

VICISITUDES PROCESALES DEL TESTAMENTO OLÓGRAFO EN EL DERECHO VIGENTE

Sabene, Sebastián E.

Publicado en: RCCyC 2019 (abril) , 57

Sumario: I. Introducción.— II. El testamento ológrafo como instrumento privado.— III. La declaración de validez formal del testamento. Sus efectos.— IV. Régimen procesal del art. 2339 del Cód. Civ. y Com.— V. Expedición de copia certificada del testamento.— VI. El art. 2339 del Cód. Civ. y Com. y el derecho transitorio.— VII. Reflexión final.

Cita Online: AR/DOC/483/2019

[\(*\)](#)

I. Introducción

Nuestro derecho sustancial actual, al igual que el antecedente, reconoce el derecho de testar para diagramar, dentro de los límites que la ley permite, la planificación patrimonial y extrapatrimonial posterior a la muerte de la persona humana.

El ámbito de eficacia de las disposiciones testamentarias de contenido patrimonial se amplió notablemente con la sanción y entrada en vigor del Código Civil y Comercial de la Nación, en atención a distintas normas que estrecharon y flexibilizaron el instituto de la legítima hereditaria.

Por su parte, el derecho de testar se ha mantenido, aunque con importantes cambios, entre ellos, en lo concerniente a las formas ordinarias de hacerlo.

El Código velezano reconocía tres formas ordinarias de testar: a) el testamento ológrafo; b) el testamento por acto público; y c) el testamento cerrado. De ellas tres, el Cód. Civ. y Com. solo ha mantenido las dos primeras, sometiendo, a su vez, al testamento ológrafo, a un tratamiento procesal mucho más exigente que el que imperaba durante la vigencia del ordenamiento anterior.

Si visualizamos el derecho comparado, existe una notable tendencia actual a reconocer como única forma ordinaria de testar, el testamento por acto público, el que debe ser claramente autorizado por notario. Se resalta, en esas normas, la conveniencia y seguridad jurídica que insufla el notario en un acto de la envergadura propia de un testamento.

Por su parte, el testamento ológrafo presenta ventajas y desventajas que deberán ser cuidadosamente analizadas por el testador a la hora de elegir su forma de testar, pues otorgar un testamento ológrafo puede presentar la atracción de celebrar el acto jurídico unilateral sin costo alguno y, sobre todo, resguardando una intimidad que, sin dudas, habrá sido un aspecto central para el testador que ha elegido esta vía, que podrá redactar su testamento sin fórmulas sacramentales en la soledad de su cuarto o donde él o ella decida, expresando su más libre voluntad.

Pero el testador que direcciona su voluntad de testar otorgando un testamento ológrafo, debe saber que asume el riesgo de ciertas desventajas, entre ellas:

a. La imposibilidad de obtener un duplicado o triplicado (a menos que el mismo testador lo haya otorgado en dos o más copias) en caso de que el documento se extravíe o destruya;

- b. La incertidumbre acerca de que el testamento ológrafo sea debidamente acompañado a su juicio sucesorio, sin perjuicio de la mayor o menor confianza que el testador tenga en quien elija como depositario, si es que ha designado uno;
- c. La ausencia de publicidad registral, a menos que el mismo testador comunique la existencia de su testamento al Registro de Testamentos o Actos de Última Voluntad local;
- d. El tratamiento procesal al cual lo somete el art. 2339 del Cód. Civ. y Com., tema que abordaremos en este artículo.

En fin, de ningún modo se pretende desvalorizar un instituto especialmente mantenido por el legislador, pero, aunque nuestro ordenamiento actual haya mantenido el testamento ológrafo, el tratamiento procesal prescripto por el art. 2339 del Cód. Civ. y Com., permite suponer que el testamento ológrafo será una vía cada vez menos elegida, ante el riesgo de que las dificultades en producir la prueba pericial caligráfica puedan obstaculizar el avance del proceso y, entre otras cosas, la disposición de bienes registrables alcanzados por las disposiciones testamentarias contenidas en él. Por la profundidad del cambio y el comprobado impacto que ha producido en la jurisprudencia, en esta ocasión, nos dedicaremos a abordar diversos aspectos atinentes al tratamiento procesal de este instrumento.

II. El testamento ológrafo como instrumento privado

Dispone el art. 2462 del Cód. Civ. y Com. que "las personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas establecidas en el Título X de este Libro, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales".

Una de las solemnidades especialmente habilitadas para testar es el testamento ológrafo, cuyo régimen sustancial establecen los arts. 2477 y 2478 del mismo Código.

En honor a la brevedad que impone la mirada procesal propuesta en este trabajo, recordamos brevemente que el testamento ológrafo exige, para su validez, la concurrencia de tres requisitos: a) manuscipción; b) fecha; y c) firma.

