

## LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE. ALGUNAS REFLEXIONES

BEATRIZ A. VERÓN

“En los actos del hombre se encuentra plenamente lo voluntario, porque él conoce perfectamente el fin de su obrar y se mueve a sí mismo”. SANTO TOMÁS (Suma Teológica I-IIae, cuestión6)

I. La palabra voluntad se encuentra profusamente en el espíritu y en la letra desplegada por VÉLEZ SANSFIELD a lo largo del Código Civil. No señalaré todos los artículos que hacen referencia a ella, pero sí, aquellos de significativa relevancia.

Así, desde el comienzo su articulado cuando admite la posibilidad de cambiar el domicilio de un lugar a otro, facultad que no puede ser coartada por disposición de última voluntad (art. 97), cuando expone las medidas a tomar en el supuesto del sordomudo que no pueda expresar su voluntad por escrito (art. 155) y constituye impedimento para contraer matrimonio la sordomudez, cuando el contrayente afectado no sabe manifestar su voluntad inequívocamente por escrito o de otra manera (art. 166 inc. 9).

En el ámbito del matrimonio, podrá decretarse la separación personal a petición de cualquiera de los cónyuges cuando hubieran interrumpido la cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor de dos años (art. 204). Es causa de divorcio vincular –entre otros supuestos– la separación de hecho de los cónyuges sin voluntad de unirse por un tiempo continuo mayor a tres años con el alcance y forma prevista en el art. 204 (art. 214 inc. 2).

En cuanto al reconocimiento de hijo resultará de las disposiciones contenidas en actos de última voluntad (art. 248 inc. 3). Encaminados a la adopción, ésta podrá otorgarse en forma plena con respecto a los menores

cuando hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción (art. 325 inc. e).

Entrando en las obligaciones, entre las prohibidas encontramos, la de habitar siempre un lugar determinado o sujetar la elección de domicilio a la voluntad de un tercero (art. 531 inc. 1). Carecerá de efecto, la obligación contraída bajo una condición que haga depender absolutamente la fuerza de ella de la voluntad del deudor (art. 542). Además, las obligaciones pueden reconocerse, entre otros supuestos, por disposición de última voluntad (art. 720).

En lo atinente al pago, éste puede ser hecho por un tercero contra la voluntad del deudor (art. 728). En el supuesto del pago por subrogación convencional puede ser consentida, sea por el acreedor sin intervención del deudor, sea por el deudor sin el concurso de la voluntad del acreedor (art. 767).

Siguiendo este orden de ideas, la novación no se presume, es preciso que la voluntad de las partes se manifieste claramente, así como la delegación que un deudor da a otro que se obliga hacia el acreedor no produce novación si el acreedor no ha declarado expresamente su voluntad de exonerar al deudor primitivo (arts. 812, 814).

Con contundencia marca que ningún hecho tendrá el carácter de voluntario sin un hecho exterior a través de la cual la voluntad se manifieste, admitiendo la gama de un hecho material consumado o comenzado, o la expresión positiva o tácita de la voluntad (arts. 913 y 914).

Para que no alcance dudas, explícita la expresión tácita de la voluntad, que resulta de los actos por los cuales se puede conocer con certidumbre la existencia de la voluntad, cuando no se exija una expresión positiva, o no haya una protesta o declaración expresa contraria (art. 918) e indica los supuestos en que el silencio ha de entenderse como manifestación de la voluntad (art. 919), que también, puede resultar de una presunción de la ley en los casos que ésta expresamente lo disponga (art. 920).

Encamina su atención hacia la voluntad viciada por el error (art. 926). Prosigue con los actos jurídicos, los unilaterales cuando basta para formarlos la voluntad de una sola persona, como el testamento y bilaterales cuando requieren el consentimiento unánime de dos o más personas (art. 946).

En lo atinente a los actos, que no deben producir efecto sino después del fallecimiento de aquellos de cuya voluntad emanan, se denominan “disposiciones de última voluntad”, como son los testamentos (art. 947).

En cuanto a los actos nulos o anulables, la confirmación tiene efecto retroactivo al día en que tuvo lugar el acto entre vivos, o al día del fallecimiento del disponente en los actos de última voluntad (art. 1065).

En el ámbito contractual, admite que el mandante pueda revocar el mandato siempre que quiera (art. 1970), así también, cualquier mandato

destinado a ejecutarse después de la muerte del mandante, será nulo si no puede valer como disposición de última voluntad (art. 1983). La posibilidad de aplicar las disposiciones referidas al depósito, al constituido en virtud de disposiciones de última voluntad (art. 2185, inc. 1).

