su capacidad para suceder está regida por el derecho argentino (art. 3286, Cód. Civ. arg.).

B) Vocación hereditaria de la adoptada en el derecho argentino aplicable. El causante murió el 17 de marzo de 1971 y sólo en fecha 29 de julio de 1971 entró en vigencia la ley argentina de adopción 19134 . Por ello no resultan aplicables las normas de la ley 19134 relativas a la sucesión del adoptante por el adoptado, ya que según el derecho argentino aplicable, la vocación para adquirir una sucesión debe tenérsela al momento que la sucesión se difiere.

La hija adoptiva menor hereda al causante como hija legítima del autor de la sucesión (art. 12 , ley 13252, y art. 3565, Cód. Civ. arg.).

IV. El derecho de sucesión al patrimonio del causante. Una cuestión es la relativa a la vocación hereditaria de la menor; otra, la atinente al derecho de sucesión al patrimonio del causante, don José Oreiro Miñones.

Paso enseguida al estudio de esta última problemática.

A) Derecho aplicable a la sucesión del causante. El derecho del domicilio que el difunto tenía a su muerte rige el derecho de su sucesión (art. 3283, Cód. Civ. arg.).

El causante tuvo su último domicilio en Buenos Aires.

Por tanto, el derecho sucesorio argentino califica la sucesión (cfr. Antonio Boggiano, "Calificación de la herencia en el derecho internacional privado", en J.A., 12-1971-592). En derecho sucesorio argentino, la sucesión es una transmisión universal (arts. 3299 y 3547, Cód. Civ. arg.).

En consecuencia, el patrimonio del difunto se trasmite hereditariamente según el derecho sucesorio argentino del último domicilio del causante.

B) El derecho de suceder al causante en el derecho argentino aplicable. En el derecho sucesorio argentino aplicable, carece de validez el pacto de herencia futura por el cual se convienen los derechos hereditarios de la menor adoptada en un tercio de la herencia de cada uno de los adoptantes que se estableció en la escritura de adopción.

Otra sería la situación si el derecho aplicable fuese el español, en cuyo caso habría que preguntarse si aquel pacto de herencia futura, que no es recibido en nuestro derecho, conculca o no el orden público internacional de nosotros. Pero no es ésta la hipótesis de autos, porque el derecho aplicable es el argentino, y en él no halla base ninguna el pacto obrante en autos.

Tampoco cabría pensar en calificar dicho pacto como una institución testamentaria, porque en ese caso habría que ajustarse formalmente al derecho español del lugar de otorgamiento, que lo juzga inválido por no ser adecuado a las normas sobre testamento en acto público.

Pero hay mucho más: aquella institución hereditaria sería inválida en derecho argentino aplicable en virtud de la radicación del último domicilio del causante (art. 3612, Cód. Civ.), por dos causas. La primera es la ofensa a la legítima sin preterición de heredero, lo que

no haría jugar el artículo 3715, Código Civil reformado. La segunda es la violación de la prohibición de instituir heredero por mandatario o comisario impuesta por nuestro derecho, que no otra cosa significaría aceptar una pretendida institución de heredera a la menor María Ester por el causante don José Oreiro Miñones, por medio de su apoderada, cónyuge para la adopción, doña María Modesta Da Cal Fernández de Oreiro, mi representada en autos.

En suma, aquel pacto no tiene salvación en nuestro caso a la luz del derecho internacional privado argentino aplicable.

La menor adoptada hereda universalmente al causante como heredera forzosa conforme al Código Civil argentino.

El Juzgado Nacional en lo Civil de la Capital Federal N° 30, a cargo por entonces del doctor César D. Yáñez, dictó la siguiente sentencia inédita:

Buenos Aires, 27 de agosto de 1973.

Y vistos: Por haberse omitido en el auto de declaratoria de herederos proveer expresamente a lo solicitado, corresponde dictar el pertinente pronunciamiento (art. 3, inc. 3, Cód. Proc.).

Y considerando:

I. El causante, don José Oreiro Miñones, otorgó poder y licencia marital suficiente y especial a su esposa, doña María Modesta Da Cal Fernández de Oreiro (hoy cónyuge supérstite), para adoptar como hija de ambos a la menor María Ester Da Cal Miñones, por ante el señor cónsul general de España en nuestro país.

La señora Da Cal Fernández de Oreiro se trasladó a España y procedió a adoptar a la referida menor en los términos que da cuenta la escritura pública debidamente legalizada de fecha 1 de agosto de 1968, ante la notaría de don Eduardo Urios Camarasa, del Colegio de la Coruña, en Puebla de San Julián, municipio de Láncara.

Los adoptantes —el causante y la cónyuge supérstite— tenían, al tiempo de haberse efectuado la adopción, domicilio conyugal en la ciudad de Buenos Aires.

La menor adoptada tenía domicilio legal en España, por estar allí domiciliado su padre, don Ángel Dacal Fernández, atento lo dispuesto en el artículo 40 del Código Civil español y artículo 64, párrafo 2º, de la ley de Enjuiciamiento Civil española de 1881 (ambas ediciones oficiales que tengo a la vista).

II. De las circunstancias fácticas expuestas, surge el problema a resolver acerca de la validez de la adopción otorgada en España por adoptantes domiciliados en la República Argentina de una menor domiciliada en aquel país, al tiempo de la adopción.

Todo está —a mi juicio— en determinar cuál es el derecho civil que rige la presente adopción.

III. El derecho internacional privado aplicable.

En primer lugar, cabe señalar que la adopción de marras fue efectuada el 1 de agosto de 1968, o sea, anterior a la fecha en que entró en vigencia la ley 19134 <>(publicada en el B.O. el 29 de julio de 1971; ver A.D.L.A., t. XXXI-B, 1971, pág. 1408).

Dicha ley, en su artículo 34 <>, contiene una disposición transitoria, según la cual "las adopciones anteriores a la vigencia de esta ley quedan sometidas al régimen de la adopción simple, pero podrán ser convertidas en adopciones plenas a pedido de los adoptantes..."

Dos son las cuestiones iniciales, a saber: a) si esta norma se aplica solamente a las adopciones celebradas en nuestro país o si también comprende a las otorgadas en el extranjero; b) si la disposición impone su aplicación inmediata a las adopciones anteriores.

Sobre el primer aspecto, se observa que el artículo 34 <>citado se encuentra ubicado en el capítulo V, titulado "Efectos de la adopción

conferida en el extranjero. Disposiciones transitorias", lo cual podría dar lugar a pensar que dicha norma sería aplicable aun en el supuesto que ocupa, no obstante ser de fecha anterior a la entrada en vigencia de la ley 19134 <>.

En lo que hace al segundo punto, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3 del Código Civil, en su actual redacción por ley 17711 (art. 1 <>, inc. 1), la ley 19134 <>a partir de su entrada en vigencia sería de aplicación "aun a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes" (de adopción). Sin embargo, cabe destacar que esta aplicación "inmediata" de que habla la ley no significa que deba tener efecto retroactivo (conf.: art. 3, Cód. Civ., párr. 2º; Borda, "La reforma del Código Civil. Efectos de la ley con relación al tiempo", E.D., 28-807).

Por tal motivo es que la presente adopción, efectuada antes de la vigencia de la ley 19134 <>, no se rige por dicha ley sino por la anterior 13252 <>(que establecía una sola especie de adopción, similar a la "simple" prevista en la ley 19134 <>).

Ahora bien, como la ley 13252 <>—a diferencia de la cual— no contiene disposición alguna sobre derecho internacional privado esto es, respecto a adopciones celebradas en el extranjero, y ante la inaplicabilidad de los artículos 32 <>y 33 de la ley 19134, aparece configurada una "laguna" de derecho.

En tal situación, estimo que ante la ausencia de convenio con España y de normas no convencionales en el derecho internacional privado argentino en materia de adopción en la ley 13252 <>, se hacen aplicables analógicamente las disposiciones del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, en el caso, su artículo 23 (conf.: Werner Goldschmidt, Derecho internacional privado, ed. El Derecho, Buenos Aires, 1970, pág. 359, nº 292; resolución del

Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, 22/4/70, autos "Held, Carlos Eugenio", en reseña por Ana Lía Berçaitz, "Cuestiones de derecho internacional privado", en J.A., diario 4260, del 23/4/73, pág. 7, nº 50).

IV. El derecho civil aplicable.

El artículo 23 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 (ratificado por decreto-ley 7771, del 27 de abril de 1956) dispone: "La adopción se rige en lo que atañe a la capacidad de las personas y en lo que respecta a las condiciones, limitaciones y efectos, por las leyes de los domicilios de las partes en cuanto sean concordantes, con tal de que el acto conste en instrumento público".

En cuanto a la validez sustancial de la adopción de marras, debe regirse acumulativamente por el derecho español del lugar del domicilio de la menor, al tiempo de la adopción, y por el derecho argentino del lugar del domicilio conyugal de los adoptantes, o sea, por la ley 13252 <>.

En lo que hace a la validez formal, el artículo 23 del Tratado citado exige que conste en instrumento público.

Ello significa que si ambos derechos resultan concordantes en dar validez a la adopción, la misma habrá de ser tenida como válida en la República.

V. La prueba del derecho extranjero.

Según el artículo 13 del Código Civil, "la aplicación de las leyes extranjeras, en los casos en que este Código la autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes. Exceptúanse las leyes extranjeras que se hicieren obligatorias en la República por convenciones diplomáticas o en virtud de ley especial".

A su vez, el artículo 377 del Código Procesal dispone: "Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer".

Cabe recordar que la interpretación del artículo 13 del Código Civil ha dado lugar a una nutrida bibliografía y jurisprudencia, desde la aplicación literal de la norma (reforzada con su nota), que impone en todos los casos a la parte interesada la alegación y prueba de la ley extranjera; pasando por la aplicación de oficio del derecho extranjero cuando es establecido o señalado por normas indirectas; o haciendo jugar la teoría del hecho "notorio" o apartándose de dicho artículo, etc.; lo cierto es que hoy en día no puede pasarse por alto que si dichos preceptos jurídicos (como expresa la ley procesal) forman parte de la cultura ordinaria del juez, éste se encuentra facultado para aplicarlo e interpretarlo con prescindencia de la actividad de las partes (conf. el meduloso artículo de Gualberto Lucas Sosa, "La prueba de las normas jurídicas y la reforma procesal", en L.L., t. 132, pág. 1222, donde se hace una completa reseña de las diversas teorías: Michelli, La carga de la prueba, trad. española de Sentís Melendo, ed. Ejea, pág. 121, nº 18; Morelli, Derecho procesal civil internacional, trad. española de Sentís Melendo, ed. Ejea, pág. 56, nº 33; Devis Echandía, Teoría general de la prueba judicial, ed. Zavalía, t. I, pág. 198, d.).

Las normas que cita la interesada a fojas 44/46 sobre el régimen de la adopción actualmente vigente en España (art. 172 a 180, Cód. Civ. español) (ley del 24 de abril de 1958), las ha compulsado personalmente el proveyente, en base a la edición oficial del Ministerio de Justicia (Colección Legislativa de España, primera serie, año 1958, tomo LII, abril, págs. 251 a 255, existente en la Biblioteca de la Corte

Suprema de Justicia de la Nación, nº 21.221), siendo la transcripción efectuada fidedigna.

VI. Validez de la adopción en derecho español.

La escritura de adopción de fojas 6/12 se encuentra debidamente legalizada ante el consulado argentino de La Coruña, España, con los recaudos pertinentes (conf.: decreto del 24 de julio de 1918, en A.D.L.A., 1889/1919, pág. 1193; y decreto 8714/63, "Reglamento Consular", B.O. del 24/12/63, en síntesis en A.D.L.A., XXIII-S, pág. 1844).

En dicho instrumento se relaciona el auto del juez español por el cual se concede autorización judicial para el otorgamiento de la escritura de adopción, de fecha 24 de julio de 1968, cuyo testimonio expedido el 31 del mismo mes y año tuvo a la vista el notario autorizante, con expresa constancia de haberse dado cumplimiento a las disposiciones del Código Civil español, en especial el artículo 176, que regula los trámites previos judiciales, con lo cual se acredita por vía indirecta y suficiente la sentencia española.

En lo que hace a las normas del Código Civil, modificadas por la ley del 24 de abril de 1958 —transcritas por el interesado a fojas 44/46—, ya me he expedido sobre su autenticidad en el considerando anterior, vale decir, que en el acto se han observado todas las formalidades exigidas por la ley del lugar de su celebración.

VII. Validez de la adopción en derecho argentino.

La adopción de la menor efectuada por el causante y su cónyuge en España, también se ajusta a las prescripciones de la ley argentina 13252, aplicable al caso (art. 1 <>a 5 y 8 <>). Además, se ha cumplido con la formalidad del instrumento público.

Por todo ello, al coincidir los derechos español y argentino de adopción en calificar como válida dicha adopción, corresponde

considerarla ajustada a derecho, por aplicación del referido artículo 23 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940.

Sintetizando: la adopción de la menor María Ester Oreiro Da Cal es sustancial y formalmente válida para el derecho internacional privado argentino y, consecuentemente, plenamente válida en nuestro país.

VIII. El emplazamiento jurídico familiar de la adoptada.

La menor adoptada ostenta, tanto en el derecho español como en el argentino, la situación jurídica familiar de hija legítima.

Según el artículo 174 del Código Civil español, "la adopción produce parentesco entre el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes legítimos, de otra, pero no respecto a la familia del adoptante, con excepción de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales". Por su parte, el artículo 12 <>de la ley 13252 contenía un texto análogo.

A mayor abundamiento, cabe señalar que la nueva ley de adopción 19134, también calificaría a la menor adoptada como hija legítima del causante y su esposa (art. 20 <>).

IX. Vocación hereditaria de la adoptada en nuestro país.

En lo que hace al derecho aplicable a la vocación sucesoria de la adoptada en España, hay que recurrir a las normas de derecho internacional privado argentino.

De acuerdo con el artículo 3286 del Código Civil argentino, la capacidad para suceder se rige por el derecho del domicilio del pretendiente sucesor al tiempo del fallecimiento del autor de la sucesión.

Como la menor adoptada —en su calidad de hija legítima de los padres adoptivos, domiciliados en el ciudad de Buenos Aires— tenía su domicilio legal también en esta Capital (conf.: art. 90, inc. 6, Cód. Civ.), va de suyo que su capacidad para suceder se rige por el

derecho argentino; ello, con independencia de la validez de la adopción conferida en el extranjero.

El causante falleció en Buenos Aires el día 17 de marzo de 1971, es decir, con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 19134 <>(B.O. del 29/7/71). Por tal motivo es que no resultan aplicables sus disposiciones relativas a la sucesión del adoptante por el adoptado (art. 25 <>), habida cuenta que de acuerdo al derecho argentino, la capacidad para adquirir una sucesión debe tenerse al momento en que la sucesión se difiere (art. 3287, Cód. Civ.).

Así las cosas, la hija adoptiva hereda al causante en calidad de hija legítima del autor de la sucesión (art. 12 <>, ley 13252, y art. 3565, Cód. Civ.).

X. Derecho al patrimonio del causante.

El último problema a considerar consiste en el derecho de sucesión de la adoptada al patrimonio de su padre adoptivo.

Según lo dispone el artículo 3283 del Código Civil, el derecho del domicilio que el difunto tenía a su muerte rige el derecho de su sucesión. Como el causante tenía su último domicilio en la República, resulta que el derecho sucesorio argentino es el que califica la presente sucesión.

Conviene tener presente que en nuestro derecho la sucesión es una transmisión de derechos activos y pasivos a título universal (art. 3279Cód. Civ.).

Ahora bien, en el derecho sucesorio argentino carece de validez la cláusula inserta en la escritura de adopción, por la cual se convienen los derechos hereditarios de la adoptada en un tercio de la herencia de cada uno de los adoptantes, por importar en sus alcances un pacto de herencia futura (art. 1175).

Si se entendiera que dicho pacto es una institución hereditaria, tampoco sería válido, por no ajustarse a las formas exigidas por el derecho español del lugar de su otorgamiento, para los testamentos en acto público "abierto" (conf.: arts. 694 y sigs., Cód. Civ. español). Dicha institución hereditaria también sería inválida según el derecho argentino —aplicable en razón del domicilio del testador al tiempo de su muerte (art. 3612)—. En primer lugar, por no respetar la debida legítima sin preterición de heredero, lo que tornaría inaplicable el artículo 3715

, reformado por ley 17711 <>. En segundo término, por cuanto se habría violado la prohibición de instituir heredero por medio de mandatario (conf.: art. 3711), ya que tendría ese significado la cláusula por medio de la cual el causante, a través de su cónyuge mandataria para la adopción, fijó en un tercio de la herencia la vocación sucesoria de la menor adoptada.

Siendo ello así, dicho pacto resulta ineficaz para el derecho internacional privado argentino, razón por la cual la adoptada debe ser considerada sucesora universal del causante, como heredera forzosa, conjuntamente con la cónyuge supérstite, si hubiera bienes propios, y sin perjuicio de los derechos que a esta última le correspondan como socia de la sociedad conyugal, en cuanto a los bienes gananciales (arts. 3565, 3570 y 3576).

Por estas consideraciones y disposiciones legales citadas, resuelvo: Aclarar el auto de declaratoria de herederos en el sentido de que se declaren únicas y universales herederas de don José Oreiro Miñones a su hija adoptiva María Ester Oreiro y Da Cal y a su esposa doña María Modesta Da Cal de Oreiro o María Modesta Da Cal Fernández de Oreiro, si hubiere bienes propios, y sin perjuicio de los derechos que la ley le acuerda a la cónyuge supérstite en cuanto a los

gananciales. Notifíquese personalmente o por cédula. — César D. Yáñez.

Hay distintas teorías unas que van a jerarquizar a la cuestión previa, otras que van a jerarquizar a la cuestión principal y otras que van a equiparar a unas y otras.-

Si se aplica a cada uno su propia ley se está respetando el elemento extranjero, caso Grimaldi.-

La cuestión previa es una situación que lógicamente y razonablemente debe ser resuelta con anterioridad a los efectos de poder dar resultado a otra situación que se considera principal.-

Existen distintas teorías para determinar la ley que se le aplicará a la situación previa y principal a los efectos de dar solución.-

Teoría de la Jerarquización: esta teoría establece un orden de prioridades, entre las distintas cuestiones y así tenemos dos subteorías:

- La teoría real o procesal: que entiende que la cuestión principal es aquella que le da origen al proceso y por lo tanto subsume la cuestión previa a la ley de la cuestión principal.
- Teoría lógica o ideal: que jerarquiza a la cuestión previa entendiéndose por tal aquella que debe ser resuelta con antelación para dar solución a la principal, la que quedará subsumida para su resolución a la ley de la cuestión previa.

Teoría de la Equiparación: coloca en pie de igualdad ambas cuestiones otorgándole independencia en cuanto a la ley aplicable y a su resolución.-

Caso que le da origen a la cuestión previa es el caso Ponnoucanamalle c/Nadito Poulle del 21/04/1931, Tribunal de Saigón (1928) pasa a la Corte de Saigón (1929) y pasa a la Corte de Casación Francesa (1931).

Es el caso de un señor de origen hindú nacionalizado inglés, hay una distinción entre una persona de origen indio y una persona de religión Hindú, se nacionaliza inglés tiene una esposa e hijos legítimos, y decide adoptar un hijo de origen indio que era Soccalinmghan, que según el derecho indio podía ser adoptado por aquella persona que tenía hijos legítimos, el adoptante poseía bienes inmuebles en la Conchinchina, por entonces bajo el gobierno Francés cabe aclarar que el C.C. francés en el Art. 344 establece que no podrán adoptar aquellas personas que tengan hijos legítimos, los que sean adoptados de ese modo no tienen vocación hereditaria.-

Este señor Socalingam se casa y tiene un hijo legítimo y luego fallece, el adoptante realiza un testamento bajo el derecho francés desheredando al nieto adoptivo, la madre es decir la señora Ponnocaunavalle, porque el hijo adoptivo es desheredado y luego fallece Nadito Poulle que era el adoptante, la madre entabla una acción de impugnación de testamento en donde establecía que por un lado el derecho francés entendía que el testamento se rige por la ley del lugar de celebración, y el derecho indio por la ley del lugar de otorgamiento es decir lo mismo, tanto el tribunal de Saigón como la Corte de Saigón entiende que el nieto adoptivo hereda, porque es válida la adopción cuando hay hijos legítimos por el derecho indio, pero el derecho francés por el 344 no, lo que se establece es una

teoría de la Jerarquización real o procesal, por lo que se aplica el derecho francés.