La *ratio legis* de la inclusión de esta figura en nuestro ordenamiento legal es permitir al testador acudir a una forma testamentaria que le garantice la intimidad que requiere la expresión de su voluntad, brindándole una cierta comodidad y economía en detrimento de la seguridad.

En esta forma testamentaria, las exigencias formales se encuentran más reducidas. No se requiere la sujeción a formas sacramentales y tampoco es exigida la presencia de testigos (1), bastando que la voluntad haya sido exteriorizada y vertida de un modo claro en el instrumento, para que el testamento pueda ser correctamente interpretado (2).

Desde el punto de vista documental, el testamento ológrafo es un instrumento privado, por cuanto no existe intervención de oficial público alguno en su confección.

Le cabe la aplicación de las normas que gobiernan a esta especie de instrumentos, mientras no se contrapongan con el régimen especial que diseñan los arts. 2477 y 2478.

La *firma* —único recaudo de validez de los instrumentos privados en general— aparece especialmente requerida en el art. 2477 del Cód. Civ. y Com., además de la manuscipción y la fecha que son, como hemos señalado anteriormente, las formalidades que integran la forma testamentaria ológrafa.

Nos interesa puntualmente detenernos en la *fecha*, pues el régimen de los testamentos ológrafos se aparta de lo que, en términos generales, se dispone para los instrumentos privados.

Así, para los instrumentos privados en general, dispone el art. 317 del Cód. Civ. y Com. que "adquieren fecha cierta el día en que acontece un hecho del que resulta como

consecuencia ineludible que el documento ya estaba firmado o no puede ser firmado después".

Sin embargo, no es esa la solución proclamada para los testamentos ológrafos, tratándose estos de instrumentos privados con fechas cuya veracidad se señala como creencia legal impuesta, a menos que se pruebe lo contrario.

Ello implica que la ley impone, en principio, que debemos creer en la fecha que enunció el testador en su testamento, a menos que el interesado pretenda probar lo contrario deduciendo la acción judicial correspondiente. Más aún, es dable apreciar que la pericial caligráfica referida en el art. 2339 del Cód. Civ. y Com. en ningún momento exige que el perito se expida sobre la verosimilitud de la fecha inserta en el instrumento.

Tampoco parece ser aplicable el art. 319 del Cód. Civ. y Com., por cuanto dispone que "el valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen".

Los términos imperativos del art. 2339 permiten afirmar que, ante la presentación de un testamento ológrafo en un juicio sucesorio, no cabrá otro camino que el que indica esta última norma y que la decisión judicial de declarar, o no, la validez formal del testamento se apoyará fundamentalmente en el dictamen pericial al que nos referiremos posteriormente.

III. La declaración de validez formal del testamento. Sus efectos

Nuestro anterior codificador, el insuperable jurista Dalmacio Vélez Sarsfield, estableció como regla medular en materia sucesoria, aquella en virtud de la cual la adquisición de los derechos se producía en el mismo instante de la muerte del causante, de manera que la *muerte*, la *transmisión* de los derechos y la *apertura de la sucesión* ocurren *sin intervalo de tiempo* alguno.

De este modo, se concretó una solución jurídica que repudió el instituto de la herencia yacente —conocido en Roma y en la legislación patria— en virtud de la cual, la herencia quedaba adquirida con su aceptación por parte del heredero.

Vélez Sarsfield consideró que la solución no era económicamente conveniente, pues la herencia —hasta que no fuera aceptada— se transformaría en una *res nullius*, y los bienes que la integraban, quedarían en muchos casos descuidados, ajenos a la producción y explotación, y sin ningún responsable de ellos.

Por ello es que optó por el sistema de la *adquisición operativa*, que se produce aun cuando el sucesor hubiera ignorado la muerte del causante y/o el llamamiento sucesorio.

Este principio no se ve quebrantado por la circunstancia de que exista un derecho de opción tanto en el heredero como en el legatario, pues la herencia no le es impuesta a nadie. El sistema de transmisión operativa implica que los derechos —en tanto sean transmisibles por causa de muerte— son alojados en el patrimonio del sucesor. Este, luego, podrá aceptarlos o repudiarlos, en ambos casos, con efecto retroactivo al día de la muerte del *de cuius*. Pero es claro que la adquisición se produce instantáneamente al ocurrir la muerte del causante, y no con posterioridad.

Tampoco enerva este claro dispositivo normativo la circunstancia de que se precise, para el ejercicio de ciertos derechos, el dictado de una declaratoria de herederos o una declaración de validez formal de testamento, según el caso. Pues se trata de resoluciones judiciales cuyo dictado obedece a otros fines, entre ellos, la legitimación para disponer de bienes registrables.