En la esfera de los derechos reales, determina las cosas absolutamente inajenables, entre ellas, aquellas cuya enajenación se hubiere prohibido por actos entre vivos o disposiciones de última voluntad (art. 2337, inc. 2). El condominio se constituye entre otros supuestos, por actos de última voluntad (art. 2675) y en cuanto a los frutos, no habiendo estipulación en contrario o disposición de última voluntad serán divididos por los condóminos en la proporción de los valores de sus partes (art. 2707), voluntad tenida en cuenta para la indivisión forzosa (art. 2715).

Vayamos al usufructo, entre otras disposiciones, admite su constitución por actos de última voluntad (art. 2812, inc. 2) y en caso de duda se presume gratuito el constituido por disposición de última voluntad (art. 2819), tampoco admite que pueda constituirse bajo una condición o plazo suspensivo, salvo que hecho por disposición de última voluntad, la condición se cumpla o el plazo venza después del fallecimiento del testador (art. 2829).

Las servidumbres, también, se pueden establecer por disposición de última voluntad (art. 2978).

Tengo esta panorámica como meramente introductoria del tema propuesto, la problemática sucesoria, vale decir la que plantea la manifestación de la denominada última voluntad.

Y advertimos sin esfuerzo alguno, que el legislador se ha esmerado en regular las hipótesis en que se puede hacer valer la voluntad de las personas cuando ya han dejado de serlo por su fallecimiento.

Y no es ociosa esta minuciosidad porque se trata de lograr que se cumplan disposiciones de alguien que no las puede rectificar y a quien no se puede consultar sobre la interpretación de sus manifestaciones.

Así, la sucesión se llama legítima cuando es sólo deferida por la ley y testamentaria cuando es por la voluntad del hombre manifestada en testamento válido. Y admite deferir la herencia de una misma persona, por voluntad del hombre en una parte y por disposición de la ley en otra (art. 3280). Asimismo limita la voluntad del testador con el controvertido brete del resguardo de la porción legítima de los herederos forzosos.

En la sucesión legítima, el legislador asume la delicada tarea de realizar una interpretación presunta de la voluntad de quien no la ha manifestado expresamente.

Cuando regla la sucesión testamentaria, indica que toda persona capaz de tener voluntad y manifestarla, tiene la facultad de disponer de sus bienes

por testamento, bajo el título de institución de heredero, legado o bajo cualquier otra denominación propia para expresar su voluntad (art. 3606).

Las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador, no puede delegarlas, ni otorgar poder a otro para testar ni dejar ninguna de sus disposiciones al arbitrio de un tercero (art. 3619). En cuanto a la validez del testamento hecho con las formalidades de la ley, se mantiene durante la vida del testador, cualquiera que sea el tiempo que pase desde su formación, se presume que el testador persevera en la misma voluntad mientras no esté revocado (arts. 3631, 3632).

En cuanto al testamento ológrafo, el testador si lo considera conveniente, puede hacer autorizarlo con testigos, ponerle su sello o depositarlo en poder de un escribano o usar cualquier otra medida que de más seguridad que es su última voluntad (art. 3649).

Es digno de destacar en el derecho de acrecer, que pertenece en virtud de la voluntad presunta del causante a un legatario o heredero, de aprovechar la parte de un colegatario o coheredero, cuando éste no la recoge (art. 3811).

A voluntad del testador el testamento es revocable hasta su muerte y carece de efecto, la renuncia o restricción a ese derecho (art. 3824). La voluntad de testador, presente en las facultades del albacea, que serán las que designe el testador conforme a las leyes y si no las hubiere designado, aquél tendrá todos los poderes que según las circunstancias sean necesarios para la ejecución de la voluntad del testador (art. 3851).

II. Como colofón de esta panorámica normativa considero pertinente escuchar la doctrina más autorizada.

Jorge Joaquín LLAMBIAS, en su obra “Código Civil Anotado-Doctrina Jurisprudencia”, reseña definiciones de la voluntad jurídica expresadas por otros autores. Así, Aguiar la define diciendo que “es una voluntad sana y manifestada que genera, modifica, transforma o extingue el derecho”. LÓPEZ OLACIREGUI señala que la voluntad jurídica se funda en la psicológica pero no se confunde con ella y la define como “aquella que se da en actos humanos a los que resulta justo dar tratamiento normativo de actos voluntarios”<sup>1</sup>.