La situación es, por un lado está la cuestión previa, cual es la adopción si el chico tiene vocación hereditaria o no, por el derecho indio sí, por el derecho francés no, pero como lo que ella establece es la impugnación del testamento, y el testamento se rige por el lugar de otorgamiento o de celebración por uno u otro derecho, estamos hablando que la ley del lugar de celebración es el derecho francés porque este hombre al morir lo hizo bajo el régimen francés al testamento por lo cual subsumió todo a la cuestión principal es decir a la impugnación del testamento, la cuestión principal es la cuestión procesal donde inicia todo el trámite ella inicia todo a través de la impugnación del testamento, no a través de la validez de la adopción, a lo mejor si lo hubiera hecho a través de la validez de la adopción del padre podría haber heredado, porque subsumía todo a la cuestión principal esa, como generalmente la doctrina se rige por la teoría de la Jerarquización real o procesal, en cambio Goldschmith se rige por la teoría de la equiparación es decir que el considera que hay que darle a cada cuestión su tratamiento, pero normalmente la doctrina y la jurisprudencia toman la teoría de la Jerarquización real o procesal entonces someten todo a la cuestión principal, con lo cual hay que ser muy cuidadosos de ver que es lo que se inicia primero.-

En nuestro país, el fallo más destacado, es del señor Grimaldi, era el caso de un señor italiano que adopta en Italia a una menor italiana y fallece en Italia, dejando un bien inmueble en la Argentina, la hija viene a abrir la sucesión en la argentina respecto de los bienes en ella situados, por aquella fecha en argentina no existía la ley de adopción, por lo que la Corte usando la teoría de la equiparación establece que la adopción otorgada en Italia es válida, es decir entendiéndose por la

validez de la adopción la cuestión previa, pero que en lo referente a la sucesión la legítima es de orden público y los hijos adoptivos no se hallaban contenidos en ella por lo que la hija adoptiva no heredaba. Es muy ilógica esta postura de la Corte porque en realidad el orden público no está siendo afectado tan seriamente. Los bienes quedaron para el fisco argentino, dos meses después se sanciona la ley de adopción.-

En cuanto a la capacidad para testar se rige por la ley del último domicilio al momento del testar.-

En fuente interna, no se puede testar sobre la mayoría de los bienes sino sobre una cuota parte.-

Si testa en un tercer país y quiere que surta efectos en la argentina puede optar por la ley de su residencia, por la ley de su nacionalidad, o por la ley argentina, se entiende por tercer país uno en donde no tenga ni la residencia, ni la nacionalidad, ni sea la ley argentina.

Artículo 3672 del Código Civil.- En tiempo de guerra los militares que se hallen en una expedición militar, o en una plaza sitiada, o en un cuartel o guarnición fuera del territorio de la República, y asimismo, los voluntarios, rehenes o prisioneros, los cirujanos militares, el cuerpo de intendencia, los capellanes, los vivanderos, los hombres de ciencia agregados a la expedición, y los demás individuos que van acompañando o sirviendo a dichas personas, podrán testar ante un oficial que tenga a lo menos el grado de capitán, o ante un intendente del ejército, o ante el auditor general y dos testigos. El testamento debe designar el lugar y la fecha en que se hace.

Porque debe designar el lugar y la fecha en que se hace cuanto dura un testamento especial noventa días.

Artículo 3636 del Código Civil.- 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.

Artículo 3679 del Código Civil.- Los que naveguen en un buque de guerra de la República, sean o no individuos de la oficialidad o tripulación, podrán testar ante el comandante del buque y tres testigos de los cuales dos a lo menos sepan firmar. El testamento debe ser fechado. Se extenderá un duplicado con las mismas firmas que el original.

Artículo 3689 del Código Civil.- Si por causa de peste o epidemia no se hallare en pueblo o lazareto, escribano ante el cual pueda 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.

Que tienen que saber ustedes de los testamentos especiales, que son para casos especiales, y de que tratan no de memoria.

Ley que rige el derecho de las sucesiones

Unidad y pluralidad de sucesiones.- Una de las cuestiones más debatidas en materia de conflictos de leyes es el viejo problema de la unidad o pluralidad de sucesiones.-

Dejando de lado la consideración de sistemas que ya han perdido toda vigencia teórica y práctica, puede afirmarse que hoy se disputan el campo dos opiniones encontradas: la que propugna que el derecho de las sucesiones debe estar regido por una sola ley (la del domicilio o la de la nacionalidad del causante) y la que sostiene que debe aplicarse la ley del país en que están situados los bienes, lo que implica la

aplicación de varias leyes en el caso que los bienes estén situados en distintos países.-

El primer sistema, llamado de la unidad de las sucesiones, se apoya en los siguientes argumentos:

- a. Lo que se trasmite por sucesión es el patrimonio, es decir, un todo ideal de contenido indeterminado; ese patrimonio se encuentra en todas partes y en ninguna, y no podría asignársele, por tanto, un *locus rei sitae*.-
- b. El fundamento de la transmisión hereditaria es la voluntad del causante, que a veces se manifiesta expresamente (caso de que haya testamento) y otras tácticamente, como ocurre con la sucesión intestada, en cuyo caso la ley dispone el orden hereditario de acuerdo con la voluntad presunta de aquél; no se concibe, por tanto, que el causante tenga diferentes voluntades para distintas partes de sus bienes, como resultaría del sistema de la pluralidad.-
- c. No es exacto, como se pretende, que la soberanía nacional pueda verse afectada por la aplicación de una ley extranjera en lo que atañe al orden sucesorio, aunque se trate de bienes inmuebles; una atañe al orden sucesorio, aunque se trate de bienes inmuebles; una cosa es el régimen de la propiedad y otra quienes tienen derecho a ella. -
- d. La unidad implica un solo juicio sucesorio, con todo lo que ello significa como economía de gastos y de tiempo; hasta una razón de orden y buen sentido parece aconsejar esta solución.-
- e. Por última hay una razón que resulta cara a los tratadistas de derecho internacional: el ideal de la comunidad jurídica de las naciones sufre con la negativa a aplicar la ley extranjera en materias en que no se ve afectado el orden público nacional.-

Por su parte, los sostenedores del sistema de la pluralidad arguyen a su favor:

Tratándose de la aptitud intelectual y física para discernir y exteriorizar la voluntad, ello no suele estar sometido a una ley uniforme.-

El artículo 3611 del Código Civil opta por la siguiente solución: " la ley del actual domicilio del testador, al tiempo de hacer su testamento, es la que decide de su capacidad o incapacidad para testar" . "El testamento otorgado en Francia por quien tenía en aquel país su domicilio debe ser juzgado en cuanto a su validez formal y a la capacidad del testador, conforme a la ley francesa, y conforme a ley argentina lo relativo a la validez de las disposiciones sobre inmuebles y muebles con situación permanente en el país."(C.Civ.2ª,6/7/39, JA 67-252). Opta por la ley personal, y dentro de ella por la del domicilio como punto de conexión.-

De los domicilios que el testador pudo tener debe entenderse al que tenía cuando hizo testamento. Pero se trata solamente de las incapacidades que nacen de las facultades intelectuales o físicas para que quede exteriorizado un acto testamentario voluntario.-

No sería aplicable, si se trata de una de las incapacidades de derecho establecidas por muerte civil u otras penalidades, nacionalidad, sexo, estado, pues en ese caso recobraría su imperio el artículo 949 que somete la capacidad de derecho a las disposiciones del Código argentino y sería por lo tanto contrario al orden público interno.-

1. Testamentos otorgados en la Argentina

Los testamentos hechos en territorio de la República Argentina deben serlo en alguna de las formas establecidas por el derecho argentino (artículo. 3634 Cód. Civ.), es decir, en forma ológrafa, por acto público, con testamento cerrado (art. 3622). No es formalmente válido el testamento hecho en la Argentina ante un cónsul extranjero. Así, la

Cám. Civ. 2ª de la Capital Federal, por sentencia del 16 de setiembre de 1929 en la causa "Taboada Sánchez" (J.A., 31-225), desconoció un testamento hecho en el consulado español.-

2. Testamento hecho por un argentino en el extranjero

Un argentino puede testar en país extranjero según las formas establecidas por la ley del lugar de otorgamiento (art. 3635). También puede hacerlo ante un ministro plenipotenciario argentino, un encargado de negocios o un cónsul y dos testigos domiciliados en el lugar de otorgamiento, con el sello de la legación o consulado (art. 3636). Si no lo hace ante un jefe de legación, es necesario el visto bueno de éste: en el testamento abierto, al pie de él, y en el cerrado, en la carátula. El abierto será rubricado por el jefe al principio y fin de cada página, o por el cónsul si no hubiera legación. Si no hubiese consulado o legación argentinos, esta diligencia será cumplida por un ministro o cónsul de una nación amiga. El jefe de la legación o, a falta de éste, el cónsul remitirá copia del testamento abierto, o de la carátula del cerrado, al ministro de Relaciones Exteriores de la República, y éste, abonando la firma del jefe de la legación o del cónsul en su caso, la remitirá al juez del último domicilio del difunto en la República, para que la haga incorporar a los protocolos de un escribano del mismo domicilio. Si no se conoce el domicilio del testador en la República, el testamento será remitido por el ministro de Relaciones Exteriores a un juez de primera instancia de la Capital, para su incorporación a los protocolos de la escribanía que el mismo juez designe (art. 3637).-

3. Testamento hecho por un extranjero domiciliado en la Argentina

En este caso, se puede acudir a las autoridades indicadas y en las condiciones prescritas por los artículos 3636 y 3637 del Código Civil.

Pero sería irrazonable no permitir que una persona otorgue testamento en las formas autorizadas a un argentino en el exterior. -

4. Formas alternativas en favor de la validez

Según una interpretación sistemática, el artículo 3638 contempla la hipótesis de un extranjero que testa fuera de su país, pero no en la Argentina (arts. 3634 y 3635). En ese caso, el extranjero puede testar según las formas del lugar en que reside o de la nación a que pertenece, o por las formas legales argentinas. Tales alternativas persiguen favorecer la validez formal del testamento. Esta finalidad material que persigue la norma de conflicto, con elección alternativa de varios derechos aplicables, aparece también en la Convención sobre los Conflictos de Leyes en Materia de Forma de las Disposiciones Testamentarias, del 5 de octubre de 1961, celebrada en la Conferencia de La Haya de derecho internacional privado, la cual está en vigor en Alemania Federal, Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Francia, Irlanda, Israel, Japón, Luxemburgo, Noruega, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suiza y Yugoslavia, entre los Estados miembros de la Conferencia, y África del Sur, Botswana, Fidji, Isla Mauricio, Polonia, República Democrática Alemana, Suazilandia y Tonga, al 3 de diciembre de 1982. La Argentina debería adherir a esta Convención, que somete la validez formal del testamento, alternativamente, al derecho interno del lugar donde el testador lo otorgó, o de la nacionalidad del testador, sea al momento de disposición o de su muerte, o de lugar del domicilio del testador, sea al momento de testar o de morir, o del lugar de la residencia habitual del testador al momento de testar o morir, o, para los inmuebles, del lugar de la situación (art. 1).

Se debe extender el ámbito de aplicación del artículo 3638, que contiene un régimen análogo al de la Convención de La Haya, a las

hipótesis que sostienen incoherencias sistemáticas. Así, no se ve razón para prohibir que un testador teste en la Argentina según las alternativas del artículo 3638 y pueda hacerlo en el extranjero.

Además, también habría que aplicar el artículo 3638 al extranjero que testa en su país (Cám. Civ. 2ª Cap. Fed., sentencia del 11/9/1945, en J.A., 1945-IV-386). -

El contenido y la validez o invalidez sustancial del testamento están regidos por la ley de domicilio del testador al tiempo de su muerte (art. 3612 Cód. Civ.). Las fuentes de esta norma —los párrafos 383 y 393 del octavo volumen del Sistema de Savigny— orientan hacia la unidad del derecho aplicable, en que la *lex situs* tenga un dominio propio en la sucesión por causa de muerte. La causa de la transmisión es específica, y la norma de conflicto desplaza a la *lex situs*, por ser la *lex domicilii* la *lex specialis*.-

El derecho del último domicilio del testador rige la responsabilidad de los herederos por las obligaciones del causante y las cargas sucesorias. En cambio, la existencia de una obligación y los efectos de la muerte del causante sobre la obligación están regidos por la *lex obligationis* (Goldschmidt, ob. cit., nº 308). He aquí un problema de calificaciones: todo lo que se califique como cuestión sucesoria queda regido por la ley del último domicilio del causante. Por cierto, el hecho de que un testamento pueda ser anulado parcialmente depende de la ley domiciliaria del causante.-

Tratamiento en el derecho interno de la capacidad para testar

Principal problema interpretativo

Sin detenernos en dificultades de menor entidad, el principal escollo que encontramos en la interpretación del ordenamiento argentino, estriba en determinar si la interdicción, constitutiva de una situación jurídica que priva al interdicto del ejercicio de sus derechos, también

se aplicará al acto jurídico testamentario. Es decir, si el obstáculo reside en la incapacidad, si es un efecto de ella, o si depende de la falta de discernimiento o de la posibilidad de manifestarlo y no subsiste cuando se recupera el discernimiento o se adquiere el instrumento hábil para expresar la voluntad testamentaria. En suma, si el demente interdicto puede testar durante los intervalos lúcidos, y cesa la incapacidad del sordomudo por el hecho de haber aprendido a leer y escribir.-

Para apreciar la dificultad del asunto, basta considerar que ha suscitado numerosas y calificadas opiniones, que nunca han logrado conciliarse, invocando argumentos igualmente valiosos.-

La capacidad es la regla.-

No aparece contradicho ni por razón de nacionalidad, ni por razón de estado, ni por penalidades privativas de la vida civil o de la libertad, ni por pertenecer a órdenes monásticas. Así lo estatuye el artículo 3606 del Código Civil.

Tampoco se encara como una incapacidad legal para testar el impedimento originado por la incapacidad de recibir por testamento.- En toda limitación de la facultad de disponer por testamento, debe encontrarse como razón determinante, una imposibilidad intelectual o física para que se realice normalmente el proceso volitivo y su manifestación. Pero además, la ley determinará cuando ese proceso volitivo y su manifestación son suficientes para que se delegue en el testador la facultad de darse un sucesor, apartándose del orden de la sucesión legítima.-

Terminología.-

Como no hace a la situación jurídica de capacidad o incapacidad, podrá sostenerse que se trata más de una habilidad que de una capacidad. Sin embargo, el Código argentino prefiere usar el término

capaz concordando con otras disposiciones no menos decisivas, como la del artículo 3613 .-

Difiere también la capacidad de ciertas limitaciones o impedimentos a la libertad de testar que no hacen a la aptitud de la personas del testador, si no a la medida en que el Estado delega en éste el derecho de disponer de sus bienes para después de su muerte; tales la legítima que, concurriendo herederos forzosos, solo le permite disponer, salvo desheredación fundada en causa legal, de una parte de la herencia, o la prohibición de la sustitución fideicomisaria, etc.-

Momento en que debe existir la capacidad.-

En el derecho romano se hacia una distinción entre el testamento, emergentes del status personarum y las otras incapacidades que se fueron sumando más adelante.-

La testamentifacio era exigida tanto en el momento de hacer el testamento como en el momento del fallecimiento. Como hace a la titularidad de los derechos, según el ius civiles, si el testador capaz al tiempo de testar, muere en estado de incapacidad, su testamento es nulo; e igualmente, si el testador era incapaz cuando otorgo el testamento éste, no se convalida por morir siendo ser capaz.-

Las demás incapacidades como la interdicción del prodigo y la alienación mental solo debe concurrir al tiempo de testar. Si para entonces el testador era capaz, el testamento será válido aun, cuando al fallecer hubiera caído en incapacidad.-

En el derecho francés de las Costumbres no se uniformo la doctrina sobre la aplicabilidad de la solución romana, y en la codificación napoleónica no se corrigió la divergencia mediante un texto expreso. Se mantuvo la distinción romana, pero aplicándola a muy diversos supuestos: se consideró incapacidad de hecho a la falta de

discernimiento para testar e incapacidad de derecho a las demás, inclusive a la originada en la edad.-

El discernimiento debía tenerse en el momento de testar; aun cuando quien estado normal testó, llegar a perder posteriormente la razón y muriera sin recuperarla, el testamento será válido; pero si la ley que le confiere la facultad de testar a los 16 años, prohíbe el testamento hasta los 20, el otorgado después de los 16 años por una persona fallecida antes de los 20 años sería nulo.-

Velez Sarfield se hace cargo en la nota, de la distinción mantenida por la doctrina francesa, pero la descarta, en razón de no subsistir sino las incapacidades derivadas de la aptitud intelectual para testar, ya que se había abolido la muerte civil y aun las penas mas graves del derecho criminal no son impedimentos para testar.

La perfecta razón o completa razón se refiere al momento en el cual se otorgó el testamento siendo indiferente que la capacidad para testar exista o falte en el instante de la muerte.-

El momento al cual se debe atender para determinar la capacidad del testador es el de la confección del testamento, y es por ende, sobre el cual debe recaer la prueba de la ausencia de la perfecta razón.

Aunque el testador no hubiera sido declarado incapaz en vida las disposiciones testamentarias podrían ser atacadas después de muerto, por hallar que quien hubiera testado no aparecía en su perfecta o completa razón; ello es así porque el ejercicio de las facultades intelectuales se debe a exigir con más rigor en las disposiciones gratuitas que en los actos a título oneroso.-

Con mayor razón es intrascendente una incapacitación en el tiempo intermedio, insubsistente al tiempo del fallecimiento.-

La capacidad para testar se juzga en el momento en que se otorgó el testamento; no interesa si ella existía o faltaba al tiempo de la muerte (

artículo 3613 del Código Civil). Será válido el testamento si lo otorgó una persona sana de espíritu, que después enloqueciera y nulo si no era capaz, aunque después adquiriera o recuperase la capacidad.-

En el primer caso, la solución resulta obvia, pues no se advierte porque motivo ha de anularse un acto que quedó perfecto al otorgarse con las formalidades legales por quien en ese momento era plenamente capaz.-

Podrá presentarse una dificultad en los testamentos ológrafos o cerrados. Supóngase que una persona aproveche la demencia de otra para hacerle firmar un testamento por acto privado en el que le deja sus bienes y lo hace fechar en una época en que el testador era capaz. Indudablemente es un serio peligro. Una alternativa sería no reconocer validez sino a los testamentos por actor públicos, cuando el causante ha fallecido insano.-

Para algunos autores esta solución resulta demasiado rigurosa.

Consideran que quienes han sido perjudicados por testamento, tienen la posibilidad de probar su verdadera fecha, para demostrar la nulidad del acto. Pero también es cierto que tal prueba es muy difícil de producir.-

Enumeración legal de los incapaces para testar.-

Dentro de la enumeración que establece el Código Civil encontramos a los menores de 14 años, los dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito.-

Existen otras incapacidades que hacen a la aptitud mental del otorgante y que, por ello mismo, comprenden todos los testamentos, hay algunas inhabilitaciones referidas a ciertas formas:

El sordo, el mudo y el sordomudo, sepan o no darse a entender por escrito, no pueden testar por acto público como dice el artículo 3651 " el sordo, el mudo y el sordomudo, no pueden testar por acto público".