Pero de ningún modo puede sostenerse que sean esas resoluciones judiciales las que provocan la adquisición de la calidad de heredero. Esta se produce indudablemente en el

instante de la muerte del causante, aunque el heredero ignore su fallecimiento o su propia vocación sucesoria.

Por ello es que el primer segmento del art. 2277 del Cód. Civ. y Com. dispone que "la muerte real o presunta de una persona causa la apertura de su sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por el testamento o por la ley. (...)"; debiendo aclararse que la expresión "apertura de la sucesión", enmarcada en el Código de fondo, no debe confundirse con la apertura del proceso sucesorio, acto de índole procesal que se cumplirá con el dictado del auto pertinente como consecuencia de la interposición de la demanda de sucesión, acreditando el hecho de la defunción y el llamamiento sucesorio.

Desde la perspectiva del derecho sustancial, la apertura de la sucesión ocurre con la muerte e implica el llamamiento a los sucesores universales y particulares a recoger la herencia o los derechos particulares que les correspondan. Es un concepto abstracto y ha sido tal el sentido en el que, lógicamente, ha sido empleado en el art. 2277 del Cód. Civ. y Com.

Por consiguiente, la declaración de validez formal del testamento es una resolución judicial que produce distintos efectos jurídicos. Se dicta en el marco de un procedimiento judicial sucesorio testamentario, luego del cumplimiento de recaudos procesales previos de conformidad con las disposiciones rituales contempladas en el Código Civil y Comercial de la Nación y las que surjan de los Códigos Procedimentales de alcance local.

Toda vez que el Cód. Civ. y Com. ha mantenido la necesidad de judicializar el procedimiento sucesorio (3), aun cuando no exista controversia, debe juzgarse que estas resoluciones solo pueden emerger de un juez con competencia en lo civil, de conformidad con la organización del fuero en cada jurisdicción, que será, en principio, el que corresponda al último domicilio del causante (4).

De acuerdo con el art. 2338 del Cód. Civ. y Com., la declaración de validez formal del testamento confiere investidura al heredero testamentario; pero, a su vez, lo legitima registralmente a disponer de los bienes comprendidos en el acervo, en la medida que el ordenamiento jurídico le reconozca tal facultad.

Es claro que esta resolución judicial no constituye título al derecho real sin perjuicio de su enorme relevancia para la gestión de los bienes del acervo sucesorio.

Los aspectos procesales que estudiaremos en este aporte son exigidos a los fines de lograr el dictado de esta resolución judicial.

IV. Régimen procesal del art. 2339 del Cód. Civ. y Com.

El art. 2339 del Cód. Civ. y Com. dispone lo siguiente:

"Si el testamento es ológrafo, debe ser presentado judicialmente para que se proceda, previa apertura si estuviese cerrado, a dejar constancia del estado del documento, y a la comprobación de la autenticidad de la escritura y la firma del testador, mediante pericia caligráfica. Cumplidos estos trámites, el juez debe rubricar el principio y fin de cada una de sus páginas, y mandar a protocolizarlo. Asimismo, si algún interesado lo pide, se le debe dar copia certificada del testamento. La protocolización no impide que sean impugnadas la autenticidad ni la validez del testamento mediante proceso contencioso".

Analizaremos, en los apartados siguientes, distintos aspectos de esta norma:

IV.1. Apertura del testamento

El primer acto jurisdiccional señalado por la norma en estudio se presenta únicamente en caso de que el testamento ológrafo se encontrare cerrado. No debe confundirse esta expresión con el testamento cerrado que regulaba nuestro Código anterior, pues dentro de aquel sobre podía encontrarse un testamento manuscrito o escrito por cualquier otro procedimiento, además de las formalidades que debían rodearlo.

Aquí simplemente nos referimos a un testamento para cuyo cuidado y conservación, el testador decidió conservarlo en un sobre cerrado.

En tal supuesto, deberá procederse a su apertura. Para dotar a este hecho de autenticidad, tal apertura se llevará a cabo labrando un *acta judicial*, en la cual intervendrá el secretario del órgano jurisdiccional, en su carácter de fedatario. Cabe recordar que las actas judiciales son *instrumentos públicos* en los términos del art. 289, inc. b), del Cód. Civ. y Com., en tanto son instrumentos que extienden los funcionarios públicos con los requisitos que establecen las leyes.

Como tales, hacen plena fe respecto de los hechos cumplidos por el oficial público u ocurridos en su presencia y percibidos por sus sentidos, de modo que la apertura del sobre por parte del Secretario y su agregación al expediente serán hechos auténticos, que solo podrán ser desvirtuados mediante la articulación de la correspondiente redargución de falsedad.

En el mismo instrumento público, se dejará constancia del estado del documento, para dar cumplimiento con lo prescripto en el art. 2339 del Cód. Civ. y Com.

