

SOBRE LA NECESIDAD DE LA PERICIA CALIGRÁFICA EN LOS TESTAMENTOS OLÓGRAFOS

Dr. Mauricio Moyano¹.

En esta oportunidad tengo el agrado de comentar un reciente fallo (marzo 2021) de la Cámara Nacional Civil de Apelaciones, sala K, autos "Mollano, Oscar Eliseo y otra s/ sucesión testamentaria" (Exp. 66.605/2017), en el cual se discutía la necesidad de la pericia caligráfica sobre dos testamentos ológrafos.

El caso en cuestión trata de dos testamentos ológrafos, autónomos, realizados cada uno por un testador distinto, ambos con sus respectivas firmas certificadas por Escribano Público, en donde se requiere en primera instancia la pericia caligráfica a fin de determinar la autenticidad de las firmas. Sucede que la perito designada, a fin de realizar su pericia, solicita recabar firmas indubitadas de ambos causantes, y sólo consiguió recabar la firma del Sr. Orellano más no la del testador Sra. Acquabella.

La única heredera beneficiaria de ambos testamentos, sobrina de los causantes, apela la orden del Juez de primera instancia. Es así que, en este interesante fallo, la Cámara Civil ordena la aplicación del artículo 704 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ordenando que el perito calígrafo se expida sobre si es posible determinar la autoría de una letra con una firma certificada y, en caso afirmativo, emplear las que fueron certificadas en el mismo testamento. En la hipótesis de no resultar ello posible, se deberá proceder conforme la pauta que establece el artículo 704, primer párrafo del CPCCN, esto es, el beneficiario deberá ofrecer dos testigos a fin de que reconozcan la letra y firma del testador.

A fin de arribar a tal conclusión, la Cámara Civil realizó una pormenorizada interpretación de las normas de fondo y de forma vigentes, vinculando el actual sistema jurídico imperante como el anterior, todo lo cual analizaremos en el presente.

¹ Desde hace más de 20 años ejerce en forma particular la profesión de abogado. Actualmente es profesor de Sucesiones en la Universidad del Aconcagua y en la Universidad de Mendoza. Ha disertado en varios congresos y capacitaciones, escrito varios artículos relativos a la materia, y fue director y coautor del libro "El proceso sucesorio en el código procesal civil, comercial y tributario de la Prov de Mendoza", Ed. ASC, 2018.

Sobre la ley aplicable en materia de sucesiones.

En materia de sucesiones, y con relación a este caso en particular, cabe distinguir distintas leyes aplicables:

- La ley aplicable a la sucesión en sí, que es la ley vigente al tiempo del fallecimiento del causante conforme lo determina el artículo 2277 del Código Civil y Comercial.
- Respecto de la formalidad del testamento, éste se rige por la ley vigente al tiempo de testar (artículo 2472 CCC).
- Finalmente, la ley procesal aplicable al caso, es la ley vigente al momento en que se está tramitando el proceso sucesorio.

Aparte de éstas, podemos también mencionar la ley aplicable para determinar la capacidad del testador, la ley para determinar la capacidad del heredero, etc., pero que no son ajenas a la materia que estamos explicando.

En el caso en cuestión que estamos comentando, cabe destacar que los testamentos se realizaron vigente el viejo Código Civil, y que, además, los causantes fallecieron antes del 1º de agosto del 2015, por lo que también es de aplicación las normas sustanciales del viejo Código Civil. Pero el proceso sucesorio se tramitó con posterioridad a esa fecha, es decir, ya vigente el nuevo Código Civil y Comercial, por lo que las normas procesales son de aplicación inmediata a los procesos en curso, en tanto no vulneren derechos adquiridos por las partes. Ahondaremos un poco más sobre esto más adelante.

Sobre las normas de fondo y de forma aplicables a los testamentos ológrafos:

Sabido es que el testamento ológrafo tiene tres requisitos esenciales para ser considerado tal: autógrafo, firmado y fechado. Estos requisitos básicos eran exigidos tanto por el viejo Código Civil como por el actual. Al efecto, el actual Código Civil y Comercial reza: *"El testamento ológrafo debe ser íntegramente escrito con los caracteres propios del idioma en que es otorgado, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades invalida el acto, excepto que contenga enunciaciones o elementos materiales que permitan establecer la fecha de una manera cierta. La firma debe estar después de las disposiciones, y la fecha puede ponerse antes de la firma o después de ella. El error del testador sobre la fecha no perjudica la validez del acto, pero el testamento no es válido si aquél le puso voluntariamente una fecha falsa para violar una disposición*

de orden público. Los agregados escritos por mano extraña invalidan el testamento, sólo si han sido hechos por orden o con consentimiento del testador" (artículo 2477 CCC).

