
NULIDAD DE TESTAMENTO

Falta de capacidad: las causas y su prueba

WALTER HOWARD

Vistos:

Para Sentencia Definitiva de Segunda Instancia estos autos caratulados "RICCI, Lucía C/ MORTOLA RICCI, Alicia Liliana –DEMANDA DE NULIDAD–" IUE 62-42/2010 venidos en apelación de la Sentencia 53 dictada por el Juzgado Letrado de Familia de Vigésimo Turno, a cargo de la Sra. Juez, Dra. Alicia Álvarez.

Sent. del Tribunal de Apelaciones de Familia de 2° Turno n.º 8/2014, de 29 de agosto de 2014.

Integración: Dr. Eduardo Nelson CAVALLI ASOLE –redactor-; Dr. Eduardo Bernabé MARTINEZ CALANDRIA; Dra. Loreley Beatriz PERA RODRIGUEZ; Dr. Carlos Renzo BACCELLI ROSSARI –discorde-; Dra. María Lilian BENDAHAN SILVERA –discorde-.

Sentencia Nro. 8/2014

Montevideo, 29 de agosto de 2014

Resultando:

1ro. Por la recurrida, a cuya relación de antecedentes la Sala se remite, se amparó la demanda y en su mérito se declaró la nulidad del testamento otorgado por el Señor Enrique Ricci Dell'Isola el 5 de abril de 2009 autorizado por la Escribana María Dinorah Pérez Elhordoy, por incumplimiento de formalidades prescriptas por la ley, sin condena procesal (fojas 346 a 411).

2do. El representante de la parte demandada compareció a fojas 412 a 423 vuelto, interponiendo recurso de apelación.

Se agravia de la sentencia por cuanto entiende que existen erróneas valoraciones probatorias y se ha desconsiderado un instrumento público que hace plena fe en cuanto a su contenido de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 1574 y 1575 del C.C. Sostiene que la nulidad debió acreditarse mediante juicio ordinario o incidente de tacha

de falsedad que son dos vías no utilizadas en el presente caso. Agrega que no se valoró adecuadamente la declaración de los testigos del testamento y la actuación de la Escribana con veintinueve años de trayectoria en la administración pública y veinticinco años en el ejercicio de su profesión.

Señala errores en la valoración de la prueba testimonial que llevaron a la errónea conclusión que el Sr. Melgar estaba en el momento del otorgamiento, señalando que hubo dos acompañantes durante el período de internación del testador y que era posible que el testamento se hubiera otorgado cuando no hubiera nadie en la pieza además de Ricci. Repasa las declaraciones de la testigo Leiva y afirma que no puede estar segura si en algún momento específico había alguien más en la pieza. Agrega que el testigo Melgar confundió semana de carnaval con turismo y que no está proba-

do cuándo ingresó a La Española. Tampoco las declaraciones de la Sra. Gori arrojan precisión sobre el punto, en tanto no sabe con certeza en qué internación lo visitó, si era o no semana de turismo, si el día era hábil o no y recién al final de la declaración señaló que no fue el día 8 de abril sino el 18 de ese mes. Por ello no puede afirmar si había o no alguien en la habitación.

Entiende que el testimonio de Garcés puede inducir en error pues se trata de una única declaración sobre que concurren dos testigos acompañando a la Escribana pues por su rol de cuidadora ve a varias personas entrando y saliendo y no es suficiente para desacreditar lo que declaran cuatro testigos del testamento, cuando ellas son consistentes.

No comparte la trascendencia entre lo manifestado por Garcés que Ricci reconoció a los testigos y que dos de ellos no lo conocían. Sostiene que la acompañante estuvo poco tiempo y salió enseguida. Además no podía distinguir un saludo genérico cuando Ricci se estaba despertando y ya conocía a la Escribana y a uno de los testigos.

En cuanto a la contradicción apuntada por la sentencia en el sentido que Ricci pidió su cédula antes de firmar, en la que habrían incurrido los testigos Abella y Fagúndez, destaca que no hubo repreguntas a este último, sobre a qué documento se refería, si comprendía en esa categoría a la cédula. Además, sostiene que puede ser una contradicción originada en naturales olvidos, confusiones propias de hechos que habían pasado hace dos años atrás.

A continuación reitera el valor de la prueba documental, cita doctrina insistiendo que es más fiable que la prueba testimonial.

Repasa los testimonios de la Escribana actuante, los testigos del acto Rivero, Abella, Fagúndez, resaltando las coincidencias.

Tras hacerse una serie de preguntas hipotéticas de porqué razón la Escribana se arriesgaría a realizar un acto nulo, cita doctrina y jurisprudencia de esta Sala para concluir que el Ministerio Público ni siquiera consideró causal de nulidad, sugiriendo que no se hiciera lugar a la demanda.

Pidió que en definitiva se revocara la sentencia impugnada, desestimando la demanda.

Se ordenó la sustanciación del recurso.

3ro. El representante de la parte actora evacua traslado de la apelación de fojas 426 a 434, contestando los agravios y adhiriendo en cuando entiende que el fallo debió declarar además la nulidad por falta de capacidad.

En cuanto a la apelación principal, contestó que compartía la valoración probatoria por cuanto se verificaban contradicciones entre los propios testigos instrumentales y el resto de los testigos que llevan a sostener que no hubo continuidad del acto, se violó la solemnidad del artículo 794 C.C. por lo que el testamento debía ser declarado nulo. Valora negativamente el testimonio de la Sra. Gori por las contradicciones en que incurre. En cambio valora que haya manifestado que la escribana actuante es profesional de confianza del esposo de la demandada beneficiaria del testamento que es un hecho fuera de lo común.

Hace hincapié en que los testigos son contestes en que había otro paciente en la cama de al lado, lo que es refrendado por dos acompañantes, el compañero de la habitación y la testigo Gori. Son testigos que entiende son fiables pues no tienen interés ninguno en el proceso y dos de ellos señalan que el testamento fue un domingo y que con la Escribana fueron dos personas y no tres. En cambio los testigos instrumentales señalan que la cama de al lado estaba vacía lo que prueba que no estaban presentes.

Hace caudal de las conclusiones de la sentencia que hubo contradicción entre dos testigos sobre si Ricci pidió o no la cédula, que la acompañante reconoció a quienes venían con la Escribana hecho que delata que no estaban Abella y Fagúndez quienes no se conocían con el otorgante.

Agrega que existe una serie de circunstancias como la firma en domingo de semana de turismo, la intervención del Sr. Tutaglio, los testigos instrumentales reconocieron relación de amistad con la beneficiaria del legado y su esposo, por lo que comparte la valoración de la Sede.

Citando doctrina, controvierten que deba darse preeminencia a lo consignado en el documento frente a todo el caudal probatorio consignado.

Adhiere al recurso por entender que es errónea la conclusión de la Sede en el sentido que no fue probado que el Sr. Ricci no gozara de su libre uso de la razón en el momento del otorgamiento. Invocando una sentencia de esta Sala señala que el giro “altamente probable que el paciente no pudiera expresarse con claridad” debe ser entendido como certeza. Como la expresión “casi totalmente” para descartar la posibilidad que en algún momento atravesara un período lúcido. Entiende como lógico que el perito expresara a fojas 314 que al no contar con elementos clínicos por no haber estado con el paciente, no pueda expresar cuál era su estado el preciso día que otorgó el testamento.

Rescata otros testimonios de los Dres. Karsaclíán, Pintos, Lamas, De los Santos y Fierro para sostener que existen elementos claros que demuestran alteraciones importantes durante la internación, por lo cual sería concluyente que el testador no gozaba del libre uso de la razón y el estado presuncional de incapacidad.