En cuanto a la calificación del estado del documento, pensamos que será suficiente la referencia del fedatario en torno a la susceptibilidad del documento de ser leído y, consecuentemente, comprendido.

IV.2. Prueba pericial caligráfica

La principal novedad que porta la nueva norma es la necesaria producción de una prueba pericial caligráfica que acredite que la letra y la firma estampadas en el testamento ológrafo, corresponden a la persona humana a la cual se atribuye su autoría. Recordemos brevemente que, en el Código velezano, el silencio observado por la norma de fondo habilitó a las normas procesales locales a la implementación de un procedimiento muy sencillo mediante el cual se justificaba la pertenencia de la letra y firma con la declaración de dos testigos.

Es sabido que ello ha facilitado, lamentablemente, una utilización indebida del testamento ológrafo, que permitió la concreción de verdaderas estafas; pues era un mecanismo demasiado débil para la entidad jurídica de un testamento.

La nueva norma claramente busca corregir aquel procedimiento y somete al testamento ológrafo a una insoslayable prueba pericial caligráfica que debe versar sobre dos aspectos:

- a) la *letra* del testador; y
- b) la *firma* del testador.

Será preciso, entonces, acreditar ambos extremos para que el juez pueda declarar la validez formal del testamento.

Ciertamente, la prueba pericial caligráfica, en un proceso judicial en el que, por hipótesis, el presunto autor del documento se encuentra fallecido, se llevará a cabo por cotejo documental, pues resulta materialmente imposible la realización de un cuerpo de escritura.

Por tal motivo, inicialmente será indispensable adjuntar al proceso documentación de naturaleza indubitada que permita al perito expedirse sobre sendos extremos señalados. Comprobar la autenticidad de la firma inserta en el testamento ológrafo no será tarea complicada, pues la firma del testador se hallará con cierta facilidad en instrumentos públicos que resulten útiles para el apuntado cotejo.

Sin embargo, diverso es el panorama con relación a la prueba de la letra, debido a que no es tan habitual hallar manuscritos auténticos. Es este el punto de mayor tropiezo en la implementación de esta norma.

Con todo, la solución es clara y acorde con los recaudos de validez exigidos por el art. 2477 del Cód. Civ. y Com.

La producción de esta prueba requerirá el sorteo de un perito calígrafo que se expida sobre la autenticidad de la letra y la firma inserta en el testamento ológrafo acompañado al juicio sucesorio.

La práctica de estos pocos años de vigencia del Cód. Civ. y Com. nos demuestra que las dificultades para hallar documentación de naturaleza indubitada que contenga manuscipción del causante no son menores. En la mayoría de los casos, no hay manuscritos auténticos, o bien hay documentación auténtica con breves manuscipciones —ejemplo: la aclaración de una firma— que difícilmente resulten bastantes para nutrir un dictamen pericial con la eficiencia que se pretende.

Frente a ello, pensamos que es necesario reflexionar sobre este punto, pues —aun cuando resaltamos las desventajas del testamento ológrafo— tampoco parece justo extremar las exigencias, acarreando con ello la inviabilidad de la figura, máxime cuando la realidad actual, ante los conocidos avances tecnológicos, nos demuestra claramente que la escritura a mano es el procedimiento menos usual para escribir.

A este punto, principiemos por una premisa que surge claramente de la norma: la letra y la firma de la pieza testamentaria no pueden tenerse por probadas por otro medio que no sea la prueba pericial caligráfica.

Ahora bien: ¿puede considerarse la posibilidad de que el cotejo documental, a los fines de la prueba de la letra, se pueda llevar a cabo con documentación que, aunque no sea auténtica, sea reconocida por los herederos que son, en definitiva, quienes podrían plantear alguna ineficacia del testamento?

Para esclarecer, proponemos un ejemplo:

Fallece "A". Había testado en forma ológrafa. Abierto el juicio sucesorio, la única documentación existente para el cotejo de la prueba pericial son instrumentos públicos continentes de su firma. No hay instrumentos públicos que tengan manuscipciones. Solo ha dejado dos misivas dirigidas a sus dos hermanos.

El testamento ológrafo beneficia a su conviviente. Sus hermanos son quienes presentan esas misivas y las reconocen. Las misivas no constituyen documentación auténtica, pero —siendo reconocidas en juicio— se encuentran impregnadas del valor probatorio asignado por el art. 314, párr. 2º, del Cód. Civ. y Com., que textualmente dice:

"El instrumento privado reconocido, o declarado auténtico por sentencia, o cuya firma está certificada por escribano, no puede ser impugnado por quienes lo hayan reconocido, excepto por vicios en el acto de reconocimiento".

Considerando ello —y que la doctrina uniformemente equipara el valor probatorio del instrumento privado reconocido al del instrumento público—, ¿no cabe suponer que esas misivas reconocidas pueden servir de documentación auténtica a los fines del cotejo para producir la prueba pericial caligráfica requerida por el art. 2339 del Cód. Civ. y Com.?