Ahora, cuando el Código Civil y Comercial regula el Proceso Sucesorio, respecto de la sucesión testamentaria establece en forma imperativa la comprobación de la escritura y firma del testador mediante pericia caligráfica. Así, establece que: *"Si el causante ha dejado testamento por acto público, debe presentárselo o indicarse el lugar donde se encuentre. 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"* (artículo 2339 CCC).

Es decir que, *a priori*, y según las normas del Código Civil y Comercial, la pericia caligráfica aparece como obligatoria. Pero cuando conjugamos estas normas con las del código de forma, vemos que no es tan así.

Al respecto, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no ha sido modificado luego de la sanción del Código Civil y Comercial, por lo que sus normas obedecen al espíritu del viejo Código Civil. Es por ello, que en el código de forma de la Nación nos encontramos con el artículo 704 que regula la protocolización de los testamentos cerrados y ológrafos. Y esta norma sostiene que basta con dos testigos para que reconozcan la firma y letra del testador. Al respecto, la norma dice: *"Quien presentare testamento ológrafo deberá ofrecer DOS (2) testigos para que reconozcan la firma y letra del testador. El juez señalará audiencia a la que citará a los beneficiarios y a los presuntos herederos cuyos domicilios fueron conocidos, y al escribano y testigos, si se tratare de testamento cerrado. Si el testamento ológrafo se acompañare en sobre cerrado, el juez lo abrirá en dicha audiencia en presencia del secretario"* (artículo 704 CPCCN).

Luego, el artículo 705 de dicho código de forma establece que: *"Si los testigos reconocen la letra y firma del testador, el juez rubricará el principio y fin de cada una de las páginas del testamento y designará UN (1) escribano para que los protocolice"* (artículo 705 CPCCN).

Finalmente, al respecto, el artículo 706 reza: *"Si reconocida la letra y la firma del testador por los testigos, se formularen objeciones sobre el cumplimiento de las formalidades prescriptas, o reclamos*

que no se refieran a la validez del testamento, la cuestión se sustanciará por el trámite de los incidentes' (artículo 706 CPCCN).

Hasta acá y según hemos visto, el código de fondo obliga a realizar una pericia caligráfica (código vigente desde el 01/08/2015) y la norma de forma (más antigua, no reformada ni conjugada con el actual Código Civil y Comercial) dice algo diferente: permite reconocerlo por dos testigos.

Advirtiendo esta controversia o falta de coordinación de las normas, la Cámara Civil se sirvió de esto y permitió el reconocimiento de la letra y firma del testador mediante dos testigos, tal cual lo autoriza el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación en su artículo 704.

Sobre la necesidad de realizar pericia caligráfica en los testamentos ológrafos y la novedosa norma del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza.

El Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza es novedoso y se encuentra actualmente coordinado con las normas del Código Civil y Comercial de la Nación. En efecto, el código de forma de Mendoza entró en vigencia el 01 de febrero del 2018, y permite abstenerse de realizar la pericial caligráfica si todos los interesados reconocen la autenticidad de la escritura y la firma del testador y no mediare oposición de terceros. Es decir, que el actual código de forma de Mendoza permite apartarse de lo ordenado por el artículo 2339 del código de fondo.

En efecto, el código de forma de la Provincia de Mendoza sostiene: *"Quién promueva el proceso sucesorio deberá acreditar la muerte o ausencia del causante, su legitimación y, en caso de poseer testamento ológrafo, presentarlo o denunciar quién lo tiene o en qué lugar se encuentra. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, el juez procederá a solicitar informe al Registro de Actos de Última Voluntad a fin de constatar la existencia de testamento ológrafo, por acto público o consular realizado por el causante. En caso afirmativo, deberá remitirlo al juzgado o indicar, en su defecto, el nombre y domicilio del escribano que lo ostenta, a fin de requerir la remisión. Presentado testamento ológrafo por interesado o remitido por el Registro de Actos de Última Voluntad a través del escribano que lo tiene en custodia, el juez fijará una audiencia con un intervalo no menor a diez (10) días. En dicha audiencia, se dará cumplimiento a los trámites previsto por el Código Civil y Comercial de la Nación. En caso de que todos los interesados reconozcan la autenticidad de la escritura y la firma del testador y no mediare oposición de terceros, podrán abstenerse de realizar pericial caligráfica para su comprobación. En estos trámites, debe intervenir necesariamente, el Ministerio Público Fiscal. Remitido el testamento por acto público, el Juez dictará el auto de apertura, conforme las pautas del art. 326 de este Código"* (artículo 324 Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza).