Al contrario los analfabetos, no pueden testar en estas últimas formas, que requieren la escritura de puño y letra del disponente; en cambio pueden hacerlo por acto público. Los ciegos pueden testar por acto público como surge del artículo 3652 " el ciego puede testar por acto público".-

Los menores

En el derecho romano, la aptitud para testar válidamente, se adquiría con la pubertad y fue fijada en los 14 años para el hombre y 12 años para la mujer. Como esa edad coincide con la aptitud para casarse y parece razonable que quien puede contraer matrimonio y celebrar convenciones nupciales, queda habilitado para disponer para después de su muerte, la solución romana fue acogida por el derecho canónico, mantenida por las Partidas y conservada por diversos códigos.-

Esa solución ha perdido paulatinamente terreno, acordándose en el derecho actual la habilidad para testar después de la pubertad, pero antes de que con la mayoría de edad queda alcanzada la capacidad plena, como estado o situación jurídica.-

El testamento ológrafo se reputa, salvo la prueba en contrario que fue hecho cumplidos los 18 años , si así resulta de su fecha, y el testador fallece habiendo alcanzado dicha edad.-

Redactado en varias fechas, valdrá íntegramente si lo termina cumplidos los 18 años.-

El testamento cerrado firmado por un menor de 18 años será válido si fue cerrado y se levanto el acta por el escribano, luego de cumplida esa edad.-

La capacidad para testar se adquiere a los 18 años cumplidos, sin distinción de sexo, artículo 3614 del Código Civil , esta norma ha sido modificada por el artículo 286 de la ley 23.264 " el menor adulto no precisará la autorización de sus padres para estar en juicio, cuando

sea demandado criminalmente, ni para reconocer hijos, ni para testar.", que les permite testar desde los 14 años.-

Un menor de 14 años es fácilmente influenciado por las personas que los rodean, quienes pueden inducirlo a desviar el destino de sus bienes en su provecho, perjudicando así a los sucesores naturales de dichos bienes. Es por eso que algunos autores nacionales sostienen que se mantienen en vigencia el artículo 3614 . Que exige una edad mínima de 18 años. El Dr. Guillermo Borda por su parte a su juicio está en vigencia el actual artículo 286 del Código Civil.-

Siendo opinión generalizada que el testamento exige un mayor grado de razón que los actos entre vivos, criterio que el Código argentino acoge al exigir una perfecta razón, parece contradictorio que se otorgue la facultad de testar al menor de edad, sometido a una incapacidad relativa.-

No es extraño, entonces, que la habilidad para testar concebida a los menores, suscite, controversias y críticas, se afirme que carece de sólida fundamentación y se la considere el fruto de un tradicionalismo anterior a las generalizaciones de los códigos sobre los actos jurídicos.-

Sin embargo si casi todos los códigos, inclusive los más modernos, aun no coincidiendo en la solución, admiten la facultad de testar del incapaz por su minoridad desde una determinada edad, no puede ser por puro tradicionalismo, ni para contrariar la exigencia de un mayor discernimiento, que cuando se trata de consentir un acto jurídico entre vivos. Ese acortamiento de la inhabilidad obedece a que, siendo el testamento un acto personalísimo, privar al menor de su ejercicio supone privarlo del derecho mismo.-

Además, casi siempre, el menor que alcanzó los 18 años, tiene desarrollada su afectividad, y esta en condiciones de querer

razonablemente favorecer a determinadas personas o destinar sus bienes a ciertos fines. Finalmente, tiene como el capaz una limitada libertad de testar sin concurren herederos forzosos, que es cuando una equivocada decisión resultaría más grave.-

Se ha querido en muchos códigos uniformar la capacidad de testar con la de contraer matrimonio, cuando las causas para permitir el matrimonio a una edad determinada son absolutamente inaplicables a la facultad de testar.-

No debe olvidarse que para la sucesión intestada la ley a presumido el mayor afecto de la persona que muere sin testamento. Considerando que es tan fácil engañar o seducir a un niño de 14 años, señalamos la edad de 18 años para poder testar que designan varios códigos. Las leyes de Partida, a los 12 y 14 años.

- Comienzo de la habilidad para testar

En el derecho comparado se observa una dificultad: la doctrina no se pone de acuerdo sobre cuando se adquiere la capacidad para testar: si desde un momento o desde un día -podemos decir por ejemplo que la doctrina italiana entiende que debe haber transcurrido íntegramente el día del cumpleaños-. La misma cuestión se suscita en el derecho argentino, que al prohibir testar a los menores de 18 años, confiere la capacidad de hacerlo cuando se ha cumplido esa edad. En suma, debe establecerse cuando vence el plazo durante el cual no se alcanzó la edad de 18 años.-

Si nos detenemos en el hecho del nacimiento, habría que considerar cumplidos los 18 años a la hora del nacimiento del 18 aniversario. Es decir, si una persona nació el 1º de enero de 1940 a las 9 horas, habrá cumplidos sus 18 años de edad a las 9 horas del día 1º de enero de 1958. Pero no es ese el sentido generalizado del cumpleaños, que se

ubica y celebra el 1º de enero de 1958, sin atención a la hora del nacimiento, que generalmente se a olvidado y no se pone empeño en recordar.-

Es esta experiencia la que sin duda priva en el artículo 128 que dispone: "Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad, el día que cumplieren 21 años...". Es decir la incapacidad no cesa en la hora del nacimiento, sino desde el comienzo del día en que se cumplan los 21 años. Ese texto contraría lo dispuesto en el artículo 27 según el cual: " todos los plazos serán continuos y completos, debiendo siempre terminar en la media noche del último día."

El problema consiste en saber si la disposición del artículo 128 sólo rige para la adquisición de la capacidad por mayoría de edad, y no rige en todo otro supuesto de adquisición de capacidad, en que se debería retornar a la regla del artículo 27, que según agrega el artículo 29, como todas las trata en el mismo Título, serán aplicables a todos los plazos señalados por las leyes.-

Orgaz sostiene que el artículo 128 es una regla aplicable no sólo con respecto a la madurez sino también a las edades especiales establecidas por la ley para actos determinados (testamentos, etc), amplitud analógica que no acoge Borda, de manera más explícita que la predominante en la doctrina nacional que se refiere a la necesidad de haber cumplido 18 años, siendo en realidad el problema determinar cuando se ha cumplido esa edad.

Autores como el Dr.Santiago C.Fassi se inclinan por la tesis de Orgaz, pues se ajusta a la opinión compartida por la generalidad de las personas, que entienden cumplir sus años en el aniversario del día en que nacieron. Si esa creencia generalizada –que tendría la fuerza de un error común, si fuera contradicha por el derecho- ha sido valorada por el legislador cuando se trata de la adquisición de la capacidad por

la mayoría de edad, no puede ser otro el criterio para la adquisición de otras capacidades especiales, por haber cumplido determinado número de años.-

Es decir, la capacidad de testar se adquiere desde el momento inicial del día en que se cumplen los 18 años y no desde el momento en que comienza el día siguiente.-

- La capacidad para testar y la emancipación

En los sistemas positivos en que la habilidad para contraer matrimonio se alcanza con anterioridad a la edad en que se puede testar, se ha planteado si la emancipación que origina el matrimonio anticipa la facultad para disponer por testamento. La respuesta predominante sostiene que la capacidad de testar es independiente de la que el menor adquiere al casarse, por su emancipación.-

El mismo problema se suscita en el derecho argentino. Para resolver la cuestión corresponde partir del artículo 133. Sienta un principio general amplísimo: La emancipación...produce el efecto de habilitar a los casados para todos los actos de la vida civil... Vale decir que la capacidad es la regla y sólo cede ante expresas excepciones. Así resulta de los artículos 134 y 135. Pero si encontramos allí excepciones expresas, no podemos dejar de hallarla en el artículo 3614. Este prohíbe testar a todo menor de 18 años, sin hacer distinción entre no emancipados y emancipados y debe entenderse a la letra. Luego de la modificación del régimen de capacidad de los emancipados, que conforme al artículo 135 del Código Civil reformado por la Ley 17711 pueden disponer libremente de sus bienes con la única restricción de que si se trata de bienes adquiridos a título gratuito necesitan el consentimiento del cónyuge mayor o la autorización judicial, es obvio que debe reconocérseles capacidad

para testar, ya que esta forma de disposición de bienes no envuelve para el emancipado los riesgos de la disposición por actor entre vivos. Y, por cierto, ninguna distinción cabe formular según sea el origen gratuito u oneroso del título por el cual el emancipado adquirió los bienes.-

Condiciones mentales

Para poder testar, nos dice el artículo 3615, es preciso que la persona esté en su perfecta razón y el 3616 repite lo mismo bajo la forma de completa razón.- Quedan así comprendidos no solo los dementes, sino todos aquellos cuyo espíritu se halla oscurecido o perturbado por una causa cualquiera, como la embriaguez, el uso de alcaloides o el efecto de ciertas enfermedades.-

Nótese que la ley no se refiere de un modo directo a los dementes, nombrados por vías incidental cuando agrega que solo pueden testar en los intervalos lúcidos, porque ya van incluidos entre los que no se hallan en su perfecta razón.-

Esta amplitud de concepto permite al juez, con el auxilio de la ciencia médica y demás elementos probatorios, moverse dentro de un terreno amplio, declarando incapaces a esa serie de anormales, que sin ser propiamente alienados, no poseen una lucidez completa, como los débiles de espíritu, los seniles simples y en general los que se mantienen en una zona intermedia.-

De la doctrina del código se desprenden varias consecuencias importantes:

1º.- Una gran libertad de apreciación por parte del juez, que es el único habilitado para decidir sobre la perfecta razón del disponente. Esta libertad se funda en la naturaleza misma de las cosas, porque siendo infinita la variedad de circunstancias y muy distintas la lucidez de cada hombre, es imposible dictar una regla. El adagio de que no

hay enfermedades, sino enfermos, se aplica aquí con todo rigor. Es lo que enseña la nota 3615 en su última parte.-

2º.- Los informes médicos, por más útiles que se consideren, no constituyen por si solos, el único elemento de juicio. La mayor parte de los médicos se sienten inclinados a atribuirse en esta materia una competencia exclusiva, creyéndose poseedores de la solución de los problemas del entendimiento humano. Lejos de recusarlos, los considero como muy dignos de atención, pero el juicio de ellos no es siempre el mismo que el de los magistrados. La misión de unos es la de curar, la de los otros cuidar de la libertad de los hombres, de la sinceridad de sus actos. La constitución nerviosa o melancólica, el humor sombrío, receloso o violento, piden una curación, pero no una interdicción. No quiero que la medicina legal argumente a base de síntomas que hagan necesario un tratamiento para transformar una sensibilidad enfermiza, una excitación efímera, una turbación superficial, en una de esas alteraciones profundas que suprimen la razón. Lo que he visto de ciertos médicos en mi carrera judicial, es increíble: oyéndolos no hay un hombre que no puede ser declarado enfermo. Si Pascal no hubiera muerto, tendría que estar prevenido, porque conozco a mas de un doctor que lo tiene por alucinado.

Los psiquiatras protestan contra estas palabras, que aunque exageradas, encierran un fondo de verdad. Es clásica la propensión del especialista a extender el radio de su especialidad, como es impresionante en la practica el desacuerdo de los facultativos, sobre todo cuando se trata de estados fronterizos, que son los que interesan.-

Se ha observado también la tendencia de los expertos a defender las doctrinas científicas que creen haber descubierto o de que son partidarios, lo que les hace víctimas de perjuicios de escuela.. La idea

de Tropolong que hay que retener, es que una cosa es el enfermo y otra el incapaz, sobre todo considerados en los diversos momentos del proceso clínico.-

El médico interviene de dos maneras:

- a) Como testigo cuando ha asistido en vida al paciente, en cuyo caso se halla habilitado para expedirse con conocimiento directo y
- b) como experto para informar sobre las condiciones mentales de una persona desaparecida que no ha podido someter a examen. En este último caso su opinión tiene aire de una conjetura.-

No son incapaces de testar aquellas personas distraídas, o que caen en pasajeras aberraciones o suelen tener alucinaciones; o que en razón de su carácter o de sus estudios, son excéntricos, extravagantes, fatuos o vanos, mientras no se demuestre que tal conjunto de vicios psíquicos presenta una intensidad que equivale a la demencia.-

3º.- Para la comprobación del estado mental del testador, se admite todo genero de pruebas. Entre ellas, la mas importante consiste en la rectitud y buen sentido de las disposiciones. Si se hallan bien concertadas y responden a las afecciones presuntas del testador, bastan para decidir la duda a favor de la capacidad.-

4º.- También los testigos son admisibles y sobre ello hay conformidad de la doctrina y la jurisprudencia. Pero sus declaraciones han de recaer sobre hechos concretos; la siempre afirmación de que a juicio del testigo se trataba de una persona demente, carecería de eficacia, porque no se le llama para que opine, sino para que relate los hechos que ha presenciado, de donde el tribunal sacará las consecuencias. (J. Arg. 36, pag. 173, voto del doctor Salvat)

La Perfecta Razón

El artículo 3615 dispone: para poder testar es preciso que la persona este en su perfecta razón. Los dementes sólo podrán hacerlo en los intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos y prolongados para asegurarse que la enfermedad ha cesado para entonces.-

De los artículos 3615 y 3616 se desprende que nuestra ley para admitir la validez del testamento impugnado en razón de la presunta incapacidad del otorgante, es más rigurosa que para los demás actos jurídicos, pues exige no sola la falta de "demencia" propiamente dicha, sino algo más riguroso: la existencia de " perfecta" o de " completa" razón, expresiones estas que se equivalen legalmente.-

Pero ello no lo es porque se exija una voluntad más intensa en el testador que en los otorgantes de actos jurídicos entre vivos, sino por cuanto se admite la posibilidad de atacar el testamento después de la muerte del testador, a diferencia de lo que dispone el artículo 474 con relación a los actos entre vivos.-

De todas maneras, la "perfecta razón" requerida por la ley no es una perfección ideal; lo que interesa es que la persona se halle en su sano juicio al testar, esto es, que tenga un juicio normal para determinarse validamente en materia testamentaria. Conforme a lo expuesto, aunque el testador no hubiera podido ser tenido como demente en el estricto sentido de esta palabra, sino se hallaba en el uso completo de sus facultades mentales, basta para que su testamento no constituya la expresión de su libre voluntad, pudiendo ser declarado nulo en razón de esa deficiencia mental .-

Son, pues, incapaces para testar no solo los dementes stricto sensu, sino todos los ubicados en la zona fronteriza por serias menguas en sus facultades racionales, como los semialienados, débiles de espíritu y seniles simples, teniendo los jueces las más amplias facultades de apreciación.-

Asimismo cada caso debe apreciarse en concreto, en función de sus circunstancias particulares y de prueba con que se cuenta, confrontadas a la luz de las enseñanzas de la psiquiatría y de lo que dispone el Código Civil, con mayor razón tratándose de débiles mentales, que no tienen todos el mismo grado ni iguales características psicosociales, por lo que no resulta posible teorizar en abstracto a su respecto sobre si son o no capaces para testar.-

De tal manera, el hecho de que los diabéticos pueden padecer trastornos y sufrir una decadencia intelectual, o que la medicación sobre la base de estupefacientes puede llegar a alterar la voluntad y disminuir el psiquismo, no bastan para anular el testamento si no se acredita que en el caso particular el testador fue víctima de tales resultados; igualmente la circunstancia de que el alcoholismo crónico pueda excluir el discernimiento, no es suficiente para considerar que el ebrio consuetudinario no se hallaba en su perfecta razón en el momento de testar, debiendo demostrarse que el alcoholismo había alterado sus facultades mentales.-

De la misma manera ni la avanzada edad, ni la enfermedad padecida por el testador, bastan de por sí para excluir su aptitud mental, debiendo probarse que tales circunstancias habían perturbado su intelecto.-

A la inversa, como no es muy infrecuente -según lo enseña la psiquiatría- encontrar imbéciles con ciertas habilidades y hasta capacidad intelectual, como el talento aritmético, la comprensión unilateral y menoría musical, la buena disposición el dibujo y la pintura etc, el gusto por la música que pudiera tener el testador, no es necesariamente incompatible con el retraso mental.-

- Pautas de apreciación

a) El codificador es más exigente en cuanto a la plenitud de la perfecta razón en materia testamentaria porque el ejercicio de las facultades intelectuales se debe exigir con más rigor en las disposiciones gratuitas que en los actos a título oneroso.-

Es un criterio recibido que el ejercicio de las facultades intelectuales se debe exigir con más rigor en las disposiciones gratuitas que en los actos a título oneroso; no se trata de un problema de intensidad o grado, porque el discernimiento indispensable para que el acto jurídico se pueda reputar voluntario se requiere en igual medida cualquiera sea el carácter del acto. Ello se vincula con la regla del artículo 474 del Código Civil.-

Lo que importa es que la prueba del discernimiento sea exigida, y valorada, con todo rigor, discernimiento que es el mismo que se requiere para la validez de todo acto jurídico, y no requiere más que nada afinada lucidez mental. Pese a ello se ha dicho que, por ser el acto jurídico una especie de los actos voluntarios, todos ellos –sean entre vivos o de última voluntad- deben ser otorgados con discernimiento, intención y libertad; en suma, por personas capaces; el mayor énfasis de la ley apunta a otra circunstancia: la de poder discutirse la validez del testamento después de fallecido el otorgante, a diferencia de lo que ocurre en los actos entre vivos, empero, no por eso requiere una mayor capacidad que, como es obvio, no es cuestión de grados.-

La noción de perfecta razón requerida por el artículo 3615 del Código Civil, para habilitar el otorgamiento de un testamento válido, se debe limitar a una simple facultad de discernimiento, cuya ausencia impide la celebración de cualquier acto jurídico, por lo cual en realidad se trata de un asunto vinculado al estado mental del agente, y no a la naturaleza o calidad del acto realizado.-

b) La perfecta razón que se requiere para testar es aquella que permite comprender el carácter y los efectos del acto (inteligencia), y que supone el querer hacer el acto (voluntad) y el poder manifestar esa voluntad.

c) Aunque a primera vista parezca fácil determinar en qué consiste la perfecta razón a la cual se refiere el artículo 3615 del Código Civil, ello no es así, por cuanto no es probable fijar con precisión en todos los instantes de la vida ese perfecto equilibrio.-

Sin embargo, dos condiciones se destacan como absolutamente necesarias: la sanidad de la inteligencia que se requiere a la inteligencia del acto que se realiza y sus consecuencias, y la sanidad de la voluntad que se refiere a la determinación de manifestar la voluntad consciente y de ejecutar el acto.-

Concepto

No es posible esclarecer cual fue la inspiración que hizo variar la expresión sano de espíritu por perfecta razón. Sano es lo contrario de enfermo y es lo que autoriza a sostener que el texto francés solo contempla la alienación mental. Razón es la facultad de discurrir, " la novilísima facultad en cuya virtud razonamos. Razonamiento es la practica intelectual, el ejercicio lógico de aquella facultad". Perfecta es la razón que alcanza su mayor grado de excelencia o bondad.-

Cuando se exige para poder testar que una persona esté en su perfecta razón, no solo queda requerido un excelente discernimiento, sino también una esclarecida intención y una total libertad. El testador debe obedecer a motivos serios y respetables trasuntados en un buen uso de la facultad legal de extender su voluntad más allá de las próxima existencia.-

Reducida así la perfecta razón al discernimiento, es la facultad intelectual por la cual tenemos cabal noción de lo que queremos y porque los queremos.-

La intención consiste en querer en el caso concreto tales resultados.- Pero puede no haber intención por falta de discernimiento sea porque no se quiere o porque no se entiende el testamento que se hace, sea porque no se puede resistir a una mera sugestión de quien modela la voluntad como la cera, sea porque la intención se encuentra viciada por dolo o error.-

Por ello es que aun el analfabeto puede testar, a pesar de la limitación intelectual que supone el analfabetismo. Pero se exagera la subjetividad de la perfecta razón cuando se considera suficiente el juicio del débil mental.-

Corresponde sin embargo exigir la perfecta razón con mayor rigor que en los actos entre vivos, pues en estos la nulidad del acto contraria la seguridad jurídica y atenta contra la vida de los negocios. No se puede perjudicar al que anudo con el aparentemente sano una relación jurídica sino cuando realmente éste no ha podido discernir por una grave falla psíquica.-

En cambio como en el testamento se faculta a la persona para apartarse del orden normal de la sucesión mortis causa, tal como lo organiza la ley, confirmando la tradición histórica, debe ser seguro que el causante, estuvo en condiciones de remplazar con perfecta razón la voluntad de la ley por la suya propia. Una disminución del juicio que no obstaría a la validez de una compra venta, puede obstar a la validez del testamento.-

Reducida así, por ahora, la perfecta razón al discernimiento, diremos que es la facultad intelectual por la cual tenemos cabal noción de lo que queremos y por que lo queremos, como el expresa el Dr. Salvat: "

el discernimiento, hablando en términos generales, puede decirse que consiste en la aptitud de apreciar o juzgar nuestras acciones; en términos más breves y expresivos, podrá decirse que la aptitud de saber hacer lo que se hace".-

Por su parte Freitas considera al discernimiento " como la facultad de conocer, en general, la facultad que suministra motivos a la voluntad en todas sus direcciones, distinguiéndola de la intención que es el discernimiento aplicado a un acto que se ha deliberado practicar".-

Con referencia al testamento el discernimiento consiste en entender que al otorgarlo se está disponiendo de los bienes, para después de la muerte; privando a los parientes de grado más próximo de todo o parte de los bienes y que ellos serán transmitidos a los herederos instituidos o legatarios. -

Pero puede no haber intención por falta de discernimiento, sea la intención haya sido viciada por dolo o error o inducida por una mera sugestión de quien modela la voluntad del testador.-

- Estados incompatibles con la noción de perfecta razón

Con los años se adquiere el discernimiento. En materia testamentaria, alcanzada la edad de 18 años, la ley presume el discernimiento o sano juicio. Pero no será así en los siguientes casos:

a.- Cuando la mente sufre una de las enfermedades agrupadas bajo la denominación de alienación mental.-

b.- Cuando la mente sufre oscurecimiento o debilitamiento de las facultades mentales, que sin constituir alienación mental, excluye la salud mental. Son los denominados estados de semialienación mental.-

c.- La mente, sin estar enferma, sufre pérdidas transitorias del juicio.