Pensamos que sí, pues el art. 2339 debe ser interpretado sistemáticamente con todo el plexo normativo que gobierna a los instrumentos privados en el derecho argentino.

Insistimos: no estamos afirmando que se pueda reconocer judicialmente la firma y letra del testamento ológrafo. Ello no es jurídicamente posible. Solo proponemos que pueda reconocerse la prueba documental que se aporte para el cotejo, a los fines de la prueba de la letra del testador.

Por supuesto, tal documentación no podrá ser reconocida por el testador, pues se encontrará fallecido, pero sabido es que los herederos pueden reconocer documentación que se atribuya al causante, considerando que continúan su persona y ocupan, en términos generales, su posición jurídica. Ciertamente, excluimos, en este punto, al heredero o herederos que se benefician con el testamento ológrafo.

Si bien el art. 314, párr. 1º, del Cód. Civ. y Com. establece que "los herederos pueden limitarse a manifestar que ignoran si la firma es o no de su causante", ello no significa que tengan prohibido reconocer un instrumento cuya autoría se le atribuye a aquel. Lo propio cabe concluir respecto de la letra.

Pensamos que esta es una solución que armoniza con el sistema normativo todo y que permite garantizar la utilidad práctica de este testamento. De lo contrario, creemos que el testamento ológrafo terminará desapareciendo, en contra de la voluntad que pareció anunciar el legislador; y pensamos que la casi inexistente costumbre actual de manuscibir no debe ser desconsiderada por el juzgador, pues es una realidad que se nos impone, frente a un Código que dijo recibir las realidades de la sociedad actual.

IV.3. ¿Testamento ológrafo con certificación notarial?

Frente a las dificultades probatorias que asumirá el testamento ológrafo, cabe preguntarse si es posible anticiparse a ellas, dotando de autenticidad al hecho de la escritura y la firma, haciéndolo en presencia de un notario que de fe de tales hechos. Es preciso aclarar que la certificación notarial no convierte al instrumento privado en instrumento público ni enerva la calidad ológrafa del testamento. Simplemente mejora el posicionamiento probatorio de la pieza instrumental, lo cual será ventajoso para el propio testador, que seguramente estará interesado en que su voluntad pueda cumplirse eficientemente luego de su muerte.

Proclamamos la absoluta procedencia de tal certificación notarial, no sin aclarar que será menester que esta no se limite únicamente a la dación de fe de que la firma fue puesta en presencia del notario, sino que también el testamento fue escrito, en su totalidad, en presencia de él.

En estos términos, no será necesaria la prueba pericial caligráfica, ya que la autenticidad referida por el art. 2339 del Cód. Civ. y Com. se habrá alcanzado por la dación de fe del notario en los términos de lo normado en el art. 296, inc. a), del mismo cuerpo de normas.

Tal es lo que se ha resuelto en un interesante caso, señalándose que "habiéndose presentado un testamento ológrafo con firma certificada por escribano público, resulta inaplicable y un exceso formal en este caso en particular la exigencia del nuevo Código Civil y Comercial (art. 2339)" [\(5\)](#).

Aunque no resulta del texto del fallo, suponemos que la certificación notarial ha recaído también sobre la manuscipción.

IV.4. Rúbrica y orden de protocolización. Efectos

Una vez producida la prueba pericial, el juez debe rubricar el principio y fin de cada página del testamento y ordenar su protocolización.

La protocolización es la inclusión material de un instrumento al protocolo notarial.

Puede ser *judicial* o *voluntaria*.

En orden a lo normado en el art. 300 del Cód. Civ. y Com., "el protocolo se forma (...) con los documentos que se incorporan por exigencia legal o a requerimiento de las partes del acto".

En nuestro caso, ciertamente se tratará de una protocolización exigida por la ley, concretamente por el art. 2339 del Cód. Civ. y Com.

El documento notarial que extenderá el notario es un acta notarial, distinto de la escritura pública por cuanto no contiene uno o más negocios jurídicos sino la comprobación de hechos.

La incorporación del documento al protocolo notarial garantiza su conservación documental, y aun la expedición de segundos o ulteriores testimonios. Este es el motivo fundamental por el cual, una vez declarada la validez formal del testamento ológrafo, la norma contempla su obligatoriedad.

En el acta de protocolización de testamento ológrafo su transcripción es obligatoria. El documento se agregará al protocolo y no será necesaria la presencia y la firma del juez. Con la obligatoriedad de la protocolización del testamento ológrafo se persigue su conversión en instrumento público y su resguardo de una eventual pérdida o daño. Constituye una medida cautelar, no entraña ninguna decisión sobre la validez del testamento y no afecta derecho de los interesados en impugnarlo, ni implica cosa juzgada, por lo que puede ser atacado por las partes contra quien se oponga (6). Es importante visualizar que la protocolización no encierra ningún tipo de preclusión a cuestionamientos sobre la eficacia sustancial del testamento, pues en definitiva, lo único que ha hecho el juez es declarar su validez formal.