Entiende que existe prueba cuantiosa de

que el causante no gozaba del libre uso de la razón, destacando el testimonio de Melgar quien no tiene interés en la causa. Asimismo de Milia Fera quien no fue conocida por el causante que estaba con oxígeno y que relató que fue el sábado que empezaba turismo. Asimismo, la declaración de Leiva, Reyes y Garcés que relatan episodios de exhibicionismo, incoherencias. Cita doctrina prestigiosa para sostener que es errónea la conclusión que si el Sr. Ricci reconoció a quienes venían con la Escribana ello es demostrativo de la capacidad.

Concluye pidiendo que se confirme el fallo en cuanto declaró nulo el testamento por no haberse cumplido las formalidades legales y se revoque declarándose la nulidad por la causal prevista en el artículo 831, numeral 3ro. CC, con costas y costos a cargo de la parte demandada.

Se sustanció la adhesión por auto N° 3277/2012 de fojas 435.

4to. A fojas 436 a 441 el representante de la parte demandada evacuó el traslado conferido, expresando que la prueba pericial era clara en que no se podía descartar momentos de lucidez, lo que era un requisito *sino que non* para la declaración de nulidad.

En cuanto a los testimonios de los médicos refiere a que se toman expresiones fuera de contexto, cuando los Dres. Karsaclíán, Pintos y Lamas fueron claros en declarar en un sentido contrario a la actora. Agrega que el Dr. Fierro hizo consideraciones generales pero no específicas al caso del Sr. Ricci y que no se hizo referencia a otros nueve testimonios de médicos que fueron coincidentes y convincentes para abonar el fallo de primera instancia.

Crítica la valoración que hace la contraria del testimonio del Sr. Melgar por las contradicciones en que incurrió.

Señala que las conjeturas sobre quien

contrató a la escribana, destaca que no hubo apuro pues está probado que las conversaciones provenían de antes de la internación.

Pide que se haga lugar a la apelación principal y se rechace la adhesión con costas y costos.

5to. Por auto N° 3993/2013, la Sede *A-quo* franqueó los recursos (fojas 442).

Llegado el expediente al Tribunal, se dispuso el estudio sucesivo de los Sres. Ministros, previa vista al Ministerio Público (Decreto N° 968/2012 fs. 447).

La Fiscalía se expidió por no hacer lugar a la pretensión incoada, reiterando su dictamen anterior (fojas 448).

6to. Cumplido el estudio, se dispuso prueba por informes como diligencia para mejor provee (fojas 450).

La misma se diligenció a fojas 461 a 464.

Se convocó a audiencia y a fojas 475 se solicitó prueba testimonial por parte de la actora.

La audiencia se desarrolló conforme luce el acta de fojas 477 a 479, no disponiéndose el diligenciamiento probatorio testimonial e invitándose a las partes a formular alegatos.

Se dispuso nuevamente el pasaje en vista al Ministerio Público expidiéndose la Fiscalía favorablemente a la revocación del fallo en los términos solicitados por la demandada (fojas 480 a 481).

Puestos al Acuerdo y mediando discordia se integró el Tribunal, recayendo la integración en la Sra. Ministro Lilian Bendahan (fojas 485 y 488).

Se dispuso segundo estudio y pasaje a estudio de un nuevo integrante de la Sala, según queda consignado a 488 vuelto y si-

guientes.

Subsistiendo discordia se llamó nuevamente a integración recayendo ahora la designación en el Sr. Ministro, Dr. Carlos Baccelli (fojas 496).

Producido cese por jubilación de otro de los miembros naturales y persistiendo nuevamente discordia que impedía alcanzar mayoría necesaria, pasó a estudio de la nueva integrante de la Sala Dra. Loreley Pera.

Finalmente, puestos al Acuerdo y mediando mayoría legalmente necesaria para hacer lugar a los agravios de la apelación principal y en su mérito revocar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la nulidad por vicio de forma y desestimar los agravios de la adhesión, confirmando la sentencia en cuanto desestima la incapacidad del otorgante para testar, se dispuso el dictado de sentencia anticipada.

Considerando:

1ro. El Tribunal integrado y con número de votos suficientes habrá de revocar la sentencia en los términos que se dirán más adelante, desestimando la demanda.

2do. Señala el artículo 140 CGP que la prueba debe ser apreciada en su conjunto, lo que es recogido en doctrina como principio de unidad de prueba. KLETT y varios autores sostienen que ello implica confrontar las diversas pruebas, puntualizar sus concordancias y discordancias y concluir sobre el convencimiento que ellas globalmente consideradas, permitan (Principios de la prueba en el sistema procesal civil, RUDP 1/2001, página 107).

Por su parte LANDONI enseña que este principio se conecta con el de adquisición del medio probatorio, de modo que la íntima conexión y la delicada concatenación lógica de la teoría de la prueba y la necesaria visión global del cúmulo de pruebas

reunidas en el proceso que se debe considerar como se enseña en el derecho anglosajón, como una “masa de prueba” (Código General del Proceso, comentado..., Vol. 2 A, página 408 y 409).

La sentencia de primera instancia a partir del material probatorio supone un gran esfuerzo en el cumplimiento de este principio legal, de visión de la prueba en su conjunto en trámites como el presente, donde cada elemento aporta como ladrillos en busca de un muro de certezas, sobre todo cuando el principal protagonista del episodio juzgado no puede dar su versión.

A pesar de ese saludable esfuerzo, la mayoría de la Sala estima que la prueba diligenciada de iniciativa probatoria en segunda instancia, por la cual la Asociación Española informó que el Sr. Carlos Melgar ingresó a su internación el día 6 de abril de 2009, o sea al día siguiente de otorgado el testamento, derrumba el endeble muro de conjeturas que permitía sostener la existencia de contradicciones que meritaron a la primera instancia a estimar la demanda por motivos de violación a las formas testamentarias.

En efecto, de la constancia de fojas 464 emerge un documento que indudablemente proviene de un sistema informático sobre la fecha de ingreso del Sr. Melgar. Ello sumado a sus propias contradicciones sobre la fecha de su ingreso, si fue semana de carnaval o de turismo (véase fojas 45 y siguientes) termina por restar credibilidad a su testimonio. Y concomitantemente, las razones por las cuales la sentencia de primera instancia quitó valor a las declaraciones de los testigos instrumentales cobran fuerza. En otras palabras, los testimonios de Sergio Rivero a fojas 43 vuelto, José Abella a fojas 45 y Paola Fagúndez a fojas 46, no son contradictorios entre sí en cuanto a que en la cama de al lado no había nadie ni tampoco contradicen el informe de fojas 464.

Como contrapartida el testimonio de los Sres. Melgar y Garcés en los que la decisión apelada se apoya y a los que se asignó gran importancia, caen por la contradicción que supone la prueba documental aportada por la Mutualista.

La parte actora debía demostrar que no estuvieron presentes los tres testigos y la mayoría de la Sala estima a raíz de la nueva prueba que no ha cumplido su carga pues no existe certeza de la veracidad de los testimonios de los Sres. Garcés y Melgar sobre que sólo ingresaron dos personas con la Escribana autorizante.

Al contrario, el examen conjunto de los medios probatorios permitiría demostrar que la prueba de la referida profesional y de los testigos es sólida en cuanto a la presencia de ellos cuatro el domingo 5 de abril de 2009, en la Sala del sanatorio principal de La Española, donde se otorgó el acto.

Las contradicciones sobre si el Sr. Ricci pidió o no la cédula de identidad para co-tejar su firma y si el Sr. Ricci reconoció a los testigos instrumentales Abella y Fagúndez no pueden hacer caer por ellas mismas el testamento.

La primera podrá denunciar en todo caso olvidos o interpretaciones disímiles de hechos menores, que los testigos no tienen por qué recordar al unísono a un año y medio que separa el otorgamiento del testamento respecto de su declaración en la audiencia consignada a fojas 42 y siguientes.