Son los estados accidentales de pérdida de la razón.-

Los comprende a todos, porque tal es la interpretación del artículo 901 francés; porque sería poco razonable considerar que la inhabilitación del demente o alienado mental sea extraña a la idea de perfecta razón; porque la nota al decir que en su primera parte se comprende la embriaguez y todo accidente que prive de la completa razón, no dice que eso sea lo único comprendido. Falta una expresión que diga comprende solamente, o comprende exclusivamente si la demencia no tuviera comprendida en la primera parte, no lo estaría en la segunda, que ya da por supuesto que el demente no puede testar y tiene por objeto introducir una excepción: la de intervalo lucido. A la exclusión del demente por falta de perfecta razón.-

Además, hay una esencial equiparación de todos los inhabilitados por falta de perfecta razón. Que se atiene al momento de testar. Si entonces falta el discernimiento, poco interesa que lo sea alienación mental o por un accidente pasajero.-

- La incapacidad como situación jurídica

La incapacidad como situación jurídica, tiende a la protección de la persona mientras se desarrolla su discernimiento, y cuando no se lo alcanza o se lo pierde por alienación mental, o por tratarse de un sordomudo que no sabe darse a entender por escrito.-

Esa incapacidad acompaña a la persona individual desde la sentencia que la declara hasta que sea levantada también por sentencia o hasta su fallecimiento.

Mientras subsiste, el incapaz no está privado de realizar por si mismo actos jurídicos válidos, en razón de su falta de aptitud intelectual, sino de su estado o situación jurídica. Por lo tanto si al interdicción impide

otorgar un testamento válido será en virtud de su régimen propio y no por imperio del artículo 3615.-

Dementes.

Velez Sardfield, de acuerdo con las nociones científicas de su tiempo, principalmente adquiridas de los juristas franceses, da el concepto de demencia, o más propiamente, en la terminología correcta, de alienación mental, en la nota del artículo 3615, al decir que toma el término como "expresión genérica que designa todas las variedades de la locura; es la privación de la razón con sus accidentes y sus fenómenos diversos. Todas las especies de demencia tienen por principio una enfermedad esencial de la razón, y por consiguiente falta de deliberación y voluntad. La demencia es el género y comprende la locura tranquila o delirante, el furor, la monomanía, el idiotismo, etc.- Desde el punto de vista jurídico, demente es la persona que a consecuencia de una perturbación de sus facultades mentales carece de aptitud para dirigirse así misma y en sus relaciones de familia y para administrar sus bienes. Pero este concepto aplicado al testamento exige un reajuste.-

En esta materia la ley es más exigente para convalidar el acto, requiere que el otorgante se encuentre en su perfecta razón (artículo 3615), en su completa razón (artículo 3616), lo cual significa que los semialienados, los débiles de espíritu, los seniles simples, aunque no puedan ser calificados propiamente como dementes son inhábiles para testar.-

Este concepto es de particular importancia pues brinda al Juez la posibilidad de moverse dentro de límites más amplio para poder invalidar actos otorgados por personas que sin ser francamente alienados se encuentran en una zona fronteriza, sea por debilidad de espíritu o por hallarse circunstancialmente privado de su plena lucidez

en razón de su enfermedad, del abuso de drogas o de su vejez. Permite sobre todo, desconocer efectos a esos testamentos arrancados al moribundo sea por un procedimiento de captación de voluntad o por engaño y aun violencia, que si bien permitiría por si sola la declaración de nulidad del acto, en la practica son muy difíciles de probar. En cambio, suele ser más sencillo demostrar la falta de perfecta razón del causante.-

Desde la época en que se formulaban tales esclarecimientos, mucho ha progresado la psiquiatría , y se han clasificado los estados de alienación mental, con mayor precisión, pero sin una total uniformidad, siendo materia sometida a constantes progresos y rectificaciones.-

Pero la determinación de la alienación mental referida a la capacidad para testar se conforma con que ella, cualquiera sea su forma, prive al testador de las facultades mentales para que realice con discernimiento sus disposiciones para después de su muerte.-

No se conforma tampoco el jurista con las conclusiones de la psiquiatría en cuanto, frente al caso particular, y como cuestión de hecho, pueda constatar que la alienación mental no le ha impedido al testador actuar juiciosamente, es decir, admite no como regla pero si como posibilidad la divisibilidad de la razón humana.-

La demencia sólo puede invocarse fallecido el testador. En materia de testamento la demencia será invocada después del fallecimiento del testador, por la naturaleza misma del acto. Este no confiere ningún derecho actual al instituido ni priva de ningún derecho actual al heredero legítimo o al beneficiario en un testamento anterior. Aun cuando el testamento existe como un acto jurídico, desde su otorgamiento, recién tendrá efecto con la apertura de la sucesión y es desde entonces que puede ser atacado.-

Es esa la razón decisiva del apartamiento de lo dispuesto por el art. 474 respecto de los actos jurídicos entre vivos, y no el mayor rigor invocado en la nota al art. 3615.

Sordomudos.

Es aquel que a causa de una falta total o muy considerable del sentido auditivo, tampoco posee el uso de la palabra. No siempre el sordomudo está realmente impedido de hablar, y puede adquirir la comunicación oral, pero entre tanto quedará jurídicamente incluido en esa calificación.-

Cuando la sordomudez obedece a lesiones destructivas cerebrales, se presenta el cuadro de una verdadera alineación mental. Si no media alineación mental, la incapacidad del sordomudo no obedece a falta de discernimiento, sino a su carencia de un instrumento idóneo para manifestar su voluntad, que al mismo tiempo limita generalmente su cabal desarrollo intelectual.-

Por el artículo 3617 del Código Civil no están habilitados para testar los sordomudos que no sepan leer ni escribir.-

La razón es clara, no podrán hacer un testamento ológrafo por ignorancia de la escritura, ni un testamento por acto público por imposibilidad de dictar las disposiciones y de oír la lectura del acto.-

La expresión por signos siendo insegura no es admisible por la ley. De manera que este artículo 3617 no es si no una aplicación particular del principio que hace incapaces absolutos a los sordomudos que no saben darse a entender por escrito (Artículo 54 inc 4º del Código Civil).-

Con más propiedad el artículo 153 del Código Civil declara incapaces a los sordomudos que no sepan darse a entender por escrito. Lo que interesa a los efectos de convalidar el testamento, como cualquier otro acto jurídico, no es una aptitud rudimentaria y casi automática para

trazar letras y palabras, es necesario una escritura que permita exteriorizar el pensamiento y la voluntad y que indique, además, una plena comprensión de lo que escriben.-

Con razón los tribunales han declarados nulos algunos testamentos en que el otorgante había trazados palabras que la prueba demostró que no eran sino una copia mecánica y no la expresión de una voluntad de disponer de los bienes.-

Otras inhabilidades para otorgar testamento.

Fuera de la falta de discernimiento, hay otras situaciones en que el individuo físico no puede testar. Sea porque carezca de la instrucción necesaria para escribir conscientemente en testamento, sea que sufra de un defecto físico que lo torne inhábil para cumplir las formalidades de determinados testamentos. En esos supuestos, no existe propiamente falta de perfecta razón. Pero se quiere preservar al inhabilitado de un engaño, que se trasuntaría en la discordia entre lo querido por su perfecta razón y lo asentado en el testamento. Esto último, en otros términos, podría no ser la cabal expresión del ejercicio de la perfecta razón.-

- Inhabilidad del sordo:

Si el sordo sabe escribir, puede otorgar testamento ológrafo y testamento cerrado, pero no puede testar por acto público, por su impedimento físico de escuchar la lectura del testamento.-

- Inhabilidad del mudo:

El mudo iletrado no puede otorgar testamento ológrafo o cerrado. Tampoco puede, aún letrado, otorgar testamento por acto público.-

- Inhabilidad del ciego :

El ciego no está, en principio, inhabilitado para testar. Puede hacerlo sin inconvenientes optando por el testamento por acto público.-

Puede igualmente otorgar testamento ológrafo, aún cuando su ceguera dificulte considerablemente esa manera de testar. Aún podrá utilizar la ayuda de un tercero que ponga su mano sobre el papel al iniciar cada línea de la escritura.-

Puede, finalmente, testar bajo la forma de testamento cerrado, en los casos excepcionales que se dirán. –

- El iletrado:

Quien no sabe leer ni escribir conscientemente, no puede hacer testamento ológrafo. Si sabe leer y firmar, aunque no sepa escribir le está permitido hacer testamento cerrado. Si no sabe leer ni escribir le queda la posibilidad de otorgar testamento por acto público.

Interdicción.-

Hay que distinguir entre el demente interdicto y aquel sobre quien no ha recaído una sentencia de incapacidad.-

Según el artículo 142 del Código Civil la declaración judicial de demencia no podrá hacerse sino a solicitud de parte, y después de un examen de facultativos. Así, para que una persona pueda ser declarada demente, la ley exige las dos condiciones siguientes, ambas de carácter esencial, en defecto de ellas la declaración de demencia sería nula:

a.- Que la declaración de demencia haya sido solicitada por parte legítima; es decir por algunas de las personas enumeradas en el artículo 144 del Código Civil.-

b.- Que el presunto insano haya sido previamente examinado por facultativos designados al efecto. Este examen, estando prescritos en

términos absolutos, es indispensable en todos los casos, aun cuando el demente se encontrara ya en hospicio de alienados.-

El demente interdicto es un incapaz absoluto -artículo 54 inc. 3º. del Código Civil- y su testamento es un acto nulo de pleno derecho conforme al artículo 1041 del Código Civil. Para declarar esa nulidad, basta con presentar la sentencia de interdicción.-

En cambio si no se trata de un demente interdicto la presunción es que el autor del testamento se hallaba en su sano juicio y el que quiere destruirla tiene que aportar la prueba correspondiente artículo 3616 del Código Civil.-

* Postura a favor de la teoría que niega el derecho de testar al interdicto.

Según esta teoría el demente interdicto no puede testar, en razón de su estado, aún cuando tenga discernimiento para hacerlo, sea por la naturaleza de su enfermedad, sea porque lo haya hecho en un intervalo lúcido, sea porque haya recobrado la razón sin pedir ni obtener el levantamiento de la interdicción, en mérito a las siguientes razones:

- a. Porque es un incapaz absoluto (ar. 54, inc. 3º) sometido a una representación necesaria (art. 57, inc. 3º) y son nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces por su dependencia de una representación necesaria (art. 1041).
- a. Pretender que los arts. 3615 al 3617 contienen excepciones a la incapacidad absoluta de obrar, declarada judicialmente, importa minar toda la eficacia del instituto de la interdicción por enfermedad mental o sordomudez. El incapaz quedaría privado de protección justamente respecto del acto que más se presta a la interferencia de personas extrañas.
- b. Si después de pronunciada la interdicción "serán de ningún valor los actos de administración que el incapaz celebrare" (art. 472)

carecerán de valor, a fortiori, los demás actos jurídicos en que se excedan las facultades de administración.

- c. La invalidez de los actos jurídicos de los interdictos, sólo cede frente a las excepciones expresas, tales las de los arts. 275, 283, 284, 285, 286 y 1807, inc. 7° C. Civ. Y art. 10 L. de matr. Civ. Sólo en los actos ilícitos existe la norma del art. 1070 que no tiene igual para actos jurídicos,. Falta la excepción en materia de testamentos.
- d. "La aptitud para otorgar un acto de última voluntad poseen, única y exclusivamente, las personas legalmente capaces de tener voluntad y de manifestarla, según la textual expresión del art. 3606. El alienado sometido a interdicción es legalmente incapaz, de un modo absoluto, como ya se ha visto."
- e. "El artículo 3615, que es el que está en discusión, no contiene ninguna excepción explícita a todo este sistema legal que ha relacionado, sistema completo, armónico, coherente"

Si Vélez Sarsfield hubiera entendido referirse a todos los dementes, inclusive los interdictos,"lógico es suponer que lo hubiera formulado en forma más precisa y categórica, como cuadraba a una disposición que vendría a derogar en materia de capacidad testamentaria, una regla de tan fundamental importancia como la que habla consignado en el Libro Primero, de la capacidad en general.

- f. El art.3615 tiene por objeto exceptuar los testamentos de lo dispuesto por el art. 474, permitiendo que la impugnación del acto se pueda realizar sin cortapisas. Así surge del primer párrafo de la nota al art. 3615, que ha sido tomado de Marcadé.
- g. Si se reconoce esa paternidad, debe aceptarse también que el codificador escribía bajo la influencia de Marcadé y éste sostiene clara y enérgicamente la nulidad del testamento del interdicto, aún cuando se hiciera en un intervalo lúcido.
- h. También puede apoyarse esa conclusión recordando que en la nota se sostiene que en las disposiciones testamentarias debe exigirse con mayor rigor el ejercicio de las facultades mentales.

"Si se tiene en cuenta que el art. 3615 extrema la exigencia en cuanto a la capacidad, es grave error creer

que puede testar el que hubiere sido declarado incapaz y privado de sus derechos civiles".

- i. El art. 3616, que es una consecuencia de la regla enunciada en el precedente, sienta un principio inconciliable con la interdicción al decir que la ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario.
- j. Es la mejor solución ya que ha terminado por imponerse en la jurisprudencia y doctrina francesa y ha recibido acogida expresa en los Códigos chileno, art. 1005, inc. 3º; colombiano, art. 1061, inc. 2º; venezolano, art. 837, inc. 2º; italiano de 1942, art. 591, inc. 2º; uruguayo, art. 831, inc. 2º; alemán, § 2229.

* Posturas de la tesis que permite al alienado mental interdicto testar en los intervalos lúcidos :

- a. Es cierto que el interdicto es un incapaz absoluto, sometido a una representación necesaria, según los arts. 54, inc. 3º y 57., inc. 3º. Pero ello no supone que carezca totalmente de voluntad, no sólo en la esfera de los hechos ilícitos, art. 1070, sino aún de los actos jurídicos, Ya el Código autorizaba a casarse al sordomudo interdicto (art. 172). Además, según luego lo mantuvo la Ley de matrimonio civil, por aplicación de las normas del derecho canónico, bajo la vigencia del Código, la mujer, a partir de los doce años, no obstante ser una incapaz absoluta, podía casarse; el Código le confiere desde la misma edad capacidad para celebrar contrato de matrimonio (art. 1222), actos ambos que debía consentir personalmente, aún cuando se exigía el asentimiento de padre, madre o tutor.
- a. El art. 1041 no puede aplicarse indiscriminadamente. Ya se ha visto que el interdicto o el absolutamente incapaz por razón de impubertad, pueden casarse y celebrar contrato de matrimonio.

El esas excepciones valen, ¿cómo utilizar el art. 1041 para negar que el art. 3615 contiene otra excepción? Lo que debe lograrse es una interpretación del art. 3615 que le niegue o le acuerde la virtud de ser una excepción al régimen de la incapacidad emergente de la interdicción.

- b. Es muy discutible que se interpreta que los arts. 3615 y 3617 contienen excepciones a la incapacidad absoluta de obrar, declarada judicialmente, se prive al incapaz de protección y se mine toda la eficacia del instinto de la interdicción por conformidad mental o sordomudez. Desde su nacimiento, el individuo físico está obligado necesariamente a anudar y desanudar relaciones jurídicas. En la esfera de los actos voluntarios, ello supone un discernimiento que se va alcanzando paulatinamente en el curso de la vida, pero que es posible que no llegue o se pierda como consecuencia de enfermedades o perturbaciones de la mente. Para que nadie aproveche de la inferioridad del menor o del demente, o del sordomudo que no sabe darse a entender por escrito, se estatuye sobre su incapacidad y se le dan órganos de representación necesaria. Así, no quedará privado del goce de sus derechos, ni quedará borrado de los sujetos que compran, venden, administran, pleitean, etc. Sólo que obrarán en su nombre, para protegerlo, sus representantes necesarios. Pero si se extiende la incapacidad a la facultad de testar, como ésta es personalísima, se priva al interdicto del goce y ejercicio del derecho mismo; en materia testamentaria es como si no hubiera nacido.

¿Es razonable que se le prive de ese derecho indelegable, si en el curso de la interdicción llega a recuperar una perfecta razón?

Se dirá que lo mismo debería ser respecto de los actos entre vivos. Pero no es igual, ya que en los actos entre vivos hay quien actúa por él. Además éstos son múltiples, y la seguridad jurídica está más comprometida permitiendo que cada uno de ellos sea pasible de una impugnación judicial, lo que acarrearía el retraimiento general, ya que nadie se atrevería a contratar con un interdicto, obligado a producir prueba de que lo hizo

durante un intervalo lúcido, Es siempre inconveniente el desencadenamiento de un pleito, pero reducido a la esfera testamentaria no tiene la misma gravedad. Finalmente, no es el mismo el interés protegido. El acto entre vivos afecta al testador mismo, el testamento, afecta a los herederos, Y obsérvese que aquéllos más próximos al testador, tienen además el resguardo de la legítima, que reduce considerablemente la magnitud del perjuicio presunto. Si el riesgo de la interferencia de personas extrañas es más posible en un testamento que en los actos de la vida diaria, no es una verdad que deba aceptarse sin demostración, pero aunque así fuera, no hay duda de que los perjudicados por el testamento tienen oportunidad de defender su derecho, con toda amplitud, luego de la muerte del testador, oportunidad que el art. 474 acuerda en casos muy excepcionales, tratándose de actos entre vivos.