Los hechos voluntarios son aquellos realizados con discernimiento, intención y libertad (conf. art. 897 del Código Civil).

BORDA, sostiene que los tres elementos internos pueden reducirse a uno: la intención. Porque si falta el discernimiento no puede hablarse de

<sup>1</sup> LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Código Civil Anotado. Doctrina. Jurisprudencia*, t. II-B, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 16.

acto intencional, porque la intención presupone la aptitud de discernir. Tampoco puede decirse que un acto es intencional si el agente obró bajo violencia, de lo cual deviene que la falta de libertad también afecta la intención. Además, remarca que lo que interesa al derecho no son los procesos íntimos, desarrollados en el fondo de la conciencia individual, sino la exteriorización de ellos, es decir, el acto debe reputarse voluntario siempre que haya una declaración de voluntad consciente emanada de una persona capaz<sup>2</sup>.

Precisa asimismo la insuficiencia de los elementos internos de la voluntad para conferirle valor jurídico (conf. art. 913 del Código Civil), aquella puede manifestarse –como lo he reseñado– de diferentes maneras: formal o no formal, positiva o tácita, inducida por una presunción de la ley (art. 915 del mismo Código). Sin descartar al silencio, en los supuestos en que la normativa marca como manifestación de voluntad (art. 919).

Ahora bien, el testador debe obrar con intención, discernimiento y libertad (conf. art. 897), es decir, reunir los elementos de la voluntariedad, sin los cuales los hechos “no producen obligación alguna” (art. 900), debe conceptuarse como la capacidad intelectual corriente del hombre normal que le permite comprender lo que hace y advertir las consecuencias previsibles de sus acciones. No es que se exija una voluntad más intensa que en los demás actos jurídicos, sino que, con ello admite la posibilidad de atacar el testamento después de la muerte del testador<sup>3</sup>.

III. Entrando en el tema concreto, que nos ocupa, nuestro código formal da a potenciales testadores varias alternativas para expresar su última voluntad (art. 3622 del Código Civil). Pero si el testador opta por una forma, debe cumplirse con la observancia de la ley (art. 3625).

Al testamento por acto público, conocido también, como testamento notarial o testamento abierto, el testador lo otorga mediante escritura pública y ante escribano que autoriza, quien da fe y firma la escritura conjuntamente con el otorgante y los testigos del acto<sup>4</sup>. Esta clase de testamento goza de la presunción de autenticidad del instrumento público<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> BORDA, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. II, Perrot, Buenos Aires, ps. 71/72.

<sup>3</sup> FERRER, FRANCISCO A. M. - MEDINA, Graciela, *Código Comentado. Doctrina. Jurisprudencia. Bibliografía. Sucesiones*, t. II, ps. 223 y 229; CNCiv. Sala “E” JA 2005-III-796.

<sup>4</sup> LÓPEZ DEL CARRIL, Julio J., *Derecho de las sucesiones*, Depalma, Buenos Aires, p. 256.

<sup>5</sup> SCBA, “Rodríguez, Fermín c/Prieto, María Luisa y otra” del 17/10/2001, LLBA 2002,51.

La intervención de un experto como el escribano hace suponer que se reducen al mínimo las probabilidades de que se incurra en equívocos que puedan traer aparejada la nulidad del acto, no sólo en lo que hace al resguardo de las formas, sino también a la procedencia de las disposiciones contenidas en él, su eficacia, etc.<sup>6</sup>.

Amén de las ventajas reseñadas, la solemnidad del acto supone una madura reflexión y descarta la duda sobre si se trata de un mero proyecto<sup>7</sup>. Más allá, de la seguridad que encierra tal instrumentación, este artículo lo centraré en la voluntad del causante, cualquiera sea la clase de testamento en el que haya volcado su última voluntad.

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

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

<sup>6</sup> FERRER, FRANCISCO A. M. - MEDINA, Graciela, ob. cit., t. II, p. 285; CÓRDOBA - LEVY - SOLARI - WAGMAISTER, *Derecho sucesorio*, t. III, p. 51.

<sup>7</sup> FASSI, Santiago C., *Tratado de los Testamentos*, vol. 1, p. 167.