La segunda, supone dar mayor credibilidad a los dichos de una asistente sanitaria como Garcés. Las reglas de la experiencia indican que no se puede recordar con el detalle que lo hace, aún con la precaución que puede tener una persona que va a ser llamada como testigo dos años después, sobre lo que ocurrió en su labor como acompañante. Como expresa la parte demandada, la vida hospitalaria supone el continuo ingreso y

egreso de diferentes personas como personal de la salud, visitas, parientes, etc. en la sala donde están los pacientes internados y no parece razonable dar mayor credibilidad a una acompañante que ejercía habitualmente ese oficio que a dos testigos instrumentales que dicen que no conocían a Ricci. Por otra parte, qué sentido tendría que dijeran que lo conocía si realmente no lo habían visto antes.

4to. En cuanto a la capacidad, la mayoría de la Sala integrada comparte las conclusiones de la sentencia de primera instancia. Los agravios de la parte actora expresados en la adhesión, se basan en buena medida en aspectos parciales de los testimonios.

La pericia parte de consignar que el día del otorgamiento del testamento no hubo constancia sobre el estado de conciencia. Si en cambio que en días aledaños hubo constancia de alteraciones de orientación temporopacial y en el estado de vigilia oscilaciones en distintos momentos. Pero las alteraciones mayores aparecen varios días después. Considera la calidad de fumador, la aparición de involución encefálica, los momentos estresantes vividos para concluir que Ricci presentaba elementos de vulnerabilidad. La conclusión fue que no era posible afirmar cuál era el estado de discernimiento en el momento de la firma en cuestión, su capacidad de apreciar el grado de adecuación o no de sus acciones estaba comprometida en días previos y posteriores, no evidenciándose que el día 5 escapara a la evolución del cuadro clínico. Si bien descarta casi totalmente en la declaración en audiencia que pudiera estar atravesando un momento de lucidez en la firma, añadió que en las condiciones suyas las alteraciones pueden ser sumamente variables en el tiempo incluso en el mismo día.

La Sala estima que existe contradicción entre lo manifestado en la misma audiencia de declaración del perito (fojas 314 y 315) desde que señala que casi totalmente se des-

carta períodos de lucidez pero luego añade que las alteraciones que padecía suelen ser sumamente variables (...) incluso del mismo día.

El dictamen que se reitera es contradictorio y no arroja definitiva luz, no alcanza como prueba concluyente de la alegada incapacidad del Sr. Ricci en base a dos órdenes de razones que son fundamentales para el Tribunal.

5to. La primera de ellas es que varios médicos le asistieron y consignaron lo que estimaron del caso en la historia clínica. Con ella presente, en audiencia, brindaron testimonios de cuyo conjunto no puede concluirse la supuesta incapacidad. A fojas 238, Piñeiro señaló que hizo el procedimiento de cardioversión eléctrica y no hubiera hecho de constatar que el paciente estuviera desorientado y en cuanto al fármaco utilizado destacó la tendencia al sueño o el estado soporoso como si tomara alcohol. Ejemplificó que a las pocas horas se puede estar bien, incluso trabajar. Esa conclusión fue también de los testigos Dra. Ramos, Dr. Rocca a fojas 254. La Dra. Panizza fue clara que de existir alguna alteración de conciencia lo hubiera consignado en el resumen de egreso de fojas 147.

El día antes y el día después del testamento vio al paciente la Dra. Prego y a fojas 283 declaró no haber dejado constancia alguna sobre si el paciente estaba confuso y lo hubiera hecho de no haber podido interrogarlo o que no comprendiera órdenes.

El día 5 de abril fue visto por la Dra. Ramos que no apuntó ningún episodio significativo sobre la capacidad y cuando está planteada el alta no figuran consultas con psiquiatras y como podía continuar el tratamiento en domicilio se otorga el egreso.

Si bien de los testimonios suyo y de la Dra. Lamas puede desprenderse que el 3 de abril estaba confuso no existe ninguna

otra consignación similar en el día del testamento.

El Dr. Karsacilian lo trató el día 8 señalando que le parecía que el paciente estaba lúcido, no recordando que estuviere desvariando. Incluso recuerda un diálogo (fojas 188 a 190).

Posteriormente a la internación, los Dres. Griselda Pereira y Carlos Rocca señalaron que lo vieron respectivamente los días 30 y 31 de abril, que continuaba el tratamiento con el mismo fármaco y que no consignó que estuviera confuso, agregando que lo hubiera hecho de constatarlo.

De la visión global de estos médicos que trataron al Sr. Ricci en época aledaña al testamento, puede señalarse que para la mayoría de la Sala, el peritaje queda severamente cuestionado en cuanto afirma que descarta casi totalmente episodios de lucidez. Y es posible apartarse del mismo pues los propios profesionales que le trataron no señalan el estado de confusión del que pretende hacerse valer la parte actora.

Además, los médicos que tratan al paciente entre que se le da el alta en abril y la nueva internación, no aportan datos significativos sobre la supuesta incapacidad. En ese sentido se suman los testimonios de los Dres. Fierro (que es geriatra e internista) a fojas 279, destacando que para el ingreso a la sucesiva internación estaba vigil y bien orientado. Sin embargo no podía asegurar que no pudiera estar lo suficientemente lúcido para otorgar el testamento ni que el tramadol le ocasionara estado confusional.

También fue visto en ese período por el Dr. Vigni que lo trató el día 6 de mayo consignando que estaba bien orientado en tiempo y espacio. El Dr. Pintos destacó que había ingresado a esa internación lúcido y orientado y que lo vieron dos psiquiatras que así lo consignaron (fojas 244).

El psiquiatra De los Santos declaró a fojas 276 que Ricci no estaba en el centro de recuperación por problemas siquiátricos y no destacó otro trastorno que la depresión.

6to. El segundo orden de razones para el apartamiento de las conclusiones del perito que en parte asignarían razón a la parte actora sobre la ausencia de momentos de lucidez, viene de la mano de los antecedentes al testamento y los hechos posteriores.

En efecto, no es posible dudar que la Escribana ya había conversado con Ricci sobre el testamento y que lo había hecho en la propia casa de la calle Viejo Pancho, que la familia le había dado documentos para la confección del instrumento. Esta declaración de fojas 42 y siguientes, fue realizada en audiencia por la Escribana Pérez, estando presente la Sra. Ricci sin que hubiera repreguntas pedidos de careo o cuestionamiento alguno.

De lo que no puede haber dudas es que egresado de la internación en la segunda semana de abril, el Sr. Ricci debió tener seguramente períodos de lucidez como se constató al ingresar en mayo de 2009 a la segunda internación consecutiva. Por tanto debió saber que había firmado el instrumento y no desarrolló ninguna acción por lo menos que esté alegada en el expediente, tendiente a desactivar los efectos de un acto que no deseaba.

De modo que, más allá de las cuestiones médicas, existen antecedentes y consecuencias a la firma que explican la voluntad del testador de otorgar el legado y que una vez realizado el acto no hubo voluntad contradictoria.

7mo. Finalmente, para la mayoría de la Sala integrada, los hechos como que quien contrató a la Escribana fue el esposo de la legataria por ser conocidos, que dos de los testigos no eran de conocimiento del Sr. Ricci, los cuestionamientos sobre quién pagó los

honorarios son todos datos equívocos que llevan a dudas razonables. Esto es, estos hechos y circunstancias examinados racionalmente pueden llevar tanto a la conclusión de la posibilidad de aprovechamiento de la situación de Ricci supuestamente incapacitado por sus dolencias, como a otra que concluya que en realidad su voluntad fue dejar la casa a la sobrina y que ella se encargara por ella misma de todo el trámite.

8vo. En conclusión, los agravios de la parte apelante principal son de recibo y no lo son aquellos de la apelación por entender la mayoría de la Sala integrada que la Sra. Lilian Ricci no ha probado ninguna de las causales de forma y fondo en que basó su pretensión.

9no. No se dispondrán condenas procesales por no corresponder.