- c. No es admisible el argumento a fortiori que arranca del art. 472. Por el contrario, ese artículo es el mejor argumento para sostener que el demente interdicto puede testar en el intervalo lúcido. Vélez Sarsfield sostiene, en la respectiva nota, que el art. 472 tiene por fuente el art. 502 francés y a sus análogos, los arts. 500 holandés y 384 ardo. Pero no es así. Ha sido tomado del art. 289 del Proyecto español de 1851.

La diferencia entre el 502 francés y sus análogos, y el 289 del Proyecto español y 472 argentino, consiste en que aquellos anulan todos los actos de los interdictos y éstos limitan la nulidad a los actos de administración.

Si el legislador se encuentra con dos modelos, y prefiere uno, ¿Cómo se dirá que ha querido el otro a fortiori?.

Entonces, ¿por qué no adoptó directamente el otro? Para que no se admita que fue una opción irreflexiva, cabe destacar que toda la doctrina francesa que niega al interdicto el derecho de testar durante el intervalo lúcido se apoya justamente en que el art. 502 francés invalida todos los actos posteriores a la interdicción. Si Vélez Sarsfield hubiera querido que el demente interdicto tuviera la misma incapacidad, ¿cómo habría cambiado el texto que le sirve de soporte? Y justamente para decir que la interdicción priva de valor a los actos de administración, es decir a una esfera de las relaciones jurídicas completamente distinta de la voluntad testamentaria.

- d. La segunda parte del art. 3615 no puede interpretarse sino en concordancia con el 472. En primer lugar, porque ambos tienen la misma fuente, el Proyecto español de 1851; y también porque se iluminan recíprocamente. Si el 472 dispusiera la nulidad de todos los actos de los interdictos, el 3615 debería ser más terminante si quería exceptuar los testamentos. Pero limitando el 472 los efectos anulatorios de la interdicción a los actos de administración, no había que aclarar que en el enunciado dementes están comprendidos por igual los interdictos y los no interdictos. Hay pues una excepción tan computable como la del art. 10 de la Ley de matrimonio civil.
- e. Siendo así, el interdicto, durante su intervalo lúcido es persona legalmente capaz de tener voluntad y de manifestarla en materia de testamento y por tanto está comprendido entre quienes pueden disponer de sus bienes, según el art. 3606.
- f. No es necesario que el art. 3615 aclare que en su segunda parte comprende a los dementes interdictos. No lo es, en virtud del principio que prohíbe al intérprete distinguir donde la ley no distingue, y en segundo lugar porque el art. 472 había excluido de los efectos invalidantes de la interdicción los actos que no fueran de administración, precepto que si puede extenderse a los actos de disposición entre vivos, se resiste a comprender el testamento. Además, sería paradójico que cuando el art. 3615 se refiere a los dementes excluya justamente a los únicos que según el art. 140 pueden ser habidos por tales.

- g. Es cierto que el art. 3615 tiene por objeto exceptuar los testamentos de lo dispuesto por el art. 474 sobre la oportunidad de impugnarlo. Pero ese fin queda satisfecho con su primer apartado. No necesitó más el Código francés, art. 901, para lograr que así le entendiera un adoctrina uniforme, que cuenta con el asentimiento de Marcadé, inspirador del primer párrafo de la nota de Vélez Sarsfield al art. 3615. Pero de lo que ahora se trata es de interpretar al alcance de la segunda parte del art. 3615, y no puede ser que ésta obedezca a un fin perfectamente logrado con lo que ya estaba dicho en el primer apartado.
- h. No estimamos que el art. 3615 haya sido redactado bajo la influencia de Marcadé. Vélez Sarsfield lo cita solamente para fundar el primer apartado, en el sentido de que siempre puede ser atacado el testamento luego de la muerte del testador. Pero esto no es materia de debate en la doctrina francesa de aquella época, sino opinión compartida por todos, al interpretar el art. 901 francés, inclusive por Demolombe. No lo cita a Marcadé sobre el segundo apartado, que sigue el Proyecto español de 1851, prefiriendo como en otras notas, reemplazar la cita inmediata por atrás del derecho patrio tomadas de García Goyena. Pero es que pudo considerar fuera de cuestión el alcance amplio del enunciado demente luego de haber limitado los efectos de la interdicción en el art. 472, contrayéndolo a la nulidad de los actos de administración y desechando la fórmula francesa que la extendía a todos los actos.

Por lo demás, la nota al art. 3615 no es útil para las dos tesis que estamos considerando. Después de la primera parte en que, repitiendo a Marcadé, acoge un pensamiento común a toda la doctrina francesa, fija criterio en la divergencia entre Troplong y Demolombe, sobre quiénes están impedidos de testar por demencia, para decidirse por una solución ecléctica sobre la indivisibilidad de la razón humana. Luego, encamina su argumentación hacia el concepto de intervalos lúcidos, Compárese lo que al respecto contiene el art. 3615 con el art. 600 del Proyecto español y se tendrá la razón de la diferencia. Vélez Sarsfield estimó peligroso dejar a la

decisión de los tribunales el significado de intervalos lúcidos y prefirió limitarlos a aquellos que sean suficientemente ciertos y prolongados para asegurarse que la enfermedad ha cesado para entonces.

- i. Es cierto que en el testamento, según la nota al art. 3615, debe exigirse con mayor rigor el ejercicio de las facultades mentales. Pero de lo que se trata es justamente de que éstas se ejerciten desde el punto de vista intelectual. No de la incapacidad constitutiva de una situación jurídica, con prescindencia de la perfecta razón recuperada.
- j. El art. 3616 no es una consecuencia de la regla enunciada en el 3615, ni tampoco puede decirse que en ellos se contemplan supuestos diferentes.

Mientras el art. 3615 estatuye quiénes pueden testar desde el ángulo de la perfecta razón, el 3616 dispone sobre la carga de la prueba. Parte de la presunción juris tantum, confirmatoria del art. 140 de que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario, y determina luego quién debe aportar la prueba, en qué consiste, y la variante introducida por la invocación del intervalo lúcido, No desconoce ni reconoce la interdicción. Concretándose al hecho de la alineación mental, la declaración judicial de la interdicción dará la prueba de la notoriedad de la enfermedad y por tanto facilitará considerablemente la que incumbe a quien ataca el testamento. Tampoco es exacto que el art. 3616 sea inconciliable con el 141, y sólo comprende la demencia habitual y notoria que casi coincida con la fecha del testamento. Lo que establece el art. 3616 es que la prueba de ese estado habitual y notorio de demencia se ubique en un tiempo próximo al testamento, aunque exista desde

mucho antes, no bastando la constatación de una antigua alineación mental con relación a época muy alejada a la del acto testamentario.

- k. La mejor solución no priva sobre la solución legal. Además está por ver si lo es la que sujeta a la inflexibilidad de un sistema, un acto particularísimo, tal como el testamento. Máxime cuando en la práctica, la solución argentina no ha dado lugar a enojosas cuestiones, ni ha multiplicado los litigios. Es que probar el intervalo lúcido, tal como lo exige el art. 3616, máxime frente a las actuales conclusiones de la ciencia médica, es obstáculo casi invencible. Si alguien lo logra, ¿por qué negarle los beneficios que para él quiso el testador?

Esta doctrina confirma y completa un sistema que, retornando al concepto de los juristas romanos, confiere al testamento un régimen propio, y permite eludir problemas, tales como los de la emancipación del menor, la capacidad de la mujer casada menor de 18 años, la validez del testamento del sordomudo interdicto que aprendió a leer y escribir y no pidió la cesación de mi interdicción, etc.

La demencia del art. 3615 no es la misma que autoriza a pedir la interdicción, según el art. 141. El afectado por manía parcial puede ser declarado demente, y sin embargo, según la nota al art. 3615 puede otorgar testamento válido si no está afectada la esfera intelectual correspondiente a su voluntad testamentaria.

El interdicto no está privado de testar, durante los intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos y prolongados para asegurarse que la enfermedad ha cesado para entonces (art. 3615). Con mayor razón podrá testar si el tiempo de hacerlo estaba curado, aún cuando no se hubiera levantado la interdicción. Serán altamente ilustrativos el

pedido de levantamiento de la interdicción, y la prueba pericial que se hubiera podido producir, corroborante de un completo restablecimiento.-

También estará facultado para testar si su demencia habitual no alcanza la esfera de su perfecta razón para querer y entender respecto de las disposiciones testamentarias.-

- Intervalos lúcidos

Concepto

Comenzando por la Ley de las Doce Tablas recorriendo la legislación romana y toda otra desde sus orígenes y en su evolución se verá que del intervalo lúcido –eficaz para dar validez a los actos durante él celebrado por un demente, y lo que todas admitían- se tenía un concepto preciso y definido: era la vuelta a la perfecta razón que, por un espacio de tiempo experimentaba el demente, dentro y durante el curso de su enfermedad.-

El intervalo lúcido siempre suponía, vuelta a la completa razón y no era confundido con estados momentáneos de aparente lucidez, a los que Velez llama estados de remisión accidental.-

En otras palabras del demente que pasaba por ese intervalo, se tenía la seguridad que durante él obraba como persona normal, que tenía todas sus condiciones, aunque se sabía que necesariamente volvería a su estado de demencia en más o menos espacio de tiempo.-

El intervalo lúcido podía durar solo un espacio de tiempo, pero el debía ser suficiente para apreciar a ciencia cierta, que la persona pasaba por el mismo.-

Según el artículo 3615 del Código Civil los dementes pueden testar en un intervalo lúcido, siempre que sea suficientemente prolongado y cierto, como para asegurar que la enfermedad ha cesado entonces.-

Cuando el código habla de que el intervalo lúcido debe ser lo suficientemente prolongado para persuadirse que la enfermedad ha cesado por entonces emite una proposición científicamente falsa, porque no hay una cesación por intervalo; hay curación, que puede ser o no definitiva, pero siempre curación.-

Interdicción del sordomudo.-

El sordomudo puede ser declarado interdicto, y por ende incapaz absoluto, si no puede o no sabe darse a entender por escrito (artículos.54 y 153 del Código Civil).-

Si logra adquirir la facultad de darse a entender por escrito, recupera su capacidad, mediante la sentencia judicial que constate aquella adquisición. -

Indudablemente que desde el ángulo de la perfecta razón, el sordomudo tiene una situación mejor que el alienado mental. No hay un déficit intelectual tan marcado, sino una dificultad para la comunicación de las ideas y de la voluntad. Por lo tanto, si no admitimos la incapacidad del alienado mental interdicto para testar, durante los intervalos lúcidos, menos podemos aceptar que el sordomudo interdicto carezca de ese derecho cuando haya aprendido a comunicarse por escrito. Desde entonces, puede hacer testamento ológrafo y testamento cerrado, escribiendo y firmando en este último caso las disposiciones testamentarias y el acta.-

La inhabilidad para testar obedece exclusivamente a la prohibición del artículo 3617.-

El artículo 3617 insta un régimen propio, al disponer: no pueden testar los sordomudos que no sepan leer y escribir. No es suficiente saber leer y escribir, sino comprender lo que se lee y escribe. Queda ratificado por lo dispuesto en cada una de las formas testamentarias. Aún sabiendo escribir, el sordo mudo no puede otorgar testamento por

acto público, pues no puede escuchar su lectura. No puede otorgar testamento cerrado, pues éste le exige saber leer y firmar y no puede extender testamento ológrafo, porque éste exige escribir, con cabal conocimiento de lo que se escribe.-

Es decir, el sordomudo que no sabe leer y escribir conscientemente, con prescindencia de su interdicción, carecen de las facultades psicofísicas para testar. Si sabe, tiene dos medios para hacerlo: el testamento ológrafo y el testamento cerrado.-

Tratamiento de la capacidad para testar en el derecho internacional

Capacidad para testar.-

La capacidad para testar está regida por el derecho del domicilio del testador al tiempo de hacerlo (art. 3611 Cód. Civ.). La calificación de esta capacidad depende sólo del tiempo de otorgamiento (art. 3613).

La norma persigue, en realidad, preservar la validez del testamento, otorgado cuando el testador era capaz, contra una invalidez sobreviviente provocada por una causa de incapacidad ulterior.

También en el texto de la nota del codificador al artículo 3613 palpita la idea del favor testamentii. .-

Siguiendo el espíritu de Savigny, es difícil justificar que la capacidad del testador pueda depender de un derecho desconocido para él al momento de otorgar el testamento. -

Interpretación

Ante todo, hay que descubrir la intención real del testador teniendo en cuenta el derecho que éste parece haber contemplado en las circunstancias del caso. A falta de certeza sobre aquella voluntad, la interpretación puede ser sometida al estatuto sucesorio preservando la unidad de sentido del testamento (Goldschmidt, ob. cit., nº 308). Pero no se puede prescindir del derecho del domicilio del testador al momento de otorgar el testamento, porque cabe presumir,

relativamente, que él lo tuvo en cuenta al testar, y manifestó su voluntad en el contexto de ese derecho. -

Naturalmente, la *lex situs* es decisiva en cuanto a los derechos reales que se pudiera intentar constituir mediante disposición testamentaria (arts. 10 y 11, Cód. Civ.). Se ha decidido que la interpretación de un testamento que dispone sobre un inmueble argentino, o sobre muebles con situación permanente en la Argentina, está regida por el derecho argentino, (Cám. Civ. 1ª Cap. Fed., sentencia del 30/12/1941, J.A., 1942-I-806). -

Revocación

La revocación de un testamento está regida por el derecho argentino si al testamento revocado se lo otorgó en la Argentina o si el revocador tiene domicilio en la República al tiempo de la revocación (Goldschmidt, ob. cit., nº 308). En este sentido, el artículo 3825 el Código Civil argentino parece contener, para las hipótesis descritas, una norma de policía que impone exclusivamente el derecho argentino a la revocación. -

En cambio, si el testamento revocado fue hecho en el exterior y es revocado por el testador domiciliado en el extranjero en el momento de la revocación, esta última es regida por el derecho del lugar en que se otorgó el testamento o por el derecho del domicilio del testador al tiempo de otorgado (art. 3825, Cód. Civ.). Para estos supuestos, el artículo 3825 contiene una norma de conflicto con elección alternativa de los derechos aplicables antes señalados. Según la nota al pie de dicho artículo, el codificador se inspiró en el Código de Nueva York, § 554. La disposición contiene una reglamentación complicada y de dudosa razonabilidad, porque no toma en cuenta conexiones contemporáneas al acto de la revocación. Se prefiere el derecho del testamento revocado al derecho del lugar de la revocación actual.

Sería más justo permitirle al testador que revoque su testamento según el derecho de su domicilio al tiempo de la revocación, como si fuera a otorgar un nuevo testamento, máxime que el Código acoge el principio según el cual el testamento posterior revoca al anterior (art. 3828) y la revocación sólo puede ser efectuada por testamento posterior (art. 3827). Estas ideas estarían más de acuerdo con un tratamiento de la revocación como si fuera un nuevo testamento. -

Nulidad del testamento por incapacidad del testador

- Prueba de la falta de suficiente discernimiento

El artículo 3616 determina prolijamente la carga de la prueba.

Dispone: La ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario.-

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, pero el testador algún tiempo antes de testar se hubiese hallado notoriamente en estado habitual de demencia, el que sostiene la validez del testamento debe probar que el testador lo ha ordenado en su intervalo lúcido.-

Los artículos 3615 y 3616 del Código Civil, se los debe interpretar en el sentido de que el testador debe obrar con discernimiento, por lo cual el acto del demente sería nulo y el del demente no declarado anulable.-

- La presunción

Tratándose de persona que haya cumplido los dieciocho años, y no siendo un sordomudo privado de la habilidad de leer y escribir, toda persona está presuntivamente habilitada para testar. Pero ésta es una presunción juris tantum, que admite la prueba en contrario.-

Mientras esa prueba no se produzca y mediante sentencia judicial se la repute suficiente para destruir la presunción legal, el testamento debe tenerse por válido.-

- Carga de la prueba.-

La prueba debe ser producida por el que acciona por nulidad del testamento. Claro ésta que la parte que defiende la validez del testamento no falta de interés en acreditar la perfecta razón influirá desfavorablemente en el ánimo del jugador, cuando tenga que valorar la ofrecida por el que pidiere la nulidad.-

El juez, en el momento de la sentencia, aprecia toda la prueba y la de descargo sirve para conjurar la que tiende a probar la invalidez.-

Bien distinto es el caso en que a las declaraciones de testigos que aduzcan hechos demostrativos de la falta de discernimiento se opongan otras declaraciones que afirmen hechos demostrativos de un buen juicio, que aquel en que sólo obren aquellas declaraciones. Si el demandado no ofreció ningún testigo, debe presumirse que no encontró quien compartiera la actitud que asumió en el proceso.-

La carga de la prueba funciona más bien para el caso en que ninguna de las partes predice prueba. En tal caso la demanda será rechazada.-

Sin embargo no puede desconocerse que si el que defiende la validez del testamento se beneficia con la presunción legal, tiene una desventaja respecto de la prueba en sí.-

Entre la prueba que demuestra la falta de la perfecta razón con hechos concretos y la que aporta evidencias de una normalidad total del testador, aquella tiene a su favor ser más directa y convincente; ya que quien aparentemente se conducía como persona cabal, pudo sin embargo sufrir perturbaciones psíquicas que le privaran de la perfecta razón para otorgar el acto testamentario impugnado.-

La falta de perfecta razón debe coincidir con el tiempo en que se hizo el testamento. El artículo 3616 se redactó bajo la influencia preponderante de Demolombe, y debemos interpretarlo como que exige la mayor aproximación posible entre el tiempo en que ha faltado la perfecta razón y el día en que se otorgó el testamento.-

Aduciéndose un estado accidental de pérdida de la perfecta razón como la embriaguez, u otros efectos tóxicos, corresponderá la prueba rigurosa de que ese estado pasajero coincidió con el momento de testar. El mismo rigorismo sería excesivo frente a un caso de alineación mental.

