

Título: Proceso sucesorio. Cinco razones de la innecesariedad de la prueba pericial caligráfica para verificar la autenticidad del testamento ológrafo

Autor: Medina, Graciela

Publicado en: LA LEY 07/12/2021, 07/12/2021, 7

Cita: TR LALEY AR/DOC/3398/2021

Sumario: I. Introducción y objetivos.— II. Los hechos del caso.— III. El testamento ológrafo.— IV. La firma del testamento ológrafo.— V. El proceso sucesorio testamentario.— VI. Cinco razones que fundamentan la innecesariedad de la prueba pericial caligráfica cuando todos los herederos ab intestato y la cónyuge reconocen la autenticidad del testamento.— VII. Conclusión.

(*)

I. Introducción y objetivos

En el presente nos proponemos abordar la cuestión de la autenticación de la firma y grafía del testamento ológrafo, el porqué de su necesidad y la forma de su realización.

Este comentario surge a raíz de un fallo de la sala D de la Cámara Nacional Civil de la Capital dictado por los camaristas Gabriel Rolleri y Patricia Barbieri, con la disidencia del Dr. Gastón Polo Olivera.

Nos proponemos dar cinco razones que avalen la innecesariedad de la prueba pericial para dar autenticidad a la firma y grafía del testamento ológrafo, cuando todos los herederos mayores y capaces la reconocen.

II. Los hechos del caso

Héctor Manuel Fernández falleció dejando como herederos a sus hijos Graciela, Marcelo, y Gerardo Fernández y a su cónyuge supérstite en segundas nupcias Cecilia Sanguine.

El causante otorgó un testamento ológrafo en el que mejora con un tercio a su cónyuge, ningún heredero cuestiona la mejora y todos quieren cumplir con la última voluntad del testador; a tal fin, los herederos y la cónyuge presentan el testamento en el proceso y solicitan su homologación.

El juez de primera instancia ordena realizar una pericia caligráfica, con un perito único de oficio para comprobar la autenticidad de la letra y firma del testador, que nadie había cuestionado. Los herederos se niegan a la realización de este peritaje, por considerarlo oneroso e innecesario y recurren la resolución mediante apelación ante la sala D de la Cámara Nacional en lo Civil.

Este tribunal con sólidos argumentos de dos de sus camaristas revoca el fallo en cuestión, arguyendo básicamente el desinterés en la pericia, cuando todos los herederos que pudieron cuestionar la disposición de última voluntad están de acuerdo en aceptar como válida la firma del de cujus.

III. El testamento ológrafo

El testamento ológrafo es una forma simple de disponer de los bienes para después de la muerte, que tiene como requisitos que debe ser todo escrito, fechado y firmado por el testador.

Esta forma de testar tiene ventajas e inconvenientes. Entre las primeras está el secreto acerca de la disponibilidad de bienes, la comodidad del testador, la economía y la simplicidad de formas frente a las requeridas para el testamento por acto público.

Entre los inconvenientes cabe señalar la posibilidad de que sea destruido por algún familiar del testador a quien el testamento perjudique. También resulta más fácil la captación de voluntad, la violencia y la falsificación, de allí la necesidad de controlar la autenticidad de la firma y escritura.

IV. La firma del testamento ológrafo

La firma es un elemento indispensable del acto, su ausencia lo torna inválido. El art. 2477, párr. 3º dispone que "La firma debe estar después de las disposiciones", por tanto, las disposiciones del testador escritas después de su firma carecen de validez.

El Código Civil y Comercial exige que la firma y letra sea probada por un perito calígrafo. Esta prueba encarece el juicio sucesorio; y coincidimos con la mayoría que suscribe el fallo, en que no debe ser exigida cuando los herederos ab intestato que pudieren impugnar el testamento reconocen la firma y esta resulta del reconocimiento de terceros.

Por ejemplo, si la testadora hace un testamento y mejora a su único nieto hijo de su único hijo y el hijo reconoce la firma, no tiene sentido la prueba pericial, porque quien podría impugnar el testamento está reconociendo la validez de la firma.

V. El proceso sucesorio testamentario

Los diferentes códigos de procedimientos de las provincias y de la Nación se ocupan de definir los trámites y pasos procesales que deben seguirse ante la existencia de un testamento. En este caso, el proceso se centra en el análisis, por parte del juez, de la validez formal del testamento y el consecuente respeto de sus disposiciones, siempre que no se afecten normas de orden público, tales como las relativas a la legítima.

El Código Civil y Comercial de la Nación no regula en forma detallada el proceso sucesorio testamentario, sino que otorga una serie de pautas genéricas. Así el artículo 2339, bajo el título "Sucesión testamentaria", distingue los supuestos de testamento por acto público y testamento ológrafo.