Atento:

A lo establecido en las normas mencionadas y artículos 248 y siguientes CGP, el Tribunal en Acuerdo y decisión anticipada,

Falla: Revocando la sentencia impugnada y en su mérito desestimando la demanda, sin especial condenación en la instancia. Notifíquese y oportunamente, devuélvase.

Dr. Carlos BACCELLI. Discorde: Hago lugar al recurso de apelación interpuesto a fs. 412 porque se sumaron varias irregularidades que determinaron el no cumplimiento con la unidad de acto en la realización -otorgamiento- del testamento impugnado; es decir, la falta de lectura, otorgamiento y autorización con el testador presente y los tres testigos, en un solo acto, determinaron que el testamento sea nulo por falta de la solemnidad exigida por la ley. Corresponde confirmar en relación a la adhesión a la apelación, hago lugar a la misma, en el sentido que el testador al momento de realizar el testamento se hallaba privado del libre uso de la razón. En efecto, el estado del paciente,

carente de lucidez en el período del otorgamiento -padecía de bradipsiquia- corresponde además analizando toda la prueba en su conjunto, concluir que el Sr. Enrique Ricci no gozaba de libre uso de la razón. Corresponde hacer lugar a la adhesión.

Dra. María Lilian BENDAHAN. Discorde. Por entender que debe hacerse lugar a la apelación adhesiva, confirmando la sentencia de primera instancia en cuanto anula el testamento; sin embargo entiendo que se trata de nulidad por razones de fondo, haciendo lugar a la apelación adhesiva. La prueba debe analizarse en su conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica. Lo que se considera en la apelada defectos formales que le llevan a la anulación por motivos de forma, obedecen y apuntan en la misma dirección que el resto de la prueba, indicando una ausencia de aptitud del testador a la época del otorgamiento para suscribir el acto de última voluntad, una manipulación, aprovechamiento de la situación del testador por la beneficiaria -que fue la que hizo realizar todo el acto como resulta claro de la declaración de la misma Escribana interviniente-. Véase que era el esposo de la sobrina el que llamaba a la profesional diciendo que había apuro. De lo contrario no se explica el apuro si poco después de su internación fue dado de alta. Por lo demás hay abundante prueba en el contexto incluyendo la documental de la historia clínica, la testimonial y la pericial en el mismo sentido. No es necesario probar que en el día mismo del testamento estaba confuso, basta con los indicios que son muchos de la existencia de lo que se llama "estado presuncional" de insania. Se destaca que el perito declaró en audiencia que era casi imposible que estuviera en un estado lúcido al momento del otorgamiento. Entre nosotros, se sostiene: "Los incisos 2 y 3 del art. 831 C.C. constituyen la disciplina específica de los testamentos en materia de capacidad, con una función propia y contenido autónomo, lo que excluye la aplicación de los arts. 438/439 C.C., estableciendo un

régimen más exigente en materia de liberalidades respecto del consagrado en general para los negocios jurídicos, ya que el testamento, por su carácter de acto de liberalidad, exige una más completa libertad de espíritu en el testador, para cuya apreciación los tribunales gozan de mayor libertad, no limitados a las dos condiciones establecidas por el art. 439 C.C.” (Sent. N° 239 /87, Juz. Civ. 13, Dr. Bermúdez, en *A.D.C.U.* T. XVI-II s. 730). “Los artículos 438 y 439 del C.C. constituyen el derecho común con respecto a la incapacidad provocada por la demencia y la anulación consiguiente de los actos cumplidos en ese estado. Los incisos 2° y 3° del art. 831 constituyen la disciplina de excepción específica de los testamentos. No admitiendo estos presupuestos, el artículo 831 estaría demás, ya que todas las situaciones estarían resueltas por los textos precitados. Un simple reenvío a los mismos sería suficiente. Aceptando aquellos presupuestos, el artículo 831 tiene su función propia y su contenido autónomo que responde a una previsión razonable y lógica del legislador, ya se atribuya como fundamento del texto la necesidad de prevenir las maniobras de captación (Vélez Sársfield. Nota al artículo 3615), ya se le considere como la expresión de un criterio más riguroso que para los actos onerosos, y no como la exigencia de una inteligencia más viva (Planiol, Ripert, Trabat, pág.182, V) o ya se invoque la necesidad de la concurrencia de la más absoluta libertad moral, tanto más necesaria si se tiene en cuenta, como advierte Baudry, que quien testa, se encuentra con frecuencia cercado por la intriga y la concupiscencia. Por ello, no sólo la demencia, fórmula, con que la ley comprende toda la psicosis, produce la incapacitación. También la provoca la ebriedad y cualquier otra causa capaz de imponer al ánimo del Juez, la convicción de que el testador no gozaba del libre uso de su razón” (Sentencia del Dr. Álvaro Macedo del 23 de mayo de 1941, publicada en *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, T. XXVII, págs. 206 y ss. y en *L.J.U.* T. III, c.

716). Es así que de la prueba producida debe surgir que el otorgante del testamento se encontraba privado del libre uso de su razón por existir al tiempo del otorgamiento la demencia que hubiera llevado a la posterior declaración de incapacidad, de no fallecer antes, por lo tanto, expresamente comprendida entre las causas de incapacidad establecidas en forma no taxativa, para los casos en que el disponente no se encontraba bajo interdicción, por el inc. 3° del art. 831 del C.C. Debe surgir la prueba de la insania actual al momento de testar, según lo requiere la doctrina y la jurisprudencia, haberse acreditado su existencia anterior y posterior al acto, estableciéndose lo que se ha dado en llamar “un estado presuncional de incapacidad” (vide Vaz Ferreira, *op. cit.*, pág. 336, Cfm. *A.D.C.U.* T. XXII, s. 678 y 679, *L.J.U.* Tomo XCIX, caso N° 1279), o “incapacidad natural”. En el mismo sentido, expresa el T.A.C. 6° Turno en Sentencia N° 403/89: “...la citada disposición legal (art. 831 nral. 3°, C.C.) tiene cierta vinculación con el art. 901 del Código Civil francés, en cuanto exige que el donante entre vivos o el testador sea “sain d’esprit” (sano mental), en forma similar a la Ley Civil italiana (art. 763, inc. 3°), que declara incapaz de testar a quien “se pruebe que no ha estado sano de espíritu al hacer el testamento” (Josserand, *Derecho Civil*, t. III, vol. 3°, pág. 92; Coviello, *Doctrina General de Derecho Civil*, pp. 189-190). En nuestro derecho, se concluye, la medida de capacidad está dada por el concepto legal preindicado: “el libre uso de razón”, como sostiene prestigiosa doctrina.

COMENTARIO

1. Planteamiento

La interesante sentencia cuyo comentario emprendo da solución a un litigio que suele ser de frecuente aparición en la práctica forense, esto es, la demanda de nulidad

testamentaria con base en la presunta incapacidad del testador.

A raíz de ello, la ocasión es propicia para un análisis de las causas de incapacidad testamentaria (y de reflejo, la denominada «testamentifacción activa») y las pruebas requeridas –según criterios que recoge la jurisprudencia- para la comprobación de la inaptitud al respecto.

Es sencillo de visualizar que los principales conflictos en lo atinente al tema se presentan –como acontece en el fallo transcripto- cuando se alega por uno de los litigantes la ausencia del libre uso de la razón por el testador en el momento de otorgamiento del acto de última voluntad, dado que se trata –de ordinario- de hipótesis en las cuales ya ha fallecido el otorgante y las pruebas al respecto se dificultan.

Como es ostensible la autonomía privada en la regulación de los propios intereses del sujeto sólo puede ser reconocida en la medida en que quien emite la voluntad disfruta del discernimiento y responsabilidad necesarios para otorgar el acto que se trata. A raíz de ello, el ordenamiento preceptúa que determinados sujetos –sea en virtud de una falta de madurez abstractamente considerada, sea por la presencia de alteraciones psicológicas que conducen a que estén imposibilitados de exteriorizar una voluntad reputada apta- son incapaces para intervenir en los negocios que les conciernen. Para estos sujetos el propio ordenamiento recoge dos medios que les permiten ser destinatarios de efectos jurídicos: la representación legal y la asistencia, en las cuales se sustituye o se complementa la voluntad. Sin embargo, esos instrumentos no son idóneos para la emisión del querer testamentario por la condición personalísima del acto, que no admite sustitución, ni complemento de voluntad. Por ende, la capacidad para testar es en todo caso una capacidad plena (no atenuada) y cuando está ausente se traduce en una incapacidad jurídica específica.