Continúa, remarcando las premisas legales que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario, que en caso de duda debe estarse por la validez del acto y quien pidiere la nulidad del testamento deberá probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones y este es el punto clave de la prueba, pues resulta indiferente lo sucedido antes y lo acaecido al momento de la muerte del testador<sup>8</sup>. Es decir, debe el testador obrar con discernimiento, intención y libertad, sin que sea decisivo su mayor o menor dificultad para expresarse o moverse, sino que es necesario la anulación o compromiso grave de la razón<sup>9</sup>.

La ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se demuestre lo contrario, de tal manera, que el que pide la nulidad del testamento le incumbe probar que el testador no se hallaba en su perfecta razón al tiempo de hacer sus disposiciones, acompañado con las disposiciones legales tendientes a rodear de las mayores garantías los actos de última voluntad. Es decir, la prueba debe destruir la presunción legal de sanidad mental a cargo de quien impugna el testamento, pero quien defiende la validez mejora su situación procesal si aporta prueba de la plena razón del testador y la debilita si se abstiene de producirla<sup>10</sup>.

Por otra parte, no cualquier anormalidad o alteración de las facultades del espíritu es suficiente para viciar la voluntad, mientras no llegue a anular o comprometer gravemente el uso de la razón, es decir, es necesario que haya sido capaz de entender o querer en el momento en que otorgó el testamento<sup>11</sup>. A la inversa, la voluntad de un sujeto normal puede estar viciada cuando el discernimiento se halla oscurecido por una causa cualquiera, como la embriaguez u otras afecciones momentáneas<sup>12</sup>.

Otra faz, que es necesario atender, es que la “perfecta razón” no debe considerarse en abstracto, tomando en comparación un ente ideal, sino que

<sup>8</sup> ED 163-522; íd. CNCiv. Sala “A” ED 140-428; Sala “D” ED 213-48; Sala “E”, LL 1977-B, 331; Sup. Corte BS. As. 17/10/2001 “Rodríguez, Fermín c/ Prieto, María L. y otra” LLBA 2002-51; FASSI, Santiago C., ob. cit. vol 2, p. 379; ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de las Sucesiones*, t. II, Astrea, p. 318; FERRER, FRANCISCO A. M.- MEDINA, Graciela, ob. cit., t. II, p. 217.

<sup>9</sup> CNCiv. Sala “F” JA 1990-I-652, íd. JA 2000-I-595.

<sup>10</sup> FASSI, Santiago C., ob. cit., vol. 2, p. 380; FERRER, FRANCISCO A. M. - MEDINA, Graciela, ob. cit., t. II, ps. 226, 232/233; BUERES, Alberto - HIGHTON, Elena I., *Código Civil y Normas Complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, t. 6 A, ps. 809/811 –v. nota a pie de página nº 17–.

<sup>11</sup> CNCiv. Sala “F” expte. nº 295408. “Camperchioli, Teresa Lina c/ Janelli, María Cristina Guillermina y otro s/nulidad de escritura-Instrumento-Ordinario” del 5/2/2001.

<sup>12</sup> CNCiv. Sala “E” ED 69-246.

debe ser concreto, esto es, referida a las naturales falencias y aptitudes del propio sujeto disponente. No debe buscarse una suerte de perfección ideal, sino que debe apreciarse si el testador se hallaba en condiciones de expresar el querer y entender propio de su personalidad, mientras que no se traspongan los límites de su normalidad<sup>13</sup>.

Es necesario que el trastorno sufrido por el testador tenga tanta importancia psicológica como para que sea capaz de abolir completamente su conciencia y su libertad para actuar. No cualquier anormalidad o alteración de las facultades del espíritu es suficiente para viciar la voluntad de quien la padece, mientras no llegue a anular o comprometer gravemente el uso de razón<sup>14</sup>.

VI. Por tanto, la prueba que debe producir quien impugna la validez de un testamento, necesita ser decisiva, seria, fehaciente con el fin de destruir la presunción de capacidad que goza el testador, y así, avalar su pretensión, porque el poder de la inteligencia puede hallarse quebrantado por una enfermedad física sin encontrarse por ello, en principio, comprometida la capacidad testamentaria del causante. Por supuesto, sin que ello exima a la contraria de demostrar la inexistencia de la falta de plena razón y en caso de duda, la decisión debe inclinarse a favor de la lucidez<sup>15</sup>.

Sabemos que, la prueba es la comprobación de la verdad de un hecho del cual depende la existencia del derecho, el medio de formar la convicción del juez sobre la realidad o falsedad de los hechos conducentes, el modo de verificar las afirmaciones controvertidas respecto de ellos.