V. Expedición de copia certificada del testamento

El art. 2339 contempla el deber judicial de expedir copia certificada del testamento cuando cualquier interesado así lo solicite.

Por la redacción de la norma, entendemos que ello corresponde una vez que se haya declarado su validez formal, con posterioridad al dictamen pericial.

VI. El art. 2339 del Cód. Civ. y Com. y el derecho transitorio

El tránsito de un ordenamiento jurídico a otro conlleva el análisis de la aplicación de la ley en el tiempo y, concretamente en el tema que estudiamos, plantea el interrogante acerca de la situación de todas aquellas sucesiones testamentarias con declaración de validez formal de testamento pendiente a la fecha de entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.

Para ello, es oportuno recordar cuanto hemos señalado anteriormente en torno al concepto y efectos de la apuntada resolución judicial, que se dicta a los fines de conferir investidura a los herederos testamentarios y legitimar a estos, y a los legatarios, para disponer de bienes registrables.

Por supuesto, no se está examinando aquí la calidad de heredero ni la transmisión hereditaria, pues si estas ocurrieron durante la vigencia del Código anterior, es con este último que deben juzgarse dichos aspectos. Pero aquí estamos frente a una norma de contenido procesal que gobierna el camino hacia el dictado de una resolución judicial que no constituye título hereditario.

La doctrina sostiene uniformemente que las normas procesales son de aplicación inmediata, razón por la cual debe predicarse la aplicabilidad del art. 2339 del Cód. Civ. y Com. aun a las sucesiones testamentarias iniciadas con anterioridad al día 1º de agosto de 2015 (fecha de la entrada en vigor del Cód. Civ. y Com.), mientras a dicha fecha no hayan tenido aun dictada la declaración de validez formal del testamento.

Es preciso insistir en esta distinción: la transmisión hereditaria y la consecuente adquisición de los derechos hereditarios son hechos alcanzados por el consumo jurídico. Sobre ellos, no puede volverse con la nueva norma. Pero el dictado de la declaración de validez formal del testamento no acaecido antes de la fecha antes indicada constituye una *situación jurídica existente* a la cual se le hace inmediatamente aplicable el art. 2339 del Cód. Civ. y Com., a juzgar por el art. 7º del mismo cuerpo de normas.

En la demarcación capitalina, se ha resuelto:

"1. Las leyes procesales, aun cuando no lo establezcan expresamente, son de aplicación inmediata a las causas pendientes y nadie puede alegar un derecho adquirido a ser juzgado por un determinado sistema adjetivo, pues las leyes sobre procedimiento y jurisdicción son de orden público, siempre que no se prive de validez a los actos procesales cumplidos, ni se deje sin efecto lo actuado de conformidad con las leyes anteriores.

2. El art 2339 del Cód. Civ. y Com. es una norma eminentemente procesal, que regula cuestiones propias del procedimiento de las sucesiones testamentarias. En consecuencia,

cuando se trata de un testamento ológrafo resulta procedente el nombramiento de un perito calígrafo para probar la autenticidad de la firma del testador en los términos del art. 2339 Cód. Civ. y Com. La nueva exigencia de la pericia caligráfica se direcciona a evitar e impedir los casos de falsedad de esta forma testamentaria —testamento ológrafo—, dotando de mayor seguridad al proceso de protocolización" (7).

Y que:

"Hay reglas contenidas en el Código Civil y Comercial que se aplican de forma inmediata a los juicios abiertos, aun cuando la muerte se haya producido antes de la vigencia de dicho cuerpo normativo, por tener naturaleza procesal o ser meras consecuencias aún no producidas de relaciones nacidas bajo el régimen anterior. En suma, y por entender que el art. 2339 es una norma de contenido procesal, su aplicación inmediata al caso de autos se impone. De manera que, no obstante la confirmación del pronunciamiento de grado, el juez deberá adaptar el trámite decidido a la normativa antes citada" (8).

Igual tendencia se observa en la jurisprudencia de la Provincia de Buenos Aires, en la cual se ha afirmado:

"(...) De ello se sigue que la norma procesal introducida en el Código de Fondo consagra con carácter unificador la opción legislativa nacional por un medio de prueba específico que por la mayor seguridad que comporta (por tratarse de una técnica científica) tiende a garantizar que el documento contenga el acto de voluntad testamentaria de la persona fallecida, y con ello asegurar que la sucesión se difiera del modo previsto en el ordenamiento jurídico vigente. Subsumida la cuestión en la hipótesis establecida por el Tribunal Cívero Federal, corresponde la aplicación de la norma del art. 2339 del Cód. Civ. y Com. y con ello el desplazamiento —en este punto— de la norma del art. 739 del ordenamiento de rito Provincial" (9).