Según el inc. final del art. 831 del C.C.U., los individuos no comprendidos en las prohibiciones que se contienen previamente en el mismo precepto son hábiles para disponer por testamento; por lo cual, las causales de incapacidad previstas son las únicas que recoge el ordenamiento uruguayo. De lo dicho se deduce que a fin de disponer por testamento la regla es la capacidad y la excepción lo es la incapacidad, por lo que las incapacidades son de interpretación estricta, no extensibles por analogía¹.

Las restricciones que prescribe el precepto tienen que ver con la falta de edad (ord. 1º), con la condición mental (ords. 2º y 3º) y con la imposibilidad de expresar la voluntad (ord. 4º).

De todas maneras, existen determinadas limitaciones específicas, que dicen relación no con la posibilidad de testar, sino con hacerlo a través de determinada especie de testamento; así, acontece, a vía de ejemplo, con los mudos, los sordos o los ciegos.

Esas causales deben ser apreciadas en el momento del otorgamiento del negocio. En efecto, de conformidad con el art. 832 del C.C.U., «es nulo el testamento otorgado durante la existencia de cualquiera de las causas expresadas en el artículo precedente, aunque ella posteriormente deje de existir. Por el contrario, el testamento válido no deja de serlo por el hecho de sobrevenir después alguna de dichas causas».

El inc. 2º del art. 832 permite concluir en

1 Comentando el art. 591 del C.C. italiano, que preceptúa que «pueden disponer por testamento todos aquellos que no son declarados incapaces por la ley», en la doctrina se expresa que con ello se quiere vetar al intérprete la posibilidad de crear con el auxilio de la analogía o de los principios generales casos de incapacidad que no estén expresamente previstos por la ley (CICU, Antonio, *Testamento*, 2ª ed., Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1951, pág. 104). Algo similar se expresa en la doctrina española por parte de PUIG BRUTAU, quien señala que no cabe extender por analogía las causas de incapacidad para testar (PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, T. II, vol. II, Barcelona, Bosch Casa Editorial, pág. 18).

algo obvio: que la capacidad del testador debe ser apreciada al momento en que se otorga el acto. Empero, si de esa disposición sólo pudiera extraerse ese corolario, bien inútil sería, puesto que el ord. 3° del art. 831 ya requirió que el libre uso de la razón existiera «actualmente», esto es, cuando se otorga el testamento. Pero el precepto nos lleva a una conclusión de mayor relieve: la pérdida posterior de la capacidad no influye sobre el negocio otorgado antes de caer en ella, careciendo de trascendencia el estado mental del sujeto a su deceso. Aun cuando es patente que la disposición hoy podría abrogarse sin inconvenientes, existe una razón histórica que justifica su mantenimiento: en el Derecho romano y en las Partidas en los casos de confiscación, pena de muerte y otros de *capitis diminutio*, la pérdida de la testamentifacción activa en el período comprendido entre el testamento y la muerte del testador alcanzaba a la validez del testamento ya otorgado, volviéndolo irrito².

2. Las causas de incapacidad en materia testamentaria

Las causas incapacitantes para disponer por testamento alcanzan a todas las especies testamentarias, esto es, tanto a las solemnes como a las menos solemnes o especiales. Según el mencionado art. 831, las causales de incapacidad para testar son las siguientes:

2.1. Impubertad. Conforme con el ord. 1° del art. 831, son incapaces para testar los impúberes, esto es, los varones menores de 14 años y las mujeres menores de 12 años.

En una postura que viene desde el Derecho romano y que fuera recogida por las Partidas, los púberes tienen capacidad plena para testar y no requieren la asistencia de ninguna persona.

2 ALBALADEJO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IX, vol. 1°.A, Artículos 657 a 693 del Código Civil -Dir.: Albaladejo-, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1990, pág. 80.

Dado que se trata de un acto personalísimo, los impúberes adolecen de incapacidad específica de goce para testar; por el contrario, los púberes gozan de capacidad plena al respecto. Y esto último resulta no sólo del inc. 2° del precepto que expresa que «los que hayan cumplido respectivamente esa edad (la de la pubertad), podrán testar libremente, aunque se hallen bajo la patria potestad», sino también del art. 265, según el cual «la patria potestad no se opone a la facultad de testar de que goza el hijo, en llegando a la edad establecida en el Título De la sucesión testamentaria».

Por ende, tratándose de impúberes –y lo mismo acaece con quienes padecen una minusvalía intelectual, haya o no interdicción-, en virtud del carácter personalísimo del negocio *mortis causa*, están imposibilitados de testar, en la medida que la voluntad del sujeto no puede ser remediada a través de la representación, ni de la asistencia.

Sin embargo, aun cuando el texto no lo establece, es patente que esa libertad de testar en la pubertad no sólo alcanza a los menores sometidos a patria potestad, sino también a los sujetos a la tutela y a aquellos que no están incorporados en el marco de ningún instituto de protección.

Por consiguiente, si bien los púberes son de regla incapaces para actuar en actos *inter vivos* o en sede contractual, en materia de testamento gozan de plena capacidad. En la doctrina argentina se han fundado las menores exigencias para la testamentifacción activa en que los actos *inter vivos* producen efectos inmediatos e irrevocables, de forma que pueden generar efectos irremediabiles, en tanto el testamento al ser un acto esencialmente revocable y producirlos únicamente después de la muerte de su autor, mira más que nada a los sentimientos de afecto y gratitud del testador³.

3 PÉREZ LASALA, José Luis, *Derecho de sucesiones*, vol. II, Bs. As., Ediciones Depalma, 1981, pág. 235.

En los ordenamientos comparados en general se establecen edades superiores a las previstas en el Derecho uruguayo. Como muestra: en el C.C. francés, el art. 904 dispone que «El menor, que haya cumplido los dieciséis años y no se haya emancipado, sólo podrá disponer por testamento y únicamente hasta la mitad de los bienes de los que la ley permite disponer al mayor de edad. No obstante, si fuere llamado a filas en una campaña de guerra podrá, mientras duren las hostilidades, disponer de la misma cantidad que si fuera mayor de edad, en favor de uno cualquiera de sus parientes o de varios de ellos y hasta el sexto grado inclusive, o, también en favor de su cónyuge sobreviviente. A falta de parientes en sexto grado inclusive, el menor podrá disponer como lo haría un mayor de edad». El C.C. español en el art. 663 previene que son incapaces para testar los menores de catorce años de uno y otro sexo, salvo cuando se trate de testamento ológrafo en que se requiere la mayoría de edad. El C.C. italiano en su art. 591.1 preceptúa que son incapaces de testar aquellos que no han cumplido la mayoría de edad (esto es, los 18 años). El C.C. portugués en el art. 2189 prevé que son incapaces para testar los menores no emancipados. El C.C. argentino hoy abrogado disponía en el art. 3614 que «no pueden testar los menores de dieciocho años de uno u otro sexo» y en su versión 2014 el art. 2464 prescribe que «pueden testar las personas mayores de edad al tiempo del acto».

2.2. Interdicción⁴. La demencia como causal de nulidad testamentaria provoca en el sujeto alterado mentalmente una incapacidad específica de goce, dado que le es absolutamente imposible producir efectos jurídicos a través de ese negocio. En razón de su condición, no puede actuar por sí mismo, pero por tratarse de un acto personalísimo (art. 782), tampoco puede hacerlo su representante legal en su nombre. La interdicción

⁴ Vid. para lo que sigue: HOWARD, Walter, *Incapacidad e inhabilitación*, Ed. Universidad de Montevideo, 2005, en especial págs. 107-115.

total, sea interina o definitiva, provoca la privación de la capacidad de obrar de quien la padece, pero que en materia testamentaria se extiende a una incapacidad específica de derecho, en la medida en que no es admisible el otorgamiento de un testamento mediante representante legal.