La prueba testimonial es admisible para la comprobación del estado mental del testador, pero su apreciación debe ser particularmente estricta en razón de la propia naturaleza de este medio probatorio. Esta prueba debe ser apreciada con sumo rigor, y si a través de sus dichos el juez no llegara a la certeza de la enfermedad mental o carencia de discernimiento del testador debe resolverse a favor de la validez del testamento<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> CNCiv. Sala "A" ED 140-431, Sala "C" ED 187-202; Sala "F" JA 2000-I-595; Sala "H" "F. de M., R. S. y otros c/Q., H. A. s/ nulidad de acto jurídico" del 3/11/2008; C1ª CC San Isidro, Sala I ED 153-498; HEREDIA, Florencia, "Testamentos (Investigación de Jurisprudencia)", ED 143-173, n° 13.

<sup>14</sup> LÓPEZ DEL CARRIL, Julio, "Testamento y Sanidad Mental", LL 1977-D-918; CN-Civ. Sala "E" diario La Ley del 24/9/2007, p. 11.

<sup>15</sup> CNCiv. Sala "D" ED 104-121; CNCiv. Sala "E" JA 2005-III-796; Sala "G" ED 163-517; Sala "L" ED 143-166; Sala "J" LL 1998-B-437.

<sup>16</sup> ZANNONI, Eduardo A., ob. cit., t. II, Astrea, p. 319; CNCiv. Sala "K" JA 1999-IV-772.

También, puede echarse mano a la vía de las presunciones, y para que sean una prueba eficaz es menester que se funden en hechos reales, probados, que por su precisión, gravedad y concordancia sean susceptibles de llevar al ánimo del juez la razonable convicción de la existencia del hecho que se pretende demostrar de acuerdo con la naturaleza del juicio y las reglas de la sana crítica<sup>17</sup>.

Es común, pretender acentuar enfermedad en el causante, de la cual derive que su voluntad estaba perturbada al tiempo de testar, y así, provocar la caída de su última disposición.

No resulta ocioso recordar el adagio “que no hay enfermedades sino enfermos”, queriendo significar que cada estado clínico presenta particularidades que lo diferencian de los demás, por lo que no se puede esperar las mismas consecuencias de males semejantes o situaciones similares, lo que trae aparejado, que no es factible encasillar la solución dentro de probabilidades de orden científico, que en otras materias podrán gozar de un mayor predicamento, pero que en estas situaciones deben ser valoradas a través de la prudente apreciación judicial que pondere las relatividades de cualquier conclusión elaboradas sobre bases que no dejan de ser hipotéticas<sup>18</sup>.

A decir de FORNIELES “la prueba más importante consiste en la rectitud y buen sentido de las disposiciones. Si se hallan bien concertadas y responden a las afecciones presuntas del testador, bastan para decidir la duda a favor de la capacidad...”<sup>19</sup>.

La razonabilidad de las disposiciones testamentarias configuran un elemento valioso para el juez y, así, “evaluar el estado mental del testador, que lo conducirá a inclinarse a favor de la lucidez mental del otorgante, como prueba ante la integridad y la buena dirección de las disposiciones que trasuntan sus auténticas afecciones de acuerdo con su condición cultural y su situación socio económica, sean o no justas, para descartar la incompatibilidad que provoca un estado de enajenación o la actividad que terceros pocos delicados despliegan abusando de la debilidad de espíritu de un enfermo para despojar a su familia”<sup>20</sup>.

Cuando se trata de un causante carente de legitimarios que impliquen restricción a su libertad de testar, no tiene por qué hacer constar en el

<sup>17</sup> KIELMANOVICH, Jorge L., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado*, 4ª ed., t. I, ps. 228 y ss.

<sup>18</sup> CNCiv. Sala “A”, ED 140-432.

<sup>19</sup> CNCiv. Sala “E”, ED 69-248, al cual agregó, Sala “C” ED 57-244.

<sup>20</sup> VIDAL TAQUINI, Carlos H., “La perfecta razón del testador impide la captación de su voluntad”, diario La Ley del 13/4/2009.

testamento el móvil o causa final concreta que lo lleva a disponer en la forma en que se le ocurre y nadie está autorizado a indagar por qué obró así y no de otra manera. El derecho moderno no autoriza a investigar qué motivos decidieron al testador a mejorar a un heredero forzoso o a cuáles privaron para no instituir un pariente de grado sucesible pero no de carácter forzoso<sup>21</sup>.