Sabido es que existen dos tipos de trámites que se realizan en el proceso sucesorio cuando se trata de una sucesión testamentaria: por un lado, aquellos tendientes a la incorporación de los testamentos al expediente y, por otro, las diligencias dirigidas a darle fe a aquellos instrumentos que no revisten las formalidades exigidas por el código para la apertura de la sucesión. En este caso nos vamos a detener solamente en las diligencias tendientes a la protocolización de los testamentos ológrafos.

En relación a los testamentos ológrafos, el Código de forma de Mendoza determina que una vez que sea acompañado el testamento por el interesado o por quien lo detente o enviado por el registro de actos de última voluntad, el juez debe convocar a una audiencia, a realizarse con un intervalo no menor a diez (10) días a fin de que realicen los trámites dispuestos por el Código Civil y Comercial para la comprobación de su autenticidad y posterior protocolización.

Como dijimos, el art. 2339 del Código Civil y Comercial establece a tales fines se debe realizar una pericia caligráfica a fin de comprobar la autenticidad de la escritura y la firma del testador. Pero el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza prevé una excepción a la realización de la pericia caligráfica en aquellos supuestos en los que los comparecientes reconozcan la autenticidad de la escritura y la firma del testador y no se presenten terceros que se opongan.

Si bien el Código Civil y Comercial dispuso la realización de una pericia caligráfica en razón de la importancia que reviste el acto de última voluntad efectuado por el testador y su posterior impacto, el Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza prescinde de esta prueba en aquellos supuestos en los que los interesados reconocen la autenticidad del instrumento y no existen terceros que se opongan.

En esta instancia, resulta difícil individualizar quienes podrían ser los terceros perjudicados por un testamento apócrifo, más allá de los que heredarían en caso de no existir el testamento, quienes deben ser notificados de la audiencia. No obstante, cualquier interesado que con posterioridad a la audiencia pretenda impugnar la autenticidad del testamento, lo podrá hacer por la vía de la acción de nulidad testamentaria prevista en el artículo 2469 del Código Civil y Comercial.

Se advierte a simple vista que la norma procesal de Mendoza forzó sus facultades reglamentarias y se apartó de la pericial caligráfica que ordena el código de fondo. Pero más allá de eso y a fin de analizar la constitucionalidad de la norma local y su procedencia, la cuestión discutida aquí es determinar cuál es el bien jurídicamente protegido: ¿Está interesado el bien público que busca que no se comenten estafas o delitos con esos supuestos o posibles testamentos falsos; o se protege al interés particular del testador cuando se busca que el testamento sea fidedigno y refleje su voluntad; o en cambio se protege el interés económico de los particulares, posibles herederos y demás

beneficiarios del testamento? Si concluimos que el bien jurídicamente protegido con la pericial caligráfica es el interés de los posibles herederos que podrían verse perjudicados con un testamento apócrifo, debemos permitir que se pueda abstener de realizarse la pericial caligráfica desde que, en todo caso, tendrán estos terceros interesados la posibilidad de accionar en contra de tal testamento en caso de considerarlo falso, debiendo para ello demostrar sus afirmaciones.

Es decir, si estos terceros interesados no pudieron en su momento solicitar la pericia caligráfica y como consecuencia de ello el testamento ológrafo fue aprobado y protocolizado por orden judicial, podrán luego y siempre que se encuentre vigente y no prescripta su acción, intentar anular el mismo por las acciones que permite el código de fondo. Repito, estos terceros interesados podrán solicitar se realice pericia caligráfica al inicio del proceso sucesorio a fin de determinar si la letra y firma pertenecen al testador o, si se les pasó tal facultad procesal, podrán luego accionar en contra del testamento oportunamente aprobado por el Juez. Se advierte así que los terceros interesados gozan de amplia protección frente a la reglamentación que realizó la Provincia de Mendoza en lo relativo a la pericia caligráfica.

Se me ocurre como ejemplo que terceros realicen un testamento apócrifo designando como beneficiario a un cómplice de ellos, y se lo intenten atribuir al testador. Entonces, estos inescrupulosos pretenderán atribuirle al testador un testamento falso a fin de que se atribuyan sus bienes relictos. Frente a esta hipótesis, podrán sus posibles herederos intestados o instituidos por otro testamento atacar el apócrifo (reconocido judicialmente sólo por testigos) y así echar por tierra tal intento fraudulento, tal cual lo permite la norma procesal mendocina.