En la materia indagada, el C.C.U. diferencia dos supuestos, según el testador se encuentre sometido a interdicción o no. Y como se ha reconocido por los órganos judiciales no son razonablemente susceptibles de invocación simultánea las situaciones previstas y organizadas por los numerales 2° y 3° del art. 831 del C.C.U, puesto que, una persona está o no está interdicta.

El ord. 2° del precepto dispone que no pueden testar: «los que se hallaren bajo interdicción, por razón de demencia, aunque tuvieren intervalos lúcidos». La interdicción coloca a quien la padece la perturbación mental en un estado de incapacidad que tiene las características de formal y permanente, que no admite prueba en contrario y que se mantiene con prescindencia de la verdadera condición psíquica del sujeto, hasta tanto no se obtenga la rehabilitación judicial⁵. Por esa razón, aun cuando quien la sufre tenga intervalos lúcidos o su alteración haya desaparecido en forma presuntamente definitiva no puede testar, mientras esa incapacidad de origen legal no sea levantada judicialmente.

La incapacidad del interdicto si bien tiene como raíz una insuficiencia de las facultades intelectivas y volitivas del sujeto, su fuente es la sentencia de interdicción. Por tanto, adoptada la providencia, no se tiene en cuenta la voluntad que manifieste para decidir la validez del negocio, sino que la nulidad de éste, está determinada exclusivamente por la incapacidad (declarada) y no por un defecto de voluntad⁶.

⁵ GAMARRA, Jorge, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. X, Mdeo., 1989, págs. 126-127.

⁶ CICU, *op. cit.*, pág. 107.

Como sucede con los actos *inter vivos*, la existencia de la interdicción provoca un allanamiento del camino para la impugnación del testamento; en efecto, la nulidad del acto se prueba con la comparación de la fecha en que se inscribió registralmente la medida que mutiló la capacidad del sujeto, se trate de interdicción provisoria o definitiva, y aquella posterior en que se otorgó el testamento. Por ende, la situación en análisis coincide con lo previsto en el inc. 1° del art. 438, según el cual «son nulos de derecho los actos y contratos del demandado por incapaz, posteriores a la inscripción de la interdicción respectiva, sea ésta provisoria o definitiva».

La interdicción consiste –al decir de Gamarra– en una calificación formal y permanente del estado de incapacidad, sin fisuras y sin que admita prueba en contrario⁷. Y como proclama Josserand, la medida provoca que la incapacidad de quien está sujeto a ella adquiera para lo sucesivo un carácter continuo y permanente, teniendo por efecto la supresión legal de los intervalos lúcidos⁸.

Llevadas a cabo las consideraciones anteriores, la diferencia con la hipótesis de aquel que padece alteraciones mentales, pero que no han sido comprobadas en la órbita judicial, es cristalina: los actos del sujeto eran nulos si los realizaba en estado de alteración mental; con todo, si se comprobaba la presencia de un intervalo lúcido –o compensación momentánea o temporal de la patología– al otorgamiento del negocio, ello determinaba su validez. En ausencia de interdicción, el verdadero y estricto nivel psicológico del sujeto determina la validez

o invalidez del negocio celebrado; siendo por consiguiente menester la prueba efectiva de la condición en ese preciso momento. Inversamente, una vez asido el sujeto al régimen de interdicción (o incapacidad legal), su estado psíquico real deja de tener trascendencia para la órbita negocial, dado que se lo reputa incapaz hasta tanto no sea judicialmente rehabilitado. A mayor abundamiento, carecen de trascendencia para la actuación en los negocios del sujeto los vaivenes o compensaciones que experimente la alteración que motivó la declaración de incapacidad, desde que sea cual sea su estado mental concreto, los negocios son, por virtud de la restricción de capacidad que lo afecta, absolutamente nulos.

La interdicción provoca sus efectos desde que quedó ejecutoriada la sentencia que la determina y fue inscrita en el Registro Nacional de Actos Personales – sección Interdicciones– (arts. 35 y 54 de la ley N° 16.871, de 28 de setiembre de 1997). El vigor de la providencia que la decreta es de tal naturaleza que la medida se mantiene aun cuando hayan desaparecido las causas que meritaban su dictado. De modo que, el sujeto interdicto mantiene esa incapacidad legal hasta tanto no se pronuncie una nueva sentencia que lo despoje de su interdicción y se registre⁹.

La nulidad del acto celebrado por un interdicto se simplifica, en razón de que sólo es necesario acreditar a través de un certificado expedido por los Registros Públicos la inscripción de la interdicción con anterioridad a la celebración del negocio y que ella no había sido levantada hasta ese momento. No obstante, en los casos de negocios *inter vivos*, el Registro actúa también en beneficio

7 GAMARRA, *ibíd.*

8 JOSSERAND, Louis, *Derecho Civil*, revisado y completado por BRUN, André, T. I, vol. I, *Teorías generales del Derecho y de los derechos. Las personas*, Traducción de Santiago CUNCHILLOS Y MANTEROLA, EJE, Bosch y Cía. Editores, Buenos Aires, 1950, pág. 404 y lo mismo expresa CARBONNIER, Jean, *Derecho civil*, T. I, vol. II, *Situaciones familiares y cuasi-familiares*, traducción de Manuel M° ZORRILLA RUIZ, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1961, pág. 598.

9 Sin embargo, en materia testamentaria, debe entenderse que la rehabilitación de la capacidad del testador que había sido declarado interdicto se produce con la sentencia que lo dispone y no es necesaria para la validez del acto otorgado que el levantamiento de las medidas que afectaban su capacidad sea registrado (cfr. por todos: CAROZZI FAILDE, Ema, *Manual de Derecho sucesorio*, Mdeo., F.C.U., 2013, págs. 91-93).

de los terceros, en razón de que cuentan con la posibilidad cierta de conocer el estado de incapacidad de aquellos con quienes tienen interés en celebrar un negocio.

El ordenamiento jurídico priva de repercusión a la real condición psíquica del interdicto, de manera que, el negocio celebrado es nulo aun cuando hayan desaparecido las causas que dieron lugar a la interdicción. Por ese motivo es que esta incapacidad se denomina «legal», puesto que impera con prescindencia del verdadero estado mental del interdicto: el sujeto es reputado demente aun cuando su patología mental haya desaparecido, y hasta tanto no sea rehabilitado judicialmente. La invalidez de los actos del interdicto se deriva precisamente de la declaración judicial de incapacidad, mientras que cuando no hay interdicción, la nulidad sitúa su raíz en su condición personal efectiva, la cual lo transforma en inhábil para actuar en la vida jurídica.

2.3. Falta del libre uso de la razón. Según el ord. 3° del art. 831 no pueden disponer por vía testamentaria, «los que, sin estar bajo interdicción, no gozaren actualmente del libre uso de su razón, por demencia, ebriedad u otra causa». Esta disposición, sumamente más amplia que la contenida en el ordinal anterior, rige cuando no se ha llegado a la interdicción y se aplica no sólo al caso de demencia no declarada en vía judicial, sino también a otras causas que provoquen falta del uso de la razón concomitante al momento de otorgar el testamento¹⁰.

Es patente que se trata de una regla no taxativa, en tanto junto a los dementes y

ebrios –que ejemplifica el precepto–, cabe incluir a cualquiera que se halle privado, con total abstracción de la causa que llevó a ello, de su voluntad (o «razón» como indica el artículo), de conformidad con lo que ocurriría para quienes se encuentren en estado hipnótico, sujetos a medicación que les priva del libre uso de su volición, bajo los efectos de drogas psicotrópicas, etc.¹¹ Debe, en todo caso, tratarse de un estado que efectivamente prive a quien pretenda testar del necesario conocimiento para comprender la razón de sus actos¹².