VII. No quiero dejar de tratar la captación de voluntad, consistente en la utilización de medios o procedimientos engañosos y reprobables, alegaciones falaces, adulaciones, entre otras expresiones mezquinas y obtener de ese modo una liberalidad<sup>22</sup>.

Supone engaños o afectos que puedan inducir al causante para que no exprese su voluntad real en el testamento, es una forma peculiar de dolo y como tal debe representar una conducta grave y determinante del acto a fin de lograr un estado del espíritu del testador sin el cual no se hubiera producido la liberalidad, que hubiera sido contraria si se hubiera entregado a sus propias inspiraciones<sup>23</sup>.

Es mediante engaño o error, dolosamente producido, tendiente a alterar la voluntad del causante, con el fin de obtener el otorgamiento del testamento<sup>24</sup>. Así, también, la “sugestión” que supone que la persona que induce al testador lo hace simplemente por un interés y sobre todo abusando de la influencia que tiene sobre su ánimo y voluntad.

En los planteos, en torno a la validez del testamento, donde la invocación sustancial es la afectación de la libre voluntad del disponente, el juez quien no es un corrector, ha de aceptar el testamento tal como está redactado, extrayendo su posible sentido y aplicando las reglas de la sana crítica al elemento material en que la voluntad debe descubrirse, cuidando de no desnaturalizarla so pretexto de interpretar, para no convertirse de intérprete en disponente<sup>25</sup>.

El arbitrio judicial, a los fines de la interpretación de los testamentos es grande, tiene por límite el objeto de la interpretación que es penetrar en el proceso volitivo del testador, desentrañando su verdadero pensamiento,

<sup>21</sup> SPOTA, *Tratado de Derecho Civil*, t. I, vol. 2, n° 252, p. 201.

<sup>22</sup> ZANNONI, Eduardo, ob. cit., t. 2, p. 329.

<sup>23</sup> FERRER, FRANCISCO, A. M. - MEDINA, Graciela, ob. cit., t. II, p. 200; CNCiv. Sala “C” ED 187-202; Sala “E” “S.C.R. c/V.M.E. s/nulidad de acto jurídico” del 1/9/2009, el Dial del 19/10/2009; Sala “F” LL 2000-B-375; Sala “K” ED 192-461.

<sup>24</sup> FASSI, S., ob. cit., p. 411.

<sup>25</sup> CNCiv. Sala “A”, ED 192-592-SJ.

para que él gobierne la trasmisión sucesoria, de lo contrario, se convertiría de intérprete en disponente<sup>26</sup>.

Reitero, el juez ha colocarse en el grave y decisivo trance de formar un criterio en base a la sana crítica, indagar la real intención del causante, que en definitiva no es que otra cosa que la expresión prudente de su íntima convicción de conciencia y ponderando la propia experiencia de la vida con las circunstancias del caso sometido a su examen<sup>27</sup>.

Las reglas de la sana crítica son reglas del correcto entendimiento humano: contingentes y variables con relación a la experiencia del tiempo y del lugar; pero estables y permanentes en cuanto a los principios lógicos en que debe apoyarse la decisión<sup>28</sup>.

Tales principios deben, además, adecuarse con las circunstancias de hecho y del derecho del caso y con las máximas de la experiencia que, al decir de KISCH, es el conocimiento que tiene el juez de la vida y de las personas, se caracteriza como el conjunto de las reglas del correcto entendimiento humano, en que a la vez intervienen los principios de la lógica con los derivados de la experiencia judicial<sup>29</sup>.

La misión del órgano jurisdiccional no consiste en establecer la justicia o injusticia intrínseca de las prescripciones testamentarias. El derecho a disponer libremente de los bienes por actos de última voluntad es de aquellos que la doctrina considera discrecionales en el sentido de que su titular puede usar de ellos *ad libitum*; bastando la legalidad no son susceptible de control<sup>30</sup>. La voluntad es el alma del testamento, allí donde aparezca alguna manifestación de ella, libre y claramente expresada, los jueces no pueden hacer otra cosa que consagrarla<sup>31</sup>. En suma: las palabras y disposiciones del testador se han de adecuar a su real voluntad dentro del contexto total del acto<sup>32</sup>.

<sup>26</sup> Juzgado de Primera Instancia en lo Civil n° 20, ED134-539.