Cuando se trata de un testamento ológrafo, como es realizado en forma privada por el testador, resulta necesario que el juez verifique su autenticidad, para otorgarle la seguridad y certeza que tiene el instrumento público. Para ello el Código Civil y Comercial, en concordancia con las disposiciones procesales, dispone en el segundo párrafo del art. 2339: "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".

La norma indica el lógico requisito de apertura del testamento —si estuviere cerrado— y el clásico recaudo de que se libre un acta dejando constancia del estado material del documento. Además, agrega otra exigencia que hasta el momento no era requerida ni por el Código derogado ni por las legislaciones procesales; esto es, que se realice una pericia caligráfica sobre el testamento.

Esta exigencia es completamente innecesaria cuando todos los herederos ab intestato y la cónyuge reconocen la autenticidad de la escritura y de la firma del otorgante, porque es onerosa y retardataria.

Esto fue lo decidido en el fallo en comentario en una resolución impecable por su congruencia y fundamentación.

VI. Cinco razones que fundamentan la innecesariedad de la prueba pericial caligráfica cuando todos los herederos ab intestato y la cónyuge reconocen la autenticidad del testamento

A continuación daremos cinco razones que avalan nuestra postura, que es la misma que la que sostienen los camaristas que votan por la mayoría en la resolución comentada.

VI.1. El requerimiento de designación de un perito calígrafo para determinar la autenticidad de un testamento no es una disposición de orden público y puede ser dejada de lado, cuando la unanimidad de los herederos reconoce la firma

En el derecho privado argentino han subsistido históricamente dos esferas limítrofes que podríamos denominar individual, por un lado, y social, por el otro. La primera, la de la autonomía de la voluntad, incluye las cuestiones que pueden ser libremente decididas por las partes. La segunda, la del orden público, constituye un límite para la anterior, excluyendo ciertas cuestiones del ámbito de la autonomía de la voluntad, en atención al valor que representan para los individuos y para la sociedad en su conjunto [\(1\)](#).

El orden público puede ser conceptualizado como el conjunto de condiciones fundamentales de vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de esta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos ni, en su caso, por la aplicación de normas extranjeras [\(2\)](#).

Creemos que el orden público es la institución de que se vale el ordenamiento jurídico para defender y garantizar, mediante la limitación de la autonomía de la voluntad, la vigencia inexcusable de los intereses generales de la sociedad, de modo que siempre prevalezcan sobre intereses particulares.

Entendemos con Zannoni que el orden público, desde la perspectiva del derecho interno, delimita el territorio en que se desenvuelve la autonomía privada; y desde la óptica del derecho internacional, señala los límites a la aplicación del derecho extranjero [\(3\)](#).

Coincidimos con Kaller de Orchansky en que "El concepto de orden público se caracteriza por su variabilidad, mutabilidad y actualidad, por ello debe rechazarse toda tentativa de encerrarlo en un catálogo rígido. El conjunto de principios fundamentales que lo integran debe ser apreciado (...) en cada Estado, en cada caso concreto (...) en el momento de decidir, quienes deben valorar el derecho competente y emplear la excepción, solo cuando la aplicación del derecho amanece perturbar gravemente la paz social del Estado" [\(4\)](#).

Indiscutiblemente la norma que establece que el reconocimiento de firma del testamento ológrafo debe hacerse por perito no compromete el orden público, ya que no perturba gravemente la paz social ni afecta a derechos fundamentales, ni los principios sucesorios; y es por ello que cuando todos los sucesores mayores y

capaces reconocen la firma, no se requiere la designación de un perito calígrafo.

VI.2. El principio en materia sucesoria es que cuando todos los herederos son capaces, tienen la libre disposición de los bienes del causante y pueden hacer la partición como lo juzgue conveniente

En materia sucesoria el principio general es que cuando todos los herederos son capaces y mayores de edad, pueden libremente decidir por unanimidad sobre la forma de distribución de los bienes.

Ello surge de lo dispuesto por el art. 2369 del Cód. Civ. y Com. que establece: Partición privada. Si todos los copartícipes están presentes y son plenamente capaces, la partición puede hacerse en la forma y por el acto que por unanimidad juzguen convenientes. La partición puede ser total o parcial.

Esta disposición nos demuestra la innecesariedad de la realización del peritaje caligráfico del testamento ológrafo, cuando todos los herederos ab intestato y la cónyuge supérstite en forma unánime reconocen el testamento, porque si se los obliga a realizar un costoso peritaje para hacer cumplir el testamento, a ellos les bastaría con iniciar un proceso sucesorio ab intestato y lograr la partición en la misma forma dispuesta por el causante, con un desgaste jurisdiccional inútil y una falta de respeto por una de las formas más baratas y cómodas de testar.