La imposibilidad de otorgar un testamento válido puede originarse en causas de cierta habitualidad, como la presencia de patologías intelectuales persistentes (discapacidad intelectual congénita o adquirida), así como en hechos aislados, transitorios o que no traducen la condición constante de la persona (*v. gr.* sonambulismo, hipnosis, delirio febril, drogadicción o embriaguez).

Es obligado concluir que la disposición alcanza no sólo a sujetos que el ordenamiento reputa incapaces, como sucede con los dementes (art. 1279), sino también a aquellos capaces, en forma plena o limitada, que al otorgar el testamento están privados del discernimiento suficiente para emitir una voluntad testamentaria apta. Es natural que, en tanto negocio jurídico, se exija que el testamento contenga una voluntad hábil o solvente para producir efectos jurídicos, por lo que, cuando la voluntad que contiene es patológica o con vicios, ella se reputa insuficiente para procurar el efecto pretendido.

En la doctrina española, comentando el

10 Es claro que «el propio enunciado legal está indicando que la falta del referido libre uso de razón es un concepto amplio, que incluye todas aquellas circunstancias que –afectando la facultad de razonamiento– pueden llegar a alterar el discernimiento del agente respecto del acto que está realizando, incidiendo, finalmente, en su manifestación de voluntad» (SARLI DE ERRO, Elena, «Nulidad de testamento. Presunta incapacidad al tiempo de testar no mediando interdicción», *R.U.D.F.* n.º 15, sec. Jurisprudencia anotada, Mdeo., F.C.U., 2000, pág. 96).

11 «Es inútil examinar singularmente los diversos casos que puedan darse de existencia o falta de cabal juicio o las causas distintas que pueden motivar su ausencia. Baste decir que lo único que importa es que, procedente de la enfermedad, deficiencia, trastorno o perturbación que sea (demencia, estado hipnótico, febril, de embriaguez, narcotizado o drogado, sonámbulo, ciego de ira, en estado de postración total, etc.), persistente o transitorio, la persona carezca de la aptitud de entender y querer que el acto pide» (ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 79).

12 PUIG BRUTAU, *op. cit.*, T. V, vol. II, págs. 20-21.

art. 663 del C.C. español, Albaladejo expresa que «lo mismo habría dado en vez de decir hallarse en su cabal juicio, decir que el testador ha de tener juicio íntegro, o sano juicio, o encontrarse en el ejercicio de su razón, o tener conciencia y voluntad normales, o percatarse de lo que hace y gozar de voluntad sana para quererlo, etc. Cualquiera de esas expresiones, se tengan por más o menos ajustadas en rigor, llevaría a la idea de que la ley exige que el testador se percate de lo que hace y lo quiera»¹³.

En una dirección parecida a la vernácula, el art. 591 del C.C. italiano, luego de incluir en el ord. 2° como incapaces para testar a «los interdictos por enfermedad de mente», en el párrafo 3° incluye a «aquellos que, si bien no están interdictos, se prueba que están por cualquier causa, aunque sea transitoria, incapaces de entender y de querer en el momento en que hicieron el testamento».

El inciso final del art. 831 prevé que «los individuos no comprendidos en las prohibiciones de este artículo son hábiles para disponer por testamento». En alguna medida, el precepto es similar al art. 1278, según el cual «pueden contratar todas las personas que no estuviesen declaradas incapaces por la ley». Empero, cabe señalar que el texto legal no consagra una presunción de capacidad, sino un criterio restrictivo, aun cuando no taxativo, respecto a los sujetos que están incapacitados para disponer testamentariamente. De todos modos, es dable visualizar que existe una consagración del principio *favor testamenti*, en tanto el inc. 2° del aludido ordinal 3° impone a quien impugne el acto la carga de probar «que el que lo hizo no gozaba del libre uso de su razón». Adviértase que si la función de la disposición sólo consistiera en distribuir la carga de la prueba, sería del todo innecesaria, en cuanto se limitaría a reiterar lo que recoge el art. 139 del C.G.P.

13 ALBALADEJO, *op. cit.*, pág. 78.

En orden de lo que acaba de decirse, para hacer caer el negocio *mortis causa* es imprescindible que la prueba que se presente evidencie de modo concreto, inequívoco e irrefragable que faltaba en el sujeto la voluntad de testar en el momento en que otorgó el acto.

En función de ello, para que proceda la constatación judicial de la incapacidad de obrar del sujeto y la consecuente nulidad absoluta del acto en el caso del demente no sujeto a interdicción se requiere que: a) la patología mental que padece el testador sea grave, de modo que suponga una privación del libre uso de la razón; b) ella exista en el momento en que se otorgó el testamento (no obstante, desde ya es procedente adelantar que no significa que la prueba deba limitarse al momento concreto en que se testó, puesto que —de conformidad con lo que se dirá— es admisible la prueba de que la patología demencial existía en la época en que el acto fue otorgado)¹⁴; y c) la acreditación, a través de

14 En este derrotero, en la jurisprudencia se ha proveído que «si bien en principio el vocablo utilizado por la ley en el art. 831 inc. 3°, "...actualmente..." parece referirse al momento preciso del otorgamiento del testamento, el tribunal se inclina por una interpretación amplia que se conforme con la prueba de la privación del libre uso de razón en la época del acto cuestionado y desplaza al demandado la prueba de que el otorgante se encontraba en un momento lúcido. Esta es la posición expuesta por la S.C.J. (*L.J.U.*, caso 6154) y a la que en definitiva adhieren tanto Irureta Goyena como Vaz Ferreira» [sent. del T.A.C. de 2° Turno n.° 27, de 11 de marzo de 1991 (BRITO DEL PINO —red.—, FERNANDEZ REY, ALONSO DE MARCO, VARELA DE MOTTA —disc.—), pub. en *A.D.C.U.*, T. XXII, sec. Jurisprudencia sistematizada, f. 1238, pág. 344].

Sin embargo, respecto a esta cuestión han existido pronunciamientos divergentes, incluso del mismo tribunal. En efecto, véanse los siguientes fallos del T.A.F. de 1er. Turno: *A.D.C.U.*, T. XXX, f. 552, pág. 203. El vocablo 'actualmente' que emplea el art. 831, ord. 3°, no es asimilable a 'época', aun cuando no se duda de que ello repercute en materia probatoria dificultando su producción. Por ende, se debe probar la incapacidad en el preciso momento en que se otorga el testamento.

A.D.C.U., T. XXXI, f. 576, pág. 255. No debe exigirse que la prueba de la incapacidad invocada existía al momento exacto en que el testamento fue otorgado; sería suficiente que el demandante acreditase que la carencia del libre uso de la razón se experimentó en el 'período' o la 'época' en que el acto último de voluntad fue emitido.

medios directos o indirectos de la existencia de la patología e inhabilidad volitiva.

Dado que la constatación del estado de incapacidad del testador conduce a que lo dispuesto no discipline su sucesión, debe basarse en una prueba inequívoca, incontrastable y convincente, puesto que, de declararse la nulidad del testamento impugnado, no sólo se perjudica a quienes se beneficiarían con él, sino que se estaría desconociendo la última voluntad de quien otorgó el acto. La comprobación judicial de la insania incapacitante debe ser refrendada a través de una prueba que no deje dudas en el ánimo del juzgador acerca de que quien otorgó el acto, al exteriorizar su voluntad, no disponía de las facultades naturales de entender y querer reputadas normales para la comprensión de lo otorgado¹⁵. Como se advierte en la literatura jurídica uruguaya, la debida comprensión de los textos conduce a «que sólo y únicamente para el caso de que se comprobare absoluta y acabadamente la existencia de alguna de las causas allí enumeradas –en el caso a estudio, la falta del libre uso de su razón– sería procedente así declararlo para hacer caer el acto. Tratándose de una norma que regula una situación excepcional, tanto debe ser de interpretación estricta en su alcance, como debe ser exigente el decisor en cuanto a tener por probados los extremos de hecho. Esto es; las dudas respecto a la configuración de los extremos de hecho que configuran la hipótesis excepcional, deben conducir a mantener la

validez del acto»¹⁶.