<sup>27</sup> CNCiv. Sala "B" LL 1990-A; Sala "C" ED 188-232; Sala "I" ED 216-295; Sala "K" ED 192-461; Sala "L" ED 218-435; Sala "J" Expte. n° 30.669/2.006. "Solarí Irigoyen, Elida Matilde c/Pearson Gironde, Elena María Marcela y otro s/impugnación/nulidad de testamento" del 23/2/2010.

<sup>28</sup> COUTURE, Eduardo, "Las "reglas de la sana crítica" en la apreciación de la prueba testimonial" JA 71-80 y ss.

<sup>29</sup> Aut. cit., *Elementos de derecho procesal civil*, trad. de L. PRIETO CASTRO, 1ª ed., Madrid, p. 189; LAFAILLE, H. - BUERES, A. J. - MAYO, J. A., *Derecho civil. Contratos*, t. I, La Ley-Ediar, p. 426.

<sup>30</sup> ONOFRE ÁLVAREZ, Osvaldo, "Proceso sucesorio y nulidad del testamento", ED 169-427.

<sup>31</sup> Juzg. Nac. Civil n° 20, ED 134-539.

<sup>32</sup> FERRER, FRANCISCO A. M.- MEDINA, Graciela, ob. cit., t. II, p. 198.

El derecho a testar es discrecional, no precisamente incausado, pero el móvil o causa final concreta del disponente es lo que queda sustraído de la apreciación judicial, basta la causa final abstracta consistente en la intención liberal; con este alcance es que nadie puede pedir al testador que dé cuenta del uso que hace de su libertad, las razones subjetiva que impulsaron al causante a estructurar el llamamiento voluntario en la forma en la cual lo hizo, las omisiones efectuadas que quedarán en el arcano de su tumba. La ley no se ocupa de pesar, en todos sus grados la bondad de los actos, traza una gran línea, el orden público y las buenas costumbres. El testador libre de actuar, ha tenido conciencia de lo que hacía, su libre arbitrio es tenido por bueno, aun cuando fuese más arbitrario que razonable<sup>33</sup>.

La interpretación de las disposiciones testamentarias es función judicial, no dirigida tanto a desentrañar el significado normal y corriente de las palabras empleadas sino indagar cuál ha sido la verdadera intención del causante, pero con una prioritaria regla de prudencia y debida interpretación encaminada a que las cláusulas testamentarias han de entenderse en un sentido gramatical, en tanto no se demuestre acabadamente que la voluntad del causante era distinta. Se impone partir que las palabras fueron utilizadas en su correcta y verdadera acepción, sobre todo si el testador era de un nivel cultural, social y económico, demostrativo de sus posibilidades para el debido contralor de cómo quedaban redactadas las manifestaciones de voluntad<sup>34</sup>.

VII. Reproduzco conceptos vertidos por el Dr. LIBERMAN, vocal de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, que en materia interpretativa de testamentos, lo único que interesa es la voluntad del causante, lo decisivo es lo querido por el testador, aun cuando no haya acertado en su declaración testamentaria. La solemnidad del acto de testar tiene fundamento en distinguir meros proyectos con declaraciones de voluntad últimas y definitivas y salvaguardar en lo posible su espontaneidad, sinceridad y ponderación y si bien, en los testamentos por acto público se debe cumplir con las formalidades previstas, también es cierto, que resulta de suma importancia desentrañar e interpretar la voluntad del testador, de tal manera es deber del juzgador hacer que la intención del causante no se estrelle contra los preceptos formales, evitando así, resultados absurdos, destruyendo la voluntad del testador<sup>35</sup>.

<sup>33</sup> CNCiv. Sala "G", ED 122-665, íd. ED 120-511.

<sup>34</sup> CNCiv. Sala "B" *in re* "Diarbekirian, S. s/testamentaria inc. s/determinación de legado", interlocutorio del 30/5/1985.

<sup>35</sup> CNCiv.Sala "E" ED 73-481, Sala "L" LL 2007-D, 707.

Cuando el testador carece de legitimarios, le asiste el derecho de disponer libremente de sus bienes por acto de última voluntad, es un derecho discrecional y es el móvil o causa final concreta del disponente es lo que queda sustraído de la apreciación judicial. Es así, que nadie puede pedir al testador que de cuenta del uso que hace de su libertad, la que puede ejercer sin ninguna restricción y sin necesidad de explicar el motivo o causa final concreta de su decisión<sup>36</sup>.

Debe considerarse irrazonable el testamento que contiene cláusulas absurdas o incoherentes, cuya sola lectura lleva al ánimo del intérprete la convicción que es obra de quien carece de discernimiento<sup>37</sup>.