VI.3. La necesidad de la interpretación integral del ordenamiento jurídico

Las normas hoy no pueden ser interpretadas aisladamente, sino que deben ser interpretadas integralmente y de buena fe.

Es que, como señalaba el maestro Borda, felizmente impera hoy un nuevo concepto sobre la interpretación de la ley. Ya no es posible pensar que el juez tiene frente a la ley un papel pasivo, como si fuera extraño al ordenamiento jurídico en sí mismo. Por el contrario, integra el orden jurídico, está inserto en él como un elemento vivo, destinado a darle a la ley la flexibilidad que le permita brindar no solo una justicia más ajustada a las circunstancias del caso y de las personas, sino también más sensible a las cambiantes exigencias sociales.

No hay que olvidar que el culto del formalismo es una aberración y nace de una concepción falsa del derecho. La vida no está al servicio de los conceptos, sino estos al servicio de la vida. Hay que atenerse no a lo que ordene la gramática de una norma aislada, sino a lo que exija la vida, la sociedad, el sistema jurídico interpretado en su integralidad.

Y por sobre todas las cosas hay que tener en cuenta que el principio de que las declaraciones de voluntad han de ser interpretadas de "buena fe" es aplicable también a las declaraciones de voluntad del legislador, es decir, a la ley.

En este sentido el art. 2339 debe ser interpretado dentro de la integralidad del ordenamiento jurídico y valorando especialmente los principios sucesorios. En este orden de ideas no se lo puede aplicar aisladamente en contra de la voluntad unánime de todos los herederos y del cónyuge supérstite.

Es que elementales razones de justicia impiden juzgar olvidando el elemento sistemático que permite interpretar la ley atendiendo a sus conexiones con la totalidad del ordenamiento jurídico del cual forma parte, incluidos los principios generales del derecho.

VI.4. Razones de economía procesal

Un país con solidez institucional requiere que la Justicia funcione adecuadamente y garantice soluciones rápidas, confiables, económicas e imparciales, además de resultar accesible y tener cercanía con la gente.

Indiscutiblemente exigir la realización de una pericia caligráfica, cuando solo es necesaria para cumplir una formalidad vacía de contenido porque no es requerida por las partes, ni hace al orden público ni a la seguridad jurídica, no contribuye en nada a lograr una justicia accesible, ni es eficaz, porque contradice las más elementales normas de economía procesal.

VI.5. La seguridad jurídica y la posibilidad de plantear la nulidad

La seguridad jurídica se encuentra garantizada, si todos aquellos que podrían plantear la ineficacia del testamento dan su conformidad con la autenticidad de la firma allí asentada; y para la hipotética y remota posibilidad de que el acreedor de un heredero se viera perjudicado por una maniobra fraudulenta para disminuir el patrimonio del heredero deudor, tendrá siempre la acción de nulidad a su disposición.

VII. Conclusión

Al interpretar una norma procesal como lo es aquella que exige una prueba pericial para demostrar la autenticidad de la firma y grafía del testamento, el juez debe tener en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales y realizar una interpretación sistémica del ordenamiento, para no caer en pobrismo jurídico y desatención de las expectativas del justiciable.

La instrumentalidad de las formas procesales asume que la meta principal del proceso es la efectividad de las normas sustanciales; y las normas sustanciales en materia testamentaria aluden al respeto a la voluntad del causante, la inviolabilidad de la legítima, la exigencia de que el testamento ológrafo sea hecho de puño, letra y firma del testador; y que cuando todos los herederos son capaces, pueden disponer la partición de la herencia como lo estimen conveniente, principios todos ellos que se respetan y garantizan al admitirse el reconocimiento de la firma y letra del testador sin necesidad de prueba pericial, cuando todos los herederos, legítimos y capaces, y la cónyuge supérstite reconocen como válida la disposición de última voluntad.

Fallos como el suscripto por los Dres. Barbieri y Rolleri contribuyen a dar eficacia y credibilidad al sistema judicial, al imponer el realismo y el conocimiento profundo del ordenamiento privado sobre el formalismo vacío de contenido.

(A) Profesora Titular de Derecho de Familia y Sucesiones de la Facultad de Derecho (UBA).

(1) PUCHETA, Leonardo L., "Nuevo Código: ¿nuevo orden público?", *El Derecho (Familia)* 55/-22 (2014).

(2) DE LA FUENTE, Horacio H., "Orden público", Astrea, 2003, p. 23.

(3) ZANNONI, Eduardo en el prólogo al libro de DE LA FUENTE, Horacio "Orden Público", Astrea, p. 7.

(4) KALLER de ORCHANSKY, Berta, "Nuevo Manual de Derecho Internacional Privado", p. 142.