Y que:

"A partir de la entrada en vigencia del Código unificado, las nuevas normas procesales se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes; esto es, a aquellos juicios sucesorios iniciados y no concluidos o pendientes, en lo que fuera pertinente, y considerando la preclusión de actos o etapas realizadas. Dentro de este contexto, no cabe duda de que en relación con el testamento ológrafo deviene plenamente aplicable lo dispuesto por el art. 2339 del Cód. Civ. y Com. —que exige la pericia caligráfica para determinar la validez del testamento ológrafo—, pues al momento de la entrada en vigencia del nuevo ordenamiento, aun no se había producido en autos la prueba testimonial" (10).

Así como:

"En relación con la sucesión testamentaria, el contenido del testamento, su validez o nulidad, se juzga por la ley vigente al momento de la muerte del testador (art. 2466 Cód. Civ. y Com.), la forma del testamento se rige por la ley vigente al momento de testar (art. 2472 Cód. Civ. y Com.) y, en cambio, las normas de naturaleza procesal son de aplicación inmediata a los procedimientos en trámite (arts. 2335 a 2362 Cód. Civ. y Com.), aunque el causante haya muerto con anterioridad, siempre que ello no implique afectar situaciones ya agotadas. El art. 2339 del Cód. Civ. y Com. que exige la pericial caligráfica para determinar la validez del testamento ológrafo, es de carácter procesal en tanto tienen una función instrumental, que es la de fijar el procedimiento a seguir para hacer posible la consecución del derecho material. Por lo tanto, su aplicación es inmediata a partir de su entrada en vigencia, no existiendo en el caso circunstancia alguna que lo impida (v.gr. preclusión o consumo jurídico)" (11).

Podemos diagramar las distintas situaciones posibles en el siguiente esquema:

a. *Declaraciones de validez formal de testamentos ológrafos dictadas con anterioridad al 1º de agosto de 2015*: Son situaciones jurídicas agotadas o consumadas, a las cuales no les resulta aplicable el art. 2339 del Cód. Civ. y Com. Una conclusión contraria implicaría una aplicación retroactiva no autorizada por la norma;

b. *Juicios sucesorios en los que el 1º de agosto de 2015 aún no se había dictado la declaración de validez formal del testamento*: *Prima facie* se sostiene —en idea que claramente compartimos— que son situaciones jurídicas existentes que deben ser regidas por el art. 2339.

Sin embargo, pueden presentarse situaciones que susciten ciertas dudas. Veamos dos supuestos:

b.1. *El 1º de agosto de 2015 aún no se había petitionado la declaración de validez formal del testamento ológrafo, pero ya se había producido la prueba testimonial tendiente a su reconocimiento*:

Aquí podría sostenerse que, con la producción de la prueba testimonial, ya se habría direccionado la actividad procesal hacia el dictado de la declaración de validez formal. Con todo, aun en este supuesto, nos inclinamos por considerar aplicable el art. 2339 del Cód. Civ. y Com.

b.2. *El 1º de agosto de 2015 ya se había producido la prueba testimonial tendiente a su reconocimiento y se había petitionado la declaración de validez formal del testamento, sin que esta resolución judicial haya sido aún dictada*:

Creemos que este es el supuesto que puede admitir ciertas dudas, pues el peticionante ya ha solicitado, durante la vigencia del ordenamiento anterior, la declaración de validez formal del testamento, restando solo su dictado. En este supuesto, podría sostenerse con sólidos argumentos, la procedencia de la declaración de validez formal fundada exclusivamente en la prueba testimonial.

VII. Reflexión final

Como consecuencia de lo expuesto, se concluye:

a. El art. 2339 del Cód. Civ. y Com. exige claramente la producción de prueba pericial caligráfica a los fines de acreditar que la firma y la letra que lucen en el testamento, corresponden al causante;

b. El art. 2339 del Cód. Civ. y Com. es una norma de orden público que debe ser estrictamente observada por los jueces y los auxiliares de justicia en los juicios sucesorios testamentarios o mixtos en los que se presente un testamento ológrafo;

c. El tratamiento procesal conferido por el art. 2339 del Cód. Civ. y Com. al testamento ológrafo compromete, en muchos casos, la viabilidad de la obtención de una declaración de validez formal, frente a la dificultad de obtener actualmente documentación manuscrita que pueda considerarse indubitada;

d. Con fundamento en una interpretación sistemática de los arts. 2339, 314 y 319 del Cód. Civ. y Com., consideramos procedente que la prueba pericial caligráfica, a los fines de probar la manuscipción, se produzca por cotejo con documentación que, aunque no sea auténtica, sea reconocida por los herederos del testador, con exclusión —desde ya— del reconocimiento del o los herederos que se benefician con el testamento ológrafo en cuestión;

e. Es jurídicamente procedente el otorgamiento de un testamento ológrafo con certificación notarial de su manuscipción y firma;

f. En el supuesto mencionado en el apartado anterior, no será necesaria la producción de la prueba pericial caligráfica, por revestir la condición de hechos auténticos, regidos por el art. 296, inc. a), del Cód. Civ. y Com.;