Dice Demolombe: "Si el demandante probara que, sea antes, y sobre todo poco tiempo antes de la disposición, sea después, y sobre todo poco tiempo después, el disponente no estaba sano de espíritu, nuestro criterio es que el espacio intermedio quedará comprendido, ya que en fin, no se debe tampoco exigir lo imposible y la verdad es que le será a menudo imposible al demandante probar la insana de espíritu del disponente, en el momento preciso y riguroso en que hizo la disposición. Es ésta, por lo demás, la solución acogida por la jurisprudencia y doctrina francesas y que aceptan los tribunales y juristas italianos, es la interpretación que adoptamos para el derecho argentino y uruguayo. Con relación a ese momento es más rigurosa, si no se acredita la notoriedad de la alineación mental.-

En el supuesto de un testamento ológrafo, redactado en diversas épocas y fechada y firmado en una posterior, hasta la perfecta razón en esta última, pues es cuando el testamento queda concluido, significando la incorporación de fecha y firma una verdadera y útil ratificación del cuerpo del testamento.-

- Tendencia judicial. -

Afirmada enérgicamente la soberana apreciación de los jueces en la determinación de la capacidad del testador, éstos han sido poco inclinados a admitir la falta de perfecta razón.-

Aún aportada la prueba de un estado mental deficiente, han preferido considerar que se trataba de un estado de debilidad de la razón, o de caracteres caprichosos o de conductas raras, pero compatibles con la perfecta razón.-

- El intervalo lúcido

Cuando Vélez Sarsfield redactaba el Código, la ciencia psiquiátrica admitía el intervalo lúcido. Esa afirmación científica había repercutido en el derecho romano, y se incorpora al Código argentino, según confirman, entre otros preceptos, los de los arts. 3615 y 3616.-

Para que tuvieran el efecto de borrar la invalidez del testamento otorgado por un demente Vélez Sarsfield no se conformó con la sombra del reposo inumbrata quies, que alguna vez sobreviene al demente.-

Los intervalos lúcidos de que hablan las leyes, no son una tranquilidad superficial, una remisión accidental y pasajera del mal. Es preciso que el intervalo lúcido sea una vuelta completa de la razón, que disipe las ilusiones y los errores de que estaba poseído el demente.-

Desde entonces han variado las conclusiones de la siquiatria. Así, Rojas admite:

1º.- Formas de la alineación mental que no privan de la lucidez, pero ésta se perturba en la interpretación de los hechos, Hay un delirio interpretativo que constituye una alineación mental permanente con lucidez. Mal puede, entonces hacerse consistir en el intervalo lúcido la recuperación de un enfermo que es siempre lúcido.-

2º.- En otros supuestos el alienado mental tiene momentos de recuperación del juicio, en los cuales conversa con precisión, responde con exactitud y llega, a veces, a rectificar sus ideas de alienado; pero son estados pasajeros, no llegan a constituir el intervalo perfectísima, y por tanto no es la recuperación del juicio caracterizada por Vélez Sarsfield.-

3º.- En los enfermos con un fondo de insuficiencia, de confusión, o de demencia, esta última en el sentido de debilitación de las funciones intelectuales, puede haber una remisión, o una mejoría, pero sigue siendo alienado aunque esa mejoría puede prolongarse mucho.-

4º.- Enfermos que tienen no período de normalidad durante el cual se han curado sin perjuicio de volver a enfermar. Pero no es un intervalo lúcido. Es la curación total, aunque episódica.-

Podría sostenerse que si no existe el intervalo lúcido, ha perdido importancia la solución legal que admite testar durante él, y, por ende, la facultad de probar que el demente habitual y notorio hizo el testamento en su intervalo lúcido. No nos sometemos a ese criterio, no sólo porque opiniones autorizadas siguen admitiendo la realidad de los intervalos lúcidos, sino también porque la rectificación que habría traído el progreso científico hace más a terminología que a lo permanente de la norma jurídica.-

- Prueba de la existencia del intervalo lúcido.

Cuando se invoca el intervalo lúcido no hay propiamente una inversión en la carga de la prueba, sino que distribución de la prueba. Al que impugna el testamento le corresponde probar la demencia, su notoriedad, su habitualidad y que ella privaba al testador de perfecta razón. Dada esa prueba, ubicada en el tiempo, en fecha próxima al testamento, triunfará en su pretensión el que sostiene la invalidez del

acto, si el demandado a su vez no prueba que el testador había vuelto temporaria y completamente a la razón, con la disipación de las ilusiones y errores que le poseían.-

Si se trata de un demente notorio, habitual, según dijimos, la prueba se simplifica para el impugnante en cuanto no necesita referirse al tiempo del testamento. Bastará que ese estado síquico sea probado algún tiempo antes. "La prueba de la causa anuladora del testamento por insania comprende varios extremos: la falta de razón del paciente, el carácter habitual de dicho acto, la notoriedad del mismo y una proximidad relativa con respecto a la fecha en que se otorgaron las últimas disposiciones (SC Buenos Aires, Abril 28 1964). ED, 8-326.

Desde la época de los romanos, pudo apreciarse que en algunos enfermos la razón retomaba, sea por momentos, sea por intervalos. La razón total, más que la lucidez. ¿Por qué no reconocerle entonces, al que tenía restablecido su juicio, el derecho de testar? La misma razón que inspiró al jurista romano, sigue vigente en el derecho ulterior y se conserva en el actual, sea realmente un intervalo lúcido, o una curación total pero no definitiva, o una mejoría que sin ser curación permita al testador entender y querer razonablemente el acto testamentario.-

Lo que interesa desde el punto de vista jurídico es: que el alienado mental quede privado del derecho de testar sólo al tiempo y es la medida de su falta de perfecta razón.-

Esta última deberá adecuarse a la índole de la enfermedad. Si el testador padecía de delirio interpretativo, no consistirá en su lucidez, sino en haber logrado una cabal interpretación de los hechos, desapareciendo los errores e ilusiones que gobernaban su conducta. Si fue un caso de insuficiencia, de confusión o de demencia, habrá que probar la remisión o la mejoría, tan intensa que a juicio del

magistrado haya permitido al testador obrar con perfecta razón. Es el caso de enfermos que curan para volver a enfermarse, que el testamento fue durante la remisión del mal.-

La recuperación de la salud mental no debe referirse a un momento, sino a un intervalo suficientemente prolongado para que no quepa duda sobre dicho evento.-

Finalmente, tratándose de un alienado normal, habitual e irreversible, la duda debe decidirse contra la validez del testamento.-

Dentro de este criterio levantándose tantos obstáculos contra una solución que valide actos testamentarios dudosos, es justo se mantenga la posibilidad de testar aún al alienado, mental notorio y habitual, interdicto o no.-

- Medios de prueba

Como se trata de probar hechos, son admisibles todos los medios de prueba contemplados por las leyes de fondo y forma, aún la indirecta resultante de presunciones. Los medios de prueba pueden concurrir eficazmente apoyándose entre sí, principalmente la prueba de testigos con la de presunciones.

Siendo imposible la prueba directa del estado mental, será dificultosa por la muerte del testador que le impide al juez verificar su estado mental, y acudir, con idéntica eficacia que tratándose de un individuo vivo, a la prueba pericial. De ahí la amplitud en cuanto a los medios probatorios utilizables, pero también la necesidad de reforzar su apreciación con criterios orientadores, apoyados en la experiencia judicial, tendiente a sortear errores.-

Consideraremos a continuación, sin perjuicio de valorarlos luego como presunciones y de tratar en particular los distintos medios utilizables, inclusive la pericia médica.-

- Juicio y sentencia de interdicción

El juicio y la sentencia de interdicción son una prueba decisiva de la demencia habitual y notoria. Por lo tanto, ofrecida esa prueba, sólo corresponderá, en principio, oponer a la nulidad del testamento, que éste se otorgó en un intervalo lúcido, de los caracterizados por el artículo 3615 del Código Civil, o que el testador había recuperado el juicio sin que se hubiera levantado la interdicción, o que la forma de demencia sufrida no obstaba a la juiciosa apreciación de la conducta respecto a una, algunas o todas las disposiciones testamentarias.-

- Contenido del testamento

La prudencia y buen juicio con que el testador hubiera dispuesto de sus bienes, es un indicio favorable de perfecta razón. Si el testador ha beneficiado a quienes estaban ligados con él por vínculos de cariño o agradecimiento, siendo razonable y justo que los favoreciera, si estaba espiritualmente alejado de sus parientes, o si también los contempla en una medida criteriosa, si responde a fines altruistas de beneficencia, debe presumirse que testó gozando de perfecta razón.- En particular, el buen juicio demostrado por el contenido del testamento es prueba corroborante de haber sido otorgado en un intervalo lúcido, si se trata de un demente habitual y notorio. Estaríamos frente a una fuerte presunción de que al realizar ese acto contrario a su manía, gozaba de una remisión de su enfermedad.- Si la demencia fue parcial, el buen juicio de todas o algunas disposiciones sería indicio de haberlas insertado con el auxilio de la parte sana de su mente. Tal sería la que favoreciera con una liberalidad razonable a viejos sirvientes, o tuvieran un fin de bien público.-

Claro está que no se trata de una circunstancia decisiva, pues según lo expresa Demolombe con palabras de D'agousseau, no basta un acto de prudencia para ser prudente. Recuerda además que una disposición razonable de los bienes puede no ser la obra espontánea del testador, sino de terceros que, abusando de su incapacidad, se beneficien enmascarando el fin perseguido con esas disposiciones razonables, a fin de que no se trasluzca nada que induzca a dudar de la lucidez mental del testador.-

- Testamento contrario a los sentimientos del testador

Más fuerte es la presunción de falta de perfecta razón que emana del testamento contrario a los sentimientos y afecciones del disponente, a la equidad, a la seriedad. En ese caso el contenido del testamento de por sí, o concurriendo otras pruebas, pueden formar la convicción judicial sobre la ausencia perfecta de la razón.-

- La letra y la firma del testador

En el curso de la vida y aún en cada uno de sus instantes, el estado físico y síquico se refleja en al escritura. La caligrafía y las anormalidades materiales, correcciones, omisión de palabras, de letras, etc, traducen anomalías computables, pero ellas pueden resultar de trastornos sicográficos. Por ejemplo tratándose de confusión mental, la firma clara y legible del testador es un elemento decisivo para negarla, ya que la firma debió convertirse en un garabato gráfico, en el momento de la crisis.-

- La intervención del escribano

En el testamento notarial el escribano debe dar fe que conoce al otorgante (artículo 1001), o de lo contrario, exigir testigos de conocimiento. En el primer supuesto con mayor razón, pero en ambos ineludiblemente, toma contacto personal con el testador, y aprecia su perfecta razón. Corrientemente agrega una cláusula por la cual declara que según su saber y entender, el testador está en el pleno uso de sus facultades, mentales, lo que ha constatado por su manera de razonar. No se trata de una cláusula obligatoria, y por tanto puede prescindir de ella. Si la enuncia, no hace prueba hasta la inscripción de falsedad, pues la perfecta razón no es un hecho que el escribano pueda atestar, ya que escapa a su particular idoneidad.-

Así lo destaca Vélez Sarsfield en la nota al artículo 3616, y lo ha sostenido la doctrina.-

Sin embargo cabe una observación. Si no se discute la alineación mental más o menos oculta, sino el estado de inconsciencia, o si se aduce que el testador se expresó con claridad y precisión, cuando sólo ha pronunciado frases inconexas o pensamientos inconclusos, la inexactitud versaría sobre hechos respecto de los cuales el testamento hace plena fe (artículo 994 del Cod. Civil) y debe ser atacado mediante querrela de falsedad. Si no se da ese supuesto y lo que se discute es la salud mental, no la falsedad del escribano sobre el comportamiento del testador, podrá atacarse el acto demostrando que aquella faltaba, sin recurrir a la querrela de falsedad, pero aún entonces no puede negársele importancia a la afirmación del escribano, y ella "obliga a extremar todas las precauciones posibles en el análisis de la capacidad para determinar con el mayor grado posible de certeza si se halla destruida o no la presunción de capacidad.-

La presunción declina en la medida en que el escribano es beneficiado en el testamento con la retribuida función de albacea, y aún más si se

le confieren atribuciones que lo convierten en el árbitro único del juicio testamentario, con facultades tan amplias que llegan a convertirlo en eventual partidor y en liquidador del acervo hereditario.-

Además, si hubo testamento por acto público resulta más difícil admitir la ineficacia, por la cual se fue sosteniendo que ella no puede quedar librada a un testimonio único, porque de lo contrario se vulneraría la seguridad jurídica, inherentes a esta clase de instrumentos.

Aunque el escribano autorizante haya expresado en la escritura pública que el testador a su juicio se hallaba en pleno uso y goce de sus facultades mentales, según su acertado modo de razonar, tal atestación es inocua, porque los escribanos no tienen por misión comprobar auténticamente el estado mental de aquellos cuyas voluntades redactan, y además la fe del instrumento solo se refiere a la actuación personal del oficial en ejercicio de sus funciones, pero no se extiende a las aseveraciones al margen de su cometido, como las apreciaciones sobre la salud mental y física del compareciente, que puedan ser rebatidas por cualquier medio de prueba.-

- La prueba de testigos

Tratándose de apreciar el estado mental pretérito respecto de una persona muerta, la declaración de los testigos constituirá la prueba más importante. Los testigos dirán cuál era el comportamiento del testador al tiempo de testar, y el juez apreciará si fue excluyente de la perfecta razón, ya sea valorándolo por sí mismo, ya sea auxiliado por peritos.-

Para que pueda hacerse la valoración los testigos no deben concretarse a enunciar un juicio sobre el estado mental del testador, sin acompañarlo de los hechos y circunstancias que lo fundamentan. Por lo tanto, sin esos hechos o circunstancias el juicio carecería de

valor porque los testigos suplantarían al juez en un punto tan delicado.-

En la apreciación de la prueba es aconsejable:

- 1º.- Dar mucho más valor a una circunstancia positiva testificada que no a una negativa. Es frecuente en estos casos que los familiares o interesados sostengan que el individuo no mostraba nada anormal en su conducta, que no había dado lugar a sospechas de alineación, mientras el individuo, por el contrario, se hallaba en condiciones mentales alteradas, no fácilmente revelables para un ojo profano;
- 2º.- Tener en cuenta la convergencia de las diversas declaraciones testimoniales recogidas sin conocimiento las unas de las otras, por los varios testigos y ver en la que armonizan entre ellas y
- 3º.- Es menester ser particularmente estricto y admitir la eficacia cuando las declaraciones son serias, decisivas, contundentes.

Impugnado un testamento por acto público o un testamento cerrado, el escribano y los testigos del acto pueden ser ofrecidos para atestiguar en el proceso, pues si bien no pueden contradecir, variar ni alterar el contenido de él, si no alegasen que testificaron el acto por dolo o violencia que se les hizo (artículo 992 del Código Civil), podrá sin embargo suministrar esclarecimientos muy útiles para apreciar el estado mental del testador, precisamente en el momento de testar.-

- Testigos médicos

Tanto el juicio sobre el estado mental del testador como la enunciación de hechos relativos a su conducta tienen mayor importancia cuando emanan de médicos, pues eran los que estuvieron en mejores condiciones para reparar en los hechos que servirán para determinar si hubo o no un estado de alineación mental. Pero su importancia no debe exagerarse si no dominan la siquiatria o si tuvieron una

actuación profesional desgraciada o si declarando como testigo no recuerda lo atinente al examen practicado, aún cuando conozcan un certificado que entonces extendieron.

La prueba se debilita si los testigos médicos discrepan entre sí acerca de la aparición y naturaleza de la perturbación mental y no concuerdan con las demás probanzas de autos. Igualmente declina la eficacia de la prueba, si hay un solo testigo médico.-

- Las presunciones

También sirven para juzgar sobre la falta de discernimiento del testador. Debe partirse de la presunción que considera en su cabal juicio a toda persona mientras no se pruebe lo contrario, pero a ella pueden oponerse válidamente presunciones emanadas de hechos comprobados, que acrediten lo contrario.-

El contenido del testamento, irracional, es una presunción; el suicidio puede constituir otra; la incoherencia en la correspondencia, la alteración de la escritura, el error en las cuentas, son también presunciones. Es por la vía de presunción que se considera que el testador estaba incapacitado para otorgar el testamento, si se probó que desde antes sufría una demencia irreversible y sin remisiones temporarias.-

Puede invocarse como presunción una enfermedad grave, que atacó la cabeza, si clínicamente puede provocar la demencia senil de primer grado, en una persona de edad avanzada.-

En cambio, confirman la presunción legal en el sentido de la habilidad para testar, el buen juicio de las disposiciones, así como la presunción de no ser el fruto de una improvisación o de influencias perturbadoras de un efectivo querer, sino la expresión reiterada de una decisión firme

mantenida durante muchísimos años y consignada en sucesivos testamentos.-

Las presunciones sirven igualmente para restarle eficacia a otra prueba.

- Prueba instrumental

La prueba instrumental puede consistir en escritos emanados de la testadora, o en instrumentos donde ha quedado una prueba sobre su salud mental, aún cuando no haya tenido ese preciso objeto.-

Dentro de los actos emanados de la testadora, es ilustrativa su correspondencia para establecer su estado mental, y ella no está sometida a ese efecto al recaudo de la fecha cierta siendo particularmente útil la documentación de la prueba más próxima posible a la del testamento.-

Igualmente, no puede descartarse como elementos ilustrativos, las constancias contables, las cuentas, los actos de administración, el otorgamiento de numerosos actos jurídicos, en que intervino personalmente el testador.

- Historias clínicas

Son prueba de singular valor, los informes emanados de los establecimientos médicos donde estuvo internado el testador y que se libran en base a las historias clínicas usuales en esos establecimientos.-

Sirven para fijar la época en que empezó a manifestarse la demencia, y el curso de la misma. Pero ella no impide producir la prueba de haber empezado antes o después, a los fines de la invalidez del testamento.-

Cuando la falta de perfecta razón se origina en enfermedades orgánicas o en la medicación que las acompaña, también sirven las historias clínicas de los establecimientos de salud o de los médicos que asistieron al testador.-

- Pericia médica realizada en vida del testador

En el supuesto de haberse realizado en vida del testador su examen psiquiátrico por expertos, aún cuando se trate de una pericia carente de las garantías que acompañan a las que tienen lugar en el proceso, se la considerará de mayor eficacia que la que se realice post mortem; siempre que la autoridad científica de los que la efectuaron permita confiar en ella acordándosele particular significación al hecho de haberla practicado los médicos oficiales de Tribunales.-

- Pericia médica "post mortem"

Para la declaración de la interdicción es necesaria la pericia médica. Es que nada puede ser más importante para determinar el cuadro psiquiátrico de un individuo que su examen por entendidos. Pero la pericia médica post mortem no tiene la oportunidad de examinar al testador, y se basa en lo que otros vieron y conocieron. De ahí que no se la repute ineludible. Si se realiza, se ha considerado que tiene el valor de una mera conjetura. O que no puede consistir en el examen de la prueba de testigos.-

La pericia médica post mortem tendrá por objeto ilustrar al juez sobre el significado de la conducta del testador, desde el punto de vista psiquiátrico, reconstruyéndosela de acuerdo con los hechos que se hayan acreditado en el proceso o hayan reconocido las partes. Ese esclarecimiento técnico de hechos que para el profano pueden resultar

sin importancia, y que el juez no habría podido apreciar en todo su valor, tiene un indudable poder de convicción.-

Ella será aún mayor si tiene por base elementos objetivos valiosos, consistentes en los informes de profesionales producidos en vida del causante y que condujeron a declarar la demencia. "

Los peritos médicos carecen de la facultad de utilizar probanzas ajenas a las acumuladas en el juicio, tomando declaraciones de testigos o compulsando prueba instrumental que no haya sido ofrecida y producida por las partes, salvo que éstas le acordaren dicha misión, en particular respecto de historias clínicas obrantes en establecimientos de curación.-

Con relación a los actos de última voluntad, el Código Civil adopta un régimen distinto del establecido para los actos entre vivos. En efecto, con arreglo al art. 474 después que una persona haya fallecido, no podrán ser impugnados sus "actos entre vivos" por causa de incapacidad, a no ser que ésta resulte de los mismos actos, o que se hayan consumado después de interpuesta la demanda de incapacidad; en cambio, sus disposiciones testamentarias podrán ser atacadas aunque el testador no haya sido juzgado como demente (nota al art. 3615) .-

La pericia es siempre un auxilio para el juez: pero la falta de perfecta razón es de apreciación judicial exclusiva, de manera que el magistrado puede apartarse de las conclusiones de los peritos, por más unánimes que sean.-

- Pericias caligráficas y grafológicas

Tienen un valor meramente coadyuvante y deben someterse a la valoración de los peritos médicos, quienes pueden apreciarlas mejor en relación con el estado mental del testador.-

Los peritos están facultados para proceder con amplitud en el uso de firmas y letras que deben ser comparadas, y las definiciones relativamente escasas en el elevado número de las manifestaciones escritas consultadas no son signos patognómicos de alineación mental, aún cuando puedan ser apreciados para establecer el grado de discernimiento del testador. Los resultados deben ser severamente juzgados, pues una dolencia momentánea, un cansancio físico pasajero, la edad, pueden acarrear modificaciones que no sean sin embargo expresivas de una pérdida de la perfecta razón.-

En el caso de un estado de anormalidad sometido a remisiones, la coincidencia de la firma del testamento con aquellas de la época de plena normalidad y las irregularidades de otras firmas puestas en fechas anteriores y posteriores al testamento es una presunción de que éste fue otorgado en un momento de lucidez mental.-

- La confesión

Deben computarse los hechos confesados por las partes y que se refieren a la conducta del testador.-

Nulidad del testamento del sordomudo

- Sordomudo que no sabe darse a entender por escrito

Como reza el art. 3617, el sordomudo que no sabe darse a entender por escrito sufre una incapacidad total para hacer toda clase de testamento; la concurrencia de ambos factores torna nulo el que otorgue.-

- Comprende por igual a interdicto y al no interdicto

La incapacidad no depende de la interdicción sino de la concurrencia de dos factores que no sólo impiden la cabal expresión de la voluntad testamentaria, sino que, acumulados, significan también una grave disminución de la perfecta razón. -

- La prueba en el caso del sordomudo interdicto

El testamento del sordomudo interdicto adolece de una nulidad absoluta y manifiesta, que resulta de la exhibición de la sentencia de interdicción y la confrontación de su fecha con la del testamento.-

A esa prueba, para rehabilitar el testamento, puede oponérsele la de haberse superado uno de los dos factores, particularmente que el interdicto aprendió a escribir.-

Aún suponiendo que la interdicción fuera de fecha posterior al testamento, las pruebas que antecedieron y justificaron dicha sentencia serán de mucha importancia en el juicio por nulidad del testamento, fundada en la sordomudez unida a la falta de aptitud para darse a entender por escrito.-

- La prueba en el caso del sordomudo no interdicto.-

En este caso, el testamento estaría afectado de anulabilidad, puesto que la nulidad no sería manifiesta. Corresponde al que ataca el testamento hacer valer la nulidad por la vía ordinaria ante el juez de la sucesión, y le incumbe la prueba de que el testador, al tiempo de hacer el testamento, estaba afectado de sordomudez y además que su instrucción no le permitía darse a entender conscientemente por escrito.-

Pueden también utilizarse todos los medios de prueba. Si el sordomudo no sabía escribir y aparece un testamento ológrafo

atribuido a él, habrá una falsificación. Lo mismo sucederá si n
subiendo firmar aparece firmando un testamento por acto público o un
testamento cerrado.