También, el examen de la razonabilidad se pone en movimiento cuando un testamento lesiona el derecho de alguien que es impuesto imperativamente al testador por una norma de orden público<sup>38</sup>.

Las opiniones vertidas por los interesados respecto de la interpretación de un testamento no pesan, ya que dicha función le está reservada al órgano judicial, pero tienen el significado de garantizar adecuadamente la defensa en juicio<sup>39</sup>.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que regirá a partir del 1 de agosto del corriente año, entre las modificaciones que introduce brinda más posibilidades a la voluntad del causante, al admitirle mejoras a favor del heredero con discapacidad.

Así admite que el causante disponga por el medio que estime conveniente, incluso mediante fideicomiso, además de la porción disponible de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad (art. 2448). Y autoriza que el testador disponga un fideicomiso sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados estableciendo instrucciones al heredero o legatario fiduciario conforme a determinados recaudos, sin afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto el caso del afectado con discapacidad indicado precedentemente (art. 2493).

Admite asimismo en el art. 61 la adopción de previsiones expresas o presuntas respecto de sus restos mortales: “Exequias. La persona plenamente capaz puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias e inhumación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar.

<sup>36</sup> CNCiv. Sala “G” LL 1990-E, 427.

<sup>37</sup> CNCiv. Sala “F”, ED 47-125-5, íd. ED 92-350; Sala “D”, ED 42-663.

<sup>38</sup> CNCiv. Sala “G”, ED 120-511.

<sup>39</sup> Juzgado de Primera Instancia en lo Civil n° 20, ED 134-539.

Si la voluntad del fallecido no ha sido expresada, o ésta no es presumida, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad”.

VIII. MASSINI CORREAS repite el pensamiento de RICOEUR: “La justicia forma parte integrante del anhelo de vivir bien... bajo instituciones justas, precisado y reforzado por las normas legales, sólo culmina cuando se decide qué es lo justo concreto en las situaciones de incertidumbre o de conflicto...”<sup>40</sup>.

No cabe duda que la razonabilidad de la última disposición del causante, acorde a sus afecciones<sup>41</sup>, es un hito valioso para arribar a la convicción, en todo momento de que la última voluntad del causante fue expresada a favor de quien moral y razonablemente entendía que debía testar.

<sup>40</sup> MASSINI CORREAS, Carlos I., “La cuestión de la Justicia”, *Rev. Sapientia*, vol. LII, fascículo 202, 1997, p. 361.

<sup>41</sup> Extremos destacados entre otros fallos, CNCiv. Sala “A” ED 140-428; Sala “D” ED 213-48; Sala “H” JA 1999-II, síntesis.

# ESTUDIOS DE DERECHO PRIVADO

## *su visión en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*

Dirección

**GRACIELA CRISTINA WÜST**

---

Autores

**VIRGINIA ABELENDA - LILIANA ABREUT DE BEGHER**

**JUAN M. ALTERINI - ALEJANDRA CHINCHILLA**

**JOSÉ M. GASTALDI - MAGDALENA B. GIAVARINO**

**MARTA DEL ROSARIO MATTERA - NORY B. MARTÍNEZ CHIALVO**

**JUAN A. STUPENENGO - BEATRIZ A. VERÓN - GRACIELA C. WÜST**



ASOCIACIÓN  
DE DOCENTES

UBA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

*1ª Edición: Abril de 2016*

Estudios de Derecho Privado : comentarios al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación / LILIANA ABREUT DE BEGHER ... [et al.] ; compilado por GRACIELA C. WÜST. - 1a ed adaptada. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, 2016.

240 págs. ; 23x16 cm.

ISBN 978-987-97935-8-9

1. Derecho. 2. Código Civil y Comercial. I. ABREUT DE BEGHER, LILIANA II. WÜST, GRACIELA C., comp.

CDD 346

### **Edición:**

© Asociación de Docentes  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Universidad de Buenos Aires

Prohibida su reproducción total por cualquier medio, sin expresa autorización de la editora. Permitida su reproducción parcial con la indicación expresa y clara de la editora, artículo, autor y página. Todos los trabajos son de la responsabilidad exclusiva de los autores.

(Las opiniones vertidas en este trabajo son  
responsabilidad exclusiva del autor)

ASOCIACIÓN DE DOCENTES  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES  
Av. José Figueroa Alcorta 2263  
(C1425CKB) Buenos Aires - Argentina