- g. El art. 2339 del Cód. Civ. y Com. no resulta aplicable a las declaraciones de validez formal de testamentos ológrafos, dictadas con anterioridad al 1º de agosto de 2015, por constituir situaciones jurídicas consumadas (arg. art. 7º, Cód. Civ. y Com.);
- h. El art. 2339 del Cód. Civ. y Com. es de obligatoria aplicación a los juicios sucesorios iniciados con posterioridad al 1º de agosto de 2015;
- i. El art. 2339 del Cód. Civ. y Com. es de obligatoria aplicación a los juicios sucesorios iniciados con anterioridad al 1º de agosto de 2015, si ese día no había sido dictada aún la declaración de validez formal del testamento, por tratarse, entonces, de una situación jurídica existente (arg. art. 7º, Cód. Civ. y Com.).

(A) Abogado. Magíster en Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario (Universidad Notarial Argentina). Profesor de "Elementos de Derechos Reales" y de "Derecho Registral" en la Universidad de Buenos Aires. Profesor Titular de "Derecho Notarial I" en la Carrera de Escribanía en la Universidad Católica de La Plata. Profesor de Postgrado en la Universidad Notarial Argentina. Director del Instituto de Derecho Registral de la Universidad Notarial Argentina. Director y Profesor de la Carrera de Especialización en Derecho Registral de la Universidad Notarial Argentina. Director y Profesor de la Diplomatura en Derecho Registral de la Universidad Notarial Argentina. Miembro del cuerpo docente de la Maestría en Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario de la Universidad Notarial Argentina. Profesor de Postgrado en la Carrera de Especialización en Función Judicial, en la Universidad de Morón. Miembro Adherente de la Asociación Argentina de Derecho Procesal. Miembro del Centro de Estudios Jurídico Notariales de la Universidad del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires. Disertante en Jornadas, Talleres y Seminarios de Posgrado que se dictan en toda la República Argentina y en distintos países de Latinoamérica. Autor de libros, artículos de doctrina y notas a fallo, sobre temas de sus especialidades.

(1) V.gr., el art. 1876, inc. 1º, Cód. Civil de Brasil exige la presencia de tres testigos.

(2) ABELLA, Adriana - SABENE, Sebastián E., "Reflexiones sobre el testamento ológrafo", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, Ed. La Ley, año 3, nro. 10, ps. 165-172.

(3) Esto último, a pesar de los proyectos de ley que intentaron incorporar el trámite sucesorio a la competencia material del notario, en los casos de ausencia de conflicto.

(4) Arg. art. 2336, Cód. Civ. y Com.

(5) CCiv. y Com. Mar del Plata, 31/03/2016, "Garnica, Selmira Evelia s/ sucesión ab intestato", sumario JUBA B5030411.

(6) ABELLA, Adriana, "Derecho Notarial", Derecho Documental, Ed. Zavalía, 2010, p. 529.

(7) CNCiv., sala J, 07/04/2016, "Mazzurco, José y otro s/ sucesión testamentaria", sumario nro. 25332 de la Base de Datos de la Secretaría de Documentación y Jurisprudencia de la Cámara Civil. En igual sentido: CNCiv., sala M, 22/03/2016, "Luksich, Nelly Mabel s/ protocolización de testamento"; CNCiv., sala B, 02/08/2018, "Losano, Aída Nicolasa y otro s/ sucesión vacante", sumario nro. 267014 de la Base de Datos de la Secretaría de Documentación y Jurisprudencia de la Cámara Civil.

(8) CNCiv., sala G, 22/04/2016, "A., M. L. s/ sucesión testamentaria", sumario nro. 25330 de la Base de Datos de la Secretaría de Documentación y Jurisprudencia de la Cámara Civil.

(9) CCiv. y Com. San Isidro, sala III, 16/06/2016, "Cassoulet, María Beatriz s/ sucesión testamentaria".

(10) CCiv. y Com. Lomas de Zamora, sala III, 23/02/2016, "Citera, María Antonia s/ sucesión testamentaria", sumario JUBA B3751109.

[\(11\)](#) CCiv. y Com. Mar del Plata, sala II, 13/11/2018, "Alarcón, Rosa María s/ sucesión testamentaria", sumario JUBA B5053601.