En esos casos se requerirá querrela de falsedad.

CASO "FRITZ MANDL"

La Cámara nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, falló el 3 de marzo de 1981 el caso "Mandl, Fritz A. M.". El testador Mandl era al parecer nacionalizado argentino domiciliado en Buenos Aires. Al descubrir su grave enfermedad se trasladó a Viena. Obtuvo la nacionalidad austríaca. Estuvo en Austria aparentemente entre marzo o abril hasta su fallecimiento, en setiembre de 1977. Testó instituyendo única heredera a su quinta esposa. Tenía hijos de matrimonios anteriores domiciliados en la Argentina. Había bienes relictos en la Argentina. La Cámara afirma la jurisdicción del juez argentino y considera aplicable el derecho argentino. Se basa en el artículo 10 del Código Civil, y en la doctrina del fraude a la ley. La Corte desestimó un recurso de queja por denegación de un recurso extraordinario interpuesto contra el fallo de la Cámara.

He aquí los fallos:

Considerando: 1º) Aunque la apelante centra sus agravios especialmente en la interpretación de los artículos 10 y 11 del Cód. Civil, juntamente con otros artículos y notas del codificador tendientes a fundar la incompetencia del juez argentino para conocer de este proceso sucesorio en atención a la naturaleza de las cuestiones a resolver, en las que está directamente interesado el orden jurídico argentino, el tribunal considera que se encuentra facultado para examinar previamente otras cuestiones que están vinculadas con la imperatividad de las normas de la República, que podría verse afectada si se limitara a decidir la materia relacionada con la unidad o

pluralidad de sucesiones cuando en el patrimonio del causante existen bienes inmuebles situados en el país y otros fuera él. -

A fojas 339 vuelta y 593 se invocó la aplicación de la teoría sobre el fraude a la ley extranjera. -

Sobre el punto cabe recordar la definición expuesta por Niboyet en el sentido de que la noción del fraude a la ley en derecho internacional privado, es el remedio necesario para que la ley conserve su carácter imperativo y su sanción, en los casos en que dejen de ser aplicable a una relación jurídica por haberse acogido los interesados fraudulentamente a una nueva ley (J.P. Niboyet, Derecho internacional privado, pág. 439, nº 246). Este autor sostiene que "parece preferible que el fraude a la ley tenga un lugar aparte, independiente del orden público, es una noción destinada a sancionar en las relaciones internacionales —abstracción hecha de toda cuestión de orden público— el carácter imperativo de las leyes". Agrega que "cada vez que los particulares son sometidos al respeto de la ley imperativa, el derecho interno sanciona generalmente las violaciones de la misma con la nulidad de los actos. Es preciso, en efecto, que el respeto de la ley imperativa interna quede asegurado, no solamente en derecho interno, sino también en derecho internacional" (Niboyet, ob. cit., pág. 442, nº 248). En síntesis, concluye que la naturaleza de la noción de fraude a la ley es ser un remedio destinado a sancionar las leyes imperativas, pues hay que evitar que, en las relaciones internacionales, la ley imperativa se convierta en facultativa (ob. cit., página 443). -

Se ha considerado que cuando se utiliza el tipo legal en forma fraudulenta, la respuesta legal carece de validez, pues se intenta obtener de mala fe un resultado que no corresponde. En el fraude puede haber actos que respetan el texto legal, pero que eluden su

aplicación y contravienen su finalidad. Se trata de la utilización de una disposición legal opuesta a la finalidad que tuvo el legislador al sancionarla (medio legal para el fraude) y la reducción de ámbito de aplicación de la ley foral (derecho defraudado). Esta maniobra se lleva a cabo falseando los puntos de conexión para evadirse de la norma legal competente, creándose de esta forma una localización caprichosa que no corresponde a la ratio legis (Alberto J. Pardo, Derecho internacional privado. Parte general, página 346, Buenos Aires, ed. 1976). Concordantemente se ha expresado que las características positivas del tipo legal de la norma indirecta (la causa y los hechos subyacentes de los puntos de conexión), desencadenan la realización de la consecuencia, siempre que no haya fraude. Por ello, este último es considerado la característica negativa del tipo legal (Werner Goldschmidt, Derecho internacional privado, basado en la teoría trialista de "mundo jurídico", página 100, nº 120, Buenos Aires, ed. 1974). Entre los ejemplos de realización de fraude este autor menciona al manipuleo en la elección del domicilio, expresando lo siguiente: "Al establecerse en un lugar, interviene la voluntad de hacerlo así. Sin embargo, el hecho de que ahora el derecho de este lugar sería el aplicable a la sucesión, es algo que el legislador ordena, sin interesarse por la voluntad del causante. La maniobra fraudulenta consiste en que una persona primeramente se informa sobre el derecho que más le place que se aplique a sucesión, y que luego allí establezca su domicilio hasta el día de su muerte. En este caso cabe decir que el fraudulento desea morir en un país (el que abandona) con la legislación de otro (del de adonde va)" (Goldschmidt, ob. cit., pág. 102). También afirma que el fraude no se identifica con el hecho psíquico de la intención fraudulenta, sino con la conducta exterior indiciaria de aquélla (ob. cit., pág. 103). Otros autores, en cambio,

ponen el acento en el elemento psicológico de la intención de burlar la ley, señalando que nada es más legítimo que reconocer al juez la facultad de apreciarlo (Niboyet, ob. cit., págs. 444/5, nros. 249 y 250). Se ha sostenido que si bien la forma de actuar de la persona se manifiesta en los actos exteriores, ello no impide que tenga como base el reproche de una conducta dolosa, agregando que los modos de probar el hecho no modifican la esencia subjetiva del fraude (Pardo, ob. cit., pág. 352). -

2º) En la "constancia personal de pasaporte argentino renovado" agregada en fotocopia a foja 612, cuyo contenido es coincidente con la que obra en los archivos de la sección consular de la Embajada de la República de Viena, aparece firmado por el interesado, el 3 de diciembre de 1976, que se domiciliaba en Avda. del Libertador 2234, Buenos Aires, República Argentina, que se dirigía a "residencia temporaria en Austria", y que es argentino naturalizado. -

Según reconocen ambas partes, es cierto que en marzo de 1977 el causante cayó gravemente enfermo y fue internado en el Sanatorio de la Pequeña Compañía habiéndose diagnosticado un mieloma múltiple, aunque discrepan los interesados acerca del motivo que originó el traslado del causante a Austria. -

A fojas 330/3 obra fotocopia de un testamento y su traducción, que habría sido redactado a máquina y firmado por el causante en Viena el 22 de abril de 1977.-

A fojas 346/7 se agrega constancia del otorgamiento de ciudadanía austríaca a partir del 12 de agosto de 1977. -

En las certificaciones de foja 343 y su traducción de foja 344, la Municipalidad de Abastos, Schwarzau en las montañas, consta que el causante tuvo su domicilio en Graben 100 de esa municipalidad desde

el 28/8/77 hasta el 6/9/77, y a partir de esta última fecha hasta su fallecimiento, en Viena 4, Argentinierstrasse n° 26. -

De la partida de defunción se desprende que falleció el 8/9/ 77, figurando como causa de la muerte: "Citoma plasmático". -

La declaración en diciembre de 1976, la constancia de pasaporte argentino renovado, en el sentido de que su domicilio se hallaba en esta República y que se dirigía a una residencia temporaria en Austria, contrastan con la actitud asumida con posterioridad al momento en que cayó gravemente enfermo aquí en Buenos Aires en marzo de 1977 y se trasladó a Austria, intentando cambiar de domicilio y de nacionalidad. Para apreciar al motivo que pudo haber generado ese cambio de actitud corresponde examinar los elementos de juicio aportados al proceso. -

Aun cuando fuera admitido que el causante pasaba largas temporadas en las distintas residencias que poseía en varios países y que en ellas hubiera tenido muebles, ropa y servicios listos para utilizar cuando residía temporalmente en las mismas, lo bien provisto que se encontraba el departamento de Avda. del Libertador 2234, de esta capital, piso 2º, no sólo en cuanto al mobiliario, sino especialmente la cantidad de ropa que se menciona en el inventario realizado el 15 de diciembre de 1977 en estas actuaciones, permite considerar que hasta que se enfermó, pocos meses antes de morir, ése era el asiento principal de su residencia, característica que define el domicilio real de las personas (art. 89, Cód. Civil). -

Al presentarse la recurrente a fojas 234/8 expresa que el causante a partir del 30 de abril de 1977 tuvo su domicilio en la ciudad de Viena (Argentinierstrasse 26 A 1041 Wien IV), Austria, pero de la certificación posteriormente acompañada a fojas 343/4 surge que ése fue el "domicilio" del causante desde dos días antes de su

fallecimiento y que el anterior en el mismo país lo fue desde pocos días antes, siendo de destacar además que la aludida certificación fue posterior a la muerte, el 12/12/77. -

Por otra parte, cabe recordar que los hijos del causante al oponerse a la incompetencia articulada, mencionan a la incidentista como "quinta cónyuge" de su padre. Esos mismos hijos a foja 386 vuelta expresan que su padre, casado en terceras nupcias, instaló su hogar conyugal en la República Argentina en 1940. En el otrosí digo de fojas 259 vuelta/260, se presenta Herta Wrany de Schneider Werthal —madre de quienes iniciaron este proceso sucesorio y esposa del causante— y manifiesta que tomó conocimiento de la iniciación de la sucesión de su cónyuge, del cual se divorció, habiendo sido declarada la culpa de ambos por lo que expresa que no toma intervención con este proceso ni debe figurar en la declaratoria de herederos. Esos hechos permiten comprender el alcance de la cláusula 7ª del mencionado testamento. En la traducción, a foja 332 vuelta, dice: "Ciertas partes ponen en duda la validez de matrimonios posteriores que he contraído, y también la legitimidad de algunos de mis descendientes. Es únicamente por precaución que fijo que todas las disposiciones a favor de mi esposa M. y en favor de los descendientes nombrados en 3, tienen validez aun para el caso inesperado que mi matrimonio con M. sea declarado nulo...". Esa situación familiar del testador y la circunstancia de haber instituido como única heredera a aquélla, pudiendo afectar el régimen sucesorio vigente en nuestro país (ver además cláusulas del testamento, foja 332 y vuelta), ante lo prescrito por los artículos 3283 y 3284 del Código Civil, llevan a la convicción de que el causante tomó en consideración cuál era la legislación sucesoria más conveniente a sus propósitos y actuó en consecuencia, utilizando voluntariamente la regla de conflicto y modificando los

puntos de conexión que aquélla impone. R. 259.161, 10/4/80, y precedentes jurisprudenciales y doctrinarios citados en el dictamen de f. 604). -

Por las consideraciones precedentes, de conformidad con lo dictaminado por el fiscal y asesor de menores de Cámara, se resuelve confirmar la resolución de foja 558 con el alcance señalado, esto es, declarando la competencia del juez de esta jurisdicción para conocer de este proceso, y que la sucesión debe regirse por nuestro derecho sucesorio. Con costas a la apelante (art. 69, Cód. Procesal). — Jorge H. Alterini. — Agustín Durañona y Vedia. — Santos Cifuentes.

FALLO DE LA CORTE SUPREMA

Buenos Aires 13 de octubre de 1981.

Considerando: 1º) Que el recurrente se agravia contra la resolución de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C, que declaró la competencia de los tribunales nacionales para conocer de un proceso sucesorio y la aplicabilidad a él del derecho argentino. -

2º) Que es reiterada jurisprudencia- de esta Corte que los actos que deciden cuestiones de competencia no son apelables por la vía del artículo 14 de la ley 48, salvo cuando declaran la incompetencia de los jueces de la Nación. -

3º) Que, aun de superarse ese óbice formal, las cuestiones resueltas por la Cámara y debatidas por el quejoso —el real domicilio del causante, la unidad y pluralidad sucesoria y la existencia de fraude a la ley— constituyen cuestiones de hecho y derecho común ajenas a la jurisdicción extraordinaria del tribunal, tema a cuyo respecto cabe señalar que el procedimiento que se cita fue establecido en ejercicio de las atribuciones conferidas por el artículo 24, inc. 7, del decreto-ley 1285/58. -

Por ello, se desestima la queja. Declárese perdido el depósito de foja 1. — Adolfo R. Gabrielli. — Abelardo F. Rossi. — Pedro J. Frías. — Elías P. Guastavino. — César Black.

El último domicilio del causante

El último domicilio está influido por la aparente intención de evadir el derecho sucesorio argentino. Hay dos cosas que estudiar aquí. Una es si había o no domicilio en Austria al momento de la muerte. Otra es determinar si ese domicilio austríaco era fraudulento. La primera es lógicamente previa. No hay que confundirlas.-

La Cámara parece considerar admisible "que el causante pasaba largas temporadas en las distintas residencias que poseía en varios países...", pero entendió que el asiento principal de sus negocios era Buenos Aires, apreciando "lo bien provisto que se encontraba el departamento de Avenida del Libertador 2234 de esta capital, piso 2, no sólo en cuanto a mobiliario, sino especialmente la cantidad de ropa...". Hay además otros elementos: la constancia de domicilio en Buenos Aires del pasaporte argentino y el reconocimiento de que "en marzo de 1977 el causante cayó gravemente enfermo y fue internado en el Sanatorio de la Pequeña Compañía". Esto parece tener una importancia decisiva, pues ordinariamente una internación se hace en el país del domicilio. Empero, esta hospitalización debe ser apreciada conforme a las demás circunstancias del caso. Hubiera sido interesante saber con quién vivía el causante. La convivencia con la "quinta esposa" era un dato relevante, a los efectos de probar su último domicilio, no la validez del último matrimonio. Este dato normativo era importante a los fines de determinar el fraude a la ley, no el domicilio. Y aún cabe plantear la cuestión relativa a saber si no era necesario enjuiciar la validez de aquel matrimonio en la Argentina para probar una intención fraudulenta efectiva. No está claro si existía

realmente un impedimento de ligamen. El quinto matrimonio era puesto en duda. Pero estas dudas ¿eran fundadas?

Ante las posibles "largas temporadas en las distintas residencias que poseía en varios países", ¿no era necesario ahondar más acerca de la verdadera realidad de esta vida internacionalizada? ¿Cuáles eran aquellas residencias? ¿Qué vínculos tenían el causante con aquellos "varios países"? ¿Cuánto tiempo vivía en ellos? ¿Con quiénes? ¿Cuáles eran sus actividades? En definitiva, ¿Con qué país el causante tenía lazos familiares, personales, profesionales, culturales, económicos, más estrechos? ¿Cuál era el centro real de su vida?

(arts. 89

, 91, 92, 93, 94, Cód. Civ.). La residencia en el lugar de internación ¿fue voluntaria? (art. 95

, Cód. Civ.). ¿Existía abandono de algún domicilio extranjero? (art. 96 , Cód. Civ.). Como el domicilio es el lugar adonde gravita la vida, se funda en el principio de proximidad (Paul Lagarde, ob. cit.). "Le principe de proximité n'est certes pas plus proche de la vérité que ne l'est par exemple le principe de souveraineté. Mais tout simplement, il est plus proche de la vie et c'est son titre de noblesse" (pág.194). -

¿Con qué país estaba más próxima la vida de Mandl? Habría que saber las respuestas a las preguntas anteriores. Si no hay respuestas, se trataría de una persona con domicilio desconocido (art. 90 inc. 5, Cód. Civ.). La residencia vienesa hubiese sido decisiva. No hay que llegar fácilmente a la aplicación de esta norma, aunque tampoco cabe afirmar un domicilio sin certeza sobre él, ni siquiera el último (art. 98 , Cód. Civ.).

Relevancia jurisdiccional del forum rei sitae

La Cámara reitera el valor de su propio precedente R. 259.161, del 10 de abril de 1980. En rigor, hubiera bastado afirmar la jurisdicción

argentina en virtud de la localización de los bienes. La apelante había expresado sus agravios sobre este fundamento. ¿Era necesario el excursus sobre el fraude a la ley argentina? Al parecer la Cámara dio carácter de ratio decidendi a la sanción del fraude a la ley, pero admitiendo el otro fundamento como corroborante. Es decir que si no hubiese habido fraude, igualmente serían competentes los jueces argentinos. -

Alcance relativamente territorial de la sentencia

El pronunciamiento da por supuesto que su eficacia será relativa, esto es, limitada a los bienes argentinos. La sentencia supone esta autolimitación de la misma eficacia. Ello está de acuerdo con el principio de la pluralidad en ciertos bienes. Aparentemente no había muebles sin situación permanente en la Argentina (Ver supra, "Walter de Hahn", J.A., t. 5, pág. 29).-

Ninguna preocupación muestra el fallo consiguientemente por su reconocimiento de eficacia en otros países, particularmente en los países en donde dice que el causante tenía otros bienes. La decisión, siendo de efectos unilaterales, no se ocupa de la sucesión multinacional, sino sólo de la parte argentina de la masa hereditaria. Si este criterio se generaliza, todos los jueces extranjeros deberían hacer lo mismo. La pluralidad de jurisdicciones y leyes aplicables frustra el fin del derecho internacional privado (Ver cap. IV). -

Todo el desarrollo sobre el fraude a la ley argentina tiene sentido sólo si se admite la posibilidad de la aplicación de un derecho extranjero en virtud de una norma de conflicto afectada por el fraude. -

La sentencia incurre así en autocontradicción metodológica de grave índole. Aparentemente luchan en la sentencia concepciones universales y territoriales. Es de esperar que Final del formulario en esta implícita lucha incipiente la concepción internacional privatista

gane terreno. De lo contrario es mejor no hablar de fraude a la ley ni de derecho internacional privado siquiera. La ley del foro es todo.

Lex situs y fraude a la ley

Es interesante hacer ver que la aplicación absoluta y sistemática de la *lex rei sitae* puede alentar curiosamente el fraude a la ley con más facilidad que el cambio de domicilio. Basta pensar en el hombre de negocios que escapa a su ley personal adquiriendo en la Argentina inmuebles o muebles con situación permanente. Aquí el juez argentino aplicará sin más su *lex fori*, sin preocuparse en absoluto de un fraude a la ley extranjera próxima al causante cuya aplicación descarta y excluye de plano con su imperiosa *lex fori*. Así se cierra todo camino hacia la coordinación de diversos sistemas jurídicos, sin la cual el derecho internacional privado no existe en realidad, sino como mero artificio conceptual para saber cuándo se aplica la *lex fori* y para aplicarla casi siempre, o al menos, siempre que se asuma jurisdicción.

Mala política.-

Graves incoherencia históricas y axiológicas

El sistema examinado reposa en la incoherencia histórica que supone más importantes los inmuebles y los muebles con situación permanente en el país (arts. 10 y 11, primera parte, Cód. Civ.).

Recuérdese lo que pensaba el juez Ramón Méndez en "Walter de Hahn":

"Ni por razón de los bienes ni por razón de las personas, encuentro motivo que justifique la necesidad de imponer la apertura de un juicio sucesorio local, 'ya que no pueden quedar afectados en ningún caso la soberanía nacional, ni los principios económicos que han servido de guía al legislador en materia de sucesiones...". -

Recuérdese que en este caso se trataba de dinero y acciones de sociedades anónimas depositadas en un banco en la Argentina. Hoy

estos bienes son de la mayor significación económica. ¿Acaso el paquete accionario de control de una sociedad anónima argentina de interés para la economía puede quedar sujeto a la ley en el último domicilio del causante y, en cambio, un modesto inmueble o automóvil debe quedar sujeto a la ley argentina por razones de soberanía y por principios económicos? .-

Pero la raíz del asunto está en que las leyes sucesorias no se han dictado guiadas por principios económicos ni de soberanía nacional, sino por transmitir la herencia con justicia entre los particulares, sin perjuicio de los principios de orden público sucesorio, como, v.gr., la legítima. -

Esta confusión ideológica o axiológica perturba el razonable tratamiento de la herencia totalmente multinacional (sobre su concepto, ver cap. IV). Estas consideraciones tienen por destinatarios primordialmente a nuestros jueces y abogados. Ruego una reflexión sobre estos puntos. Estoy seguro de que por sus eminentes virtudes en la magistratura sabrán, en un sentido o en otro, tenerlas en cuenta. En definitiva, creo que éste es el papel que se debería exigir a lo que suele llamarse la doctrina. Aspiro, y creo con algún derecho, a este diálogo con los jueces, a quienes tengo razones para valorar y venerar.-

Los hijos de las terceras nupcias y la quinta cónyuge de causante
Aparentemente, los hijos de las "terceras nupcias" del causante, iniciaron el juicio sucesorio en la Argentina refiriéndose a la incidentista como "quinta cónyuge" de su padre. La Cámara sostiene que "esos hechos permiten comprender el alcance de la cláusula 7ª del mencionado testamento". ¿A qué hechos se alude? No a las afirmaciones, sino a las terceras nupcias y a la "quinta cónyuge". Pero éstos no son hechos sino situaciones jurídicas que requerían análisis

sobre su legalidad. Por lo demás, la cláusula 7ª aludía a las dudas de ciertas partes sobre la "validez de matrimonios posteriores que he contraído y también la legitimidad de algunos de mis descendientes". Juzgar sobre el fraude a la ley hubiese requerido apreciar la validez de los matrimonios en cuestión y la legitimidad de los descendientes. - Así, pues, había varios problemas. Uno era determinar ante todo si el verdadero y real último domicilio estaba en la Argentina. Otro, era averiguar la situación jurídica de matrimonios y descendientes según el derecho argentino si el último domicilio realmente había estado en la Argentina. Creo que ni uno ni otro fue examinado con suficiente rigor, máxime si de tales situaciones se dedujo el fraude a la ley, lo cual requiere un detenido análisis de las circunstancias fácticas y de las normas contra las que se dirigió la intención evasiva o fraudulenta. En realidad, lo decisivo era la aplicación de la *lex situs*. Tampoco se identificó a qué muebles hubiese sido aplicable la ley del último domicilio extranjero. Aparentemente se consideró aplicable el derecho del último domicilio, pero como éste había estado realmente en la Argentina según la sentencia, igualmente conducía a la *lex situs*, de la cual se desprendió la jurisdicción argentina. -

La sentencia argentina y su probable eficacia internacional

Supóngase que la sentencia argentina hubiese resuelto la sucesión por la conexión domiciliar, y no por la situación de los bienes. En aquella hipótesis cabe considerar que la sentencia hubiese tenido vocación de reconocimiento de eficacia internacional. Era necesario examinar el grado de reconocimiento internacional de la sentencia en los países en donde había bienes. Recordemos que eran varios los bienes y los países. A fin de dictar una sentencia útil, hay que examinar su posible reconocimiento extranjero y adoptar las soluciones que puedan alcanzar el grado más amplio de

reconocimiento, a fin de resguardar la armonía de las decisiones hasta donde fuera posible. Las partes harán eso porque les interesará saber en qué países podrán hacerla valer. Los jueces no pueden desentenderse de la preocupación por el grado de eficacia internacional de sus sentencias. Un juez extranjero no debiera ignorar que su sentencia no se reconocería en la Argentina si su decisión no fuese igual a la que en la Argentina se daría en la sucesión de inmuebles y muebles situados permanentemente en el país. Se requiere una comparación de probables decisiones a fin de coordinarlas con el mayor grado de armonía posible, es decir, efectiva. Un paso importantísimo hacia esta armonía es la unificación internacional de las normas de conflicto. Pero este paso no basta. Los jueces deben estar persuadidos de la justicia que pueden hacer aplicando un derecho para dar una solución al caso, aun cuando exista una pluralidad de jurisdicciones sucesorias concurrentes.-

Referencia al sistema jurídico del último domicilio del causante

La conexión del artículo 3283 del Código Civil, a la ley del último domicilio del causante ha de ser entendida como referencia al sistema jurídico de aquel domicilio. Consiguientemente, hay que admitir la decisión que en aquel sistema se adopte sobre la sucesión, sea esta decisión basada en una escisión del derecho aplicable, en una transmisión o reenvío al derecho de la nacionalidad, en la solución basada en su propio derecho material, porque también aplica la conexión del último domicilio. En definitiva, la decisión que adoptaría el juez del último domicilio del causante. Esta tesis se desarrolló ampliamente en las precedentes ediciones de nuestro Derecho internacional privado (1978, págs. 335 y sigs.; 1983, I, págs. 528 y sigs.). -

Reconocimiento de la sentencia argentina en los foros del patrimonio

Pero además se debe considerar que la referencia a la solución del sistema del último domicilio será adoptada si es reconocida la sentencia argentina basada en aquel sistema en los lugares donde existan bienes. Si en estos lugares fuese desconocida, el juez argentino aplicará a los bienes de esos lugares la solución que allí se reconozca. Esta construcción que habíamos propuesto en nuestro artículo "Nuevas perspectivas en el derecho sucesorio internacional", *Jurisprudencia Argentina*, tomo 21-1975, páginas 466-476, y retomada en nuestro *Derecho internacional privado*, 1978, páginas 335-365, y 1983, tomo I, páginas 528-561, encuentra un fundamento metodológico de alto vuelo científico en la teoría del reenvío al "ordenamiento competente" del profesor ordinario de la Universidad de Nápoles Paolo Picone, en sus libros *Norme di conflitti speciali per la valutazione dei presupposti di norme materiale*, Napoli, 1969, páginas 98 y sigs., 167 y sigs.; el mismo autor, "Il rinvio al 'ordinamento competente' nel diritto internazionale privato", en *Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, 1981, página 309; el mismo autor, *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padova, 1986, páginas 52 y siguientes. -

En un orden de ideas que aparentemente guarda cierta afinidad, porque confieso que no conocía el pensamiento de Picone hasta ahora, sobre todo por su curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya de julio de 1984 ampliado y profundizado en su libro precitado "Ordinamento competente e diritto internazionale privato", 1986, con las del ilustrísimo profesor de Nápoles, la concreta creación de la situación jurídica de heredero en el foro argentino debe tener en cuenta el modo unitario y simultáneo al reconocimiento del carácter de heredero en los lugares de situación de los bienes, para que aquella situación jurídica tenga efectiva probabilidad de

despliegue internacional concreto y útil. Por este método se trata de no crear una situación jurídica de heredero o derechohabiente sucesorio claudicante, evitando el conflicto concreto en los lugares donde necesariamente debe producirse el reconocimiento de eficacia de aquella situación jurídica creada en el foro argentino, los lugares de radicación de los bienes. -

Esta metodología de coordinación produce una situación jurídica consolidando, de modo unitario y simultáneo, el punto de vista de uno o más ordenamientos extranjeros en bloque, en concreto (Picone, *Ordinamento*, cit., págs. 52 y sigs., pág. 56). Los "puntos de referencia" son, en este contexto, los lugares de situación de los bienes. Hay que tomar en cuenta el reconocimiento de la sentencia argentina en aquellos puntos de referencia necesaria para la eficacia internacional de la sentencia. -

La tesis de Picone no ha sido, a mi juicio, apreciada en su verdadera dimensión en el curso general de Lagarde en la Academia antes citado, porque trata el método de Picone como criterios para determinar la jurisdicción propia o extranjera de modo aislado sin considerar que aquella tesis tiene por fin un tratamiento de la situación jurídica consolidando puntos de vista de diversos ordenamientos a coordinar. No es un método sólo de conflicto de jurisdicciones, sino de prevención anticipada de conflictos de diversos ordenamientos con relación al reconocimiento de una situación jurídica material. -

CONVENCIÓN SOBRE LA LEY APLICABLE A LAS SUCESIONES POR CAUSA DE MUERTE ADOPTADA POR LA 16ª SESIÓN DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE 1988

La Convención dirime la ley aplicable según un sistema de conexiones complejo, subsidiario y flexible. Rige la ley de la residencia habitual del causante al tiempo de su muerte si era nacional del Estado de

residencia en aquel tiempo o si su residencia duró un período no menor de cinco años, inmediatamente precedente a su muerte. Empero, en circunstancias excepcionales, si al tiempo de su muerte él estaba manifiestamente más estrechamente conectado con el Estado del que entonces era nacional, la ley de este Estado es aplicable (art. 3, párrs. 1 y 2).

En otros casos, la sucesión se rige por la ley del Estado de la nacionalidad del causante al tiempo de su muerte, a menos que en ese tiempo el causante estuviere más estrechamente conectado con otro Estado, en cuyo caso esta última ley es aplicable (art. 3, párr. 3) . Se admite una designación del derecho aplicable para regir la totalidad de su sucesión (professio juris) con ciertas limitaciones (art. 5).

Sobre la Convención véase Actes et documents de la Seizième session, tomo II, Succesions loi applicable y la participación en la Conferencia de la delegación argentina.

Una consideración más detallada de esta crucial Convención, como de muchas otras, llevaría el volumen de esta obra a un conflicto de intereses con el editor que prefiero evitar en atención a su encomiable esfuerzo en la Argentina...

25.- CONCLUSION:

La realidad del derecho internacional privado está sujeta a una efectiva unificación, es necesario construirlo mediante la cooperación de las organizaciones internacionales. El tratamiento de la herencia multinacional reclama esta óptica y este esfuerzo de cooperación.- Para solucionarla adecuadamente, esto es, conforme a su naturaleza, sólo el punto de vista internacional es real. Las perspectivas nacionales son fraccionadoras por su tendencia *lex fori*. Tienden a contemplar la herencia multinacional como un conjunto de herencias nacionales partidas. Pero como la herencia multinacional no es así, la perspectiva puramente nacional, unilateral, es irreal. Considera la parte como si fuera el todo.-

El estudio de este tema específicamente referido a la capacidad del testador, que se encuentra determinado en fuente interna y que presupone la existencia de las condiciones a que nos hemos referido anteriormente, para que el testamento sea válido, me ha generado la duda si realmente puede aplicarse también al acto de testar, la exigencia de que la capacidad jurídica del testador debe existir al momento de otorgar el testamento.-

La celebración de actos jurídicos entre vivos requieren para su validez, entre otros requisitos, que la persona sea capaz al momento de su realización de discernir y obrar en consecuencia. Esta exigencia es aún más estricta a los actos post mortem, pues no sólo se exigen las capacidades relativas a todos los actos jurídicos sino que además se requiere una "perfecta razón".-

Si bien es cierto que el Código Civil en forma expresa establece en su artículo 3613: " para calificar la capacidad de testar, se atiende sólo al tiempo en que se otorga el testamento, aunque se tenga o falte la capacidad al tiempo de la muerte" la exigencia de la perfecta razón al

momento de testar a mi criterio, debería plantearse también al momento del fallecimiento del testador.-

Esta cuestión está prevista al preservar los momentos o intervalos lúcidos, porque precisamente, tratándose de un acto personalísimo de disposición a título gratuito, la ley extrema las precauciones para que se refleje realmente la voluntad del testador.-

Durante estos intervalos lúcidos el testador puede modificar su testamento cuantas veces quiera y por los motivos que sólo él sabe.-

También podría decirse que una persona mentalmente inhábil, durante ese lapso, por su misma condición esta incapacitada de decidir, pero justamente también puede pensarse que durante ese lapso, a veces muy prolongado, tampoco estuvo en condiciones de decidir si se mantenían las mismas circunstancias y hechos que lo motivaron a testar de determinada manera y que lo llevaron a favorecer a determinada persona.-

En materia testamentaria lo único que interesa es la voluntad del causante, la validez que la ley reconoce a las disposiciones testamentarias no tiene otro punto de apoyo que la voluntad del causante. A diferencia de los actos jurídicos aquí no puede considerarse de la seguridad del comercio jurídico, ni de la palabra empeñada, elementos tenidos en cuenta al evaluar la validez o invalidez de un acto y la voluntad en materia contractual.-

La única parte importante en el acto jurídico de testar es el testador y los derechos que buscan respetarse son los de él mismo.-

Relacionado con la inquietud expresada acerca de si se respeta realmente la voluntad del testador, se encuentran las disposiciones que contemplan la revocabilidad del acto opuesto por los interesados después de muerto el testador.-

Estas disposiciones son las taxativamente enumeradas en el art.3843 del C.Civil: "La revocación por causa de ingratitud no puede tener lugar sino en los casos siguientes:

1. Si el legatario ha intentado la muerte del testador.-
2. Si ha ejercido sevicia, o cometido delito o injurias graves contra el testador después de otorgado el testamento.-
3. Si ha hecho una injuria grave a su memoria".-

Estas disposiciones son de aplicación restrictiva, quedando afuera los actos de desagradecimiento en que pudiere incurrir el beneficiado por el testamento. Tal sería el caso de que el testador habiendo instituido heredero a determinada persona, luego se vea afectado por un estado de demencia e internado en un instituto adecuado la persona beneficiada por el testamento se desentienda totalmente del demente.-

Precisamente aquellas condiciones, cualidades y virtudes que motivaron al testador en su momento a designarlo heredero testamentario, se han desvirtuado en la realidad, y seguramente el testador de poder hecerlo, revocaría su testamento.-

Quizás podría encontrarse una posición intermedia que contemple situaciones de injusticia como la expresada u otras también posibles, teniendo en cuenta aquellos lapsos de tiempo muy prolongados entre que el testador emite su testamento, se convierte en demente y el fallecimiento.-

Todo esto surge a raíz del principio fundamental de proteger la voluntad del testador, diría la última, la que se motiva entre otras, pero fundamentalmente, en las condiciones personales de quien se pretende beneficiar.-

La modificación de estas condiciones lleva en la práctica al cambio de testamento, lo que no puede hacer el demente, que se encontraría sometido a la injusticia de beneficiar a quien finalmente no lo considere justo premiar con la generosidad de regalarle sus bienes.-

En otro orden de ideas, cuando la sucesión internacional resulta fraccionada por derechos extranjeros vinculados a los bienes, lo más lógico sería la aplicación de un solo derecho, para evitar de esta manera que existan ordenamientos jurídicos contrapuestos.-

Lo fundamental es asumir como futuro profesional del derecho un rol importante en convencer a los magistrados de la necesidad de adoptar una solución multinacional equilibrada, suprimiendo los desajustes que pudiera provocar la *lex situs*; esto sería una justa solución uniforme por adaptación material.-

Es posible la sumisión a un solo derecho de toda la herencia internacional según todos los derechos de colisión, quebrantar la unidad significa de por sí una injusticia. Y si no se alzan contra aquella unidad razones de policía concretas o de orden público internacional, la injusticia del fraccionamiento es insalvable, porque no concurren causas que hagan necesario padecer esa injusticia en holocausto a otras valoraciones de preponderante jerarquía.-

En cambio, si aquella sumisión a un solo derecho no es posible a la luz de los sistemas de conflicto vinculados al caso, es inútil declarar en la Argentina la unidad de la herencia internacional, que extraños derechos habrán de fraccionar. He aquí la efectividad como límite de la justicia. Hay que medir el grado de eficacia internacional de nuestras normas de conflicto, comparándolas con las normas extranjeras de igual naturaleza, mediante el reenvío.-

El objetivo central de este trabajo fue establecer la necesidad de una aplicación integral, es decir total, del sistema jurídico extranjero, de

manera que la consecuencia jurídica de la norma indirecta del juez manda aplicar el Derecho Internacional Privado extranjero, y luego entonces un derecho privado cualquiera. No significa la pérdida de la soberanía "como poder de un estado", como muchos autores exponen, todo lo contrario, dar ese paso de integración en todo el ordenamiento jurídico interno e internacional, comprende tener un estado con mayor justicia, ya que daría las herramientas legales para solucionar casos internacionales aplicando un solo derecho.-

BIBLIOGRAFIA

- Tratado de Derecho Civil Argentino.
Sucesiones. Tomo I y II . Dr. Guillermo A. Borda. Editorial Perrot Buenos Aires. Tercera Edición Actualizada del 14 de agosto de 1970.-
- Tratado de los Testamentos. Volumen 1 y 2. Dr. Santiago C. Fassi. Editorial Astrea de Rodolfo Depalma y Hnos. Buenos Aires 1971.-
- Tratado de las Sucesiones I y II. Dr. Salvador Fornieles. Valerio Abeledo, Editor -Librería Jurídica del 13 de octubre de 1939.-
- Incapacidad Civil de los Insanos Mentales. Dr. Alberto J. Molinas. Tomo I. Ediar Soc. Anóm. Editores, Buenos Aires 1948.-
- Código Civil y Leyes Complementarias Anotados por Acdeel Ernesto Salas y Félix A. Trigo Represas. 2ª edición, actualizada, Tomo I y II, Ediciones Depalma Buenos Aires 1979.-
- Código Civil y Leyes Complementarias Anotados por Félix A. Trigo Represas y Marcelo J. López Mesa. Actualización Tomo IV-B, Ediciones Depalma Buenos Aires 1999.-
- Código Civil, Edición al cuidado de Ricardo Zabalia, Año 2000.-
- Tratado de Derecho Civil Parte General Tomo I, Edición del cincuentenario del Dr. Raymundo M. Salvat, actualizado por José María López Olaciregui. Tipografica Editora Argentina, Buenos Aires 1964.-
- Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Santa Fe Analisis Doctrinario y Jurisprudencial. Tomo I. Editorial Juris. Rosario, 1997. Dr. Jorge W. Peyrano y Roberto A. Vázquez Ferreyra.-
- Estudios de Derecho Civil, Tipográfica Editora Argentina. Buenos Aires, 1948, Alfredo Orgaz.-
- Derecho Internacional Privado Tomo I, Tercera Edición Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1991.-
- Derecho Internacional Privado Tomo III, Ediciones Depalma, Buenos Aires 1998.-

- Derecho Internacional Privado, Goldschmidt
Werner, Editorial Depalma., Buenos Aires 1997.-
- Derecho Internacional Privado, Alfredo Mario Soto,
Universidad del Salvador, Editorial Ciudad
Argentina. Buenos Aires 2001.-