Conforme con el art. 832 del C.C.U., el momento en el que corresponde considerar la capacidad es aquel en que se otorga el testamento, siendo irrelevantes para su validez los cambios que intervengan posteriormente en la condición del testador.

La probanza a realizar para que se declare la nulidad del testamento está dirigida a fijar la existencia de la falta de volición testamentaria apta cuando se otorgó el negocio o, tratándose de testamento cerrado, en el momento en que se solemniza el pliego¹⁷. Y para ello es admisible la presentación de cualquier medio probatorio¹⁸, los cuales serán apreciados judicialmente según las reglas de la sana crítica¹⁹.

La vida relacional desarrollada por el testador en la época de otorgamiento del testamento, la edad, su estado general de salud, su deterioro cognitivo, los problemas de orientación temporales-espaciales, la necesidad o no de cuidados permanentes, su independencia en cuanto a la movilidad y autonomía personal en lo cotidiano, son parámetros que pueden contribuir para determinar la condición psíquica del testador.

Para la apreciación de la inaptitud de la voluntad del testador no importa que sea definitiva o transitoria. Ni la ancianidad, ni

15 En la doctrina y jurisprudencia españolas se señala que la presunción de capacidad en materia testamentaria surge del art. 662 del C.C. español («Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente»), se califica como una presunción «fuerte», que requiere de una especial contundencia en la prueba en contrario de la que quiera valerse el que discuta la capacidad. Sólo quien tiene cercenadas sus facultades intelectivas y volitivas hasta el punto de excluir la conciencia del significado de los propios actos es un incapaz para testar, sin que basten en modo alguno para llegar a ese estado simples conjeturas (PEÑA LÓPEZ, Fernando, en AA.VV., *Derecho de sucesiones* –Coordinador: Bercovitz Rodríguez-Cano–, Madrid, Ed. Tecnos, 2009, pág. 251-252)

16 SARLI DE ERRO, *op. cit.*, pág. 98.

17 En el testamento cerrado, la capacidad se juzga al momento de solemnizar el pliego (VAZ FERREIRA, Eduardo, *Tratado de las sucesiones*, T. I, Biblioteca de publicaciones oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Mdeo., 1967, pág. 341).

18 *A.D.C.U.*, T. XIX, f. 481, pág. 309.

19 A vía de ejemplo, en un fallo se expresa que la prueba pericial indica que sería altamente probable que el testador tuviera sus facultades mentales deterioradas. Sin embargo, el tribunal examinando el resto de los medios probatorios (*v. gr.* declaraciones de quienes lo atendían en la Casa de Salud y médicos que lo trataron), concluye que la voluntad del testador, pese a las dificultades y naturales dudas provenientes de su edad, estado de salud, entorno familiar y social, no parece descabellada, en el sentido de favorecer a un sobrino que lo cuidó hasta el fallecimiento (*L.J.U.*, T. 119, caso 13.688).

la presencia de alteraciones físicas que no se traduzcan en una privación de las aptitudes mentales son base suficiente, por sí solas, para comprobar un estado demencial o que afecte el libre uso de la razón. Incluso, es ostensible que las disposiciones curiosas, extravagantes o inexplicables, y aun caprichosas, del testador no permiten determinar —a falta de otra prueba del estado mental alterado— la falta de raciocinio.

La presencia de alteraciones mentales menores, acaso habituales en especial para quienes tienen una edad avanzada, como cierta pérdida de memoria o dificultades de orientación, no conduce a la verificación de un estado incapacitante para testar, siempre que no apareje un estado de demencia que afecte el libre uso de la razón. Lo anterior por cuanto, como se destaca en la doctrina española, «no basta con probar la presencia de una enfermedad hipotéticamente incapacitante en el testador, y menos aún aludir a la avanzada edad del mismo; sino que hay que referir estas circunstancias al momento concreto del otorgamiento y probar su grado de influencia sobre éste. A estos efectos, se le dará trascendencia al hecho de que, de conformidad con la ciencia médica, la enfermedad que padece el testador sea o no de las que normalmente permiten intervalos lúcidos, así como la frecuencia con la que de ordinario esa patología produce tales intervalos»²⁰.

Ante la natural imposibilidad de examinar al testador adquieren particular relieve los estudios periciales de su historia clínica; en especial, por un lado, porque de ella puede surgir el estado psicológico concreto en época cercana a aquella en que otorgó el testamento; y por otro, porque es ostensible que muchas patologías intelectuales tienen un carácter progresivo-degenerativo, lo cual acarrea que a través de la opinión de especialistas en la materia pueda ilustrarse a los tribunales acerca de la condición de

una persona en una etapa determinada de su vida.

Por lo que se refiere a este aspecto, es poco menos que axiomático que los dictámenes médicos asumen un carácter prácticamente decisivo en las hipótesis en que está en juego la decisión sobre la aptitud volitiva de una persona, dada las especialidades que presentan en estas cuestiones. No por otra cosa en los procesos de incapacidad o insania, se trata de una prueba preceptiva a recoger por parte del tribunal, e incluso en un número plural de profesionales —según el C.G.P. se requieren dos facultativos (art. 440) y según el C.C.U. dos o más (art. 435)—, aun cuando se trate de un medio probatorio no vinculante para el tribunal, que lo debe apreciar de conformidad con las reglas de la sana crítica. Ahora bien, en el terreno testamentario la determinación de la presencia o no de una discapacidad intelectual (o más genéricamente de la existencia de un hecho que quebrante el libre uso de la razón por parte del testador) se dificulta sobremanera, en la medida en que ya no puede ser examinada la persona que testó. Así las cosas, es evidente que asumen trascendental importancia la historia clínica, las deposiciones testimoniales, los peritajes, etc., claro está que ello con la importante circunstancia de que ya no es posible examinar personalmente al testador. Adviértase que la intervención de un perito puede ser fundamental para determinar la aptitud volitiva del testador apreciando la propia firma de éste, a través de la correspondiente prueba caligráfica, que puede incluir hasta tres tipos distintos de examen (grafonómico, grafométrico y grafoscópico).

Como es sencillo de percibir, dada la condición de ciencias no exactas de la psicología, psiquiatría y neurología, y la diversa intensidad con que una patología puede afectar la psiquis de una persona, la cuestión de la presencia de signos inhabilitantes para testar se torna en ocasiones una

20 PEÑA LÓPEZ, *op. cit.*, pág. 252.

cuestión hartamente discutible; más aún cuando como se ha señalado ya no existe el sujeto que adoptó las decisiones testamentarias que se quieren impugnar. En este rumbo, la presencia de la enfermedad de Alzheimer en sus primeras épocas suele tener consecuencias moderadas o escasas sobre la psiquis de quien la padece. Asimismo, el conocimiento por parte de los peritos de cuáles eran los medicamentos consumidos por el sujeto en la época en que testó puede dar importantes pautas para determinar cuál era su condición.

Por lo demás, no es mala práctica notarial la de exigir a quien pretende otorgar un testamento que obtenga un certificado médico-psiquiátrico de su condición mental. Sin embargo, es patente que ello no obsta a que se impugne el acto, en la medida que se trata de la preconstitución de una prueba lograda sin control judicial, ni de aquellos que pueden tener interés en que el negocio sea nulo. Coadyuva con ello, y cabe decir que es un argumento *a fortiori*, que incluso los dictámenes periciales ordenados en el marco de un proceso son pruebas no vinculantes para el Juez, el que los apreciará según las reglas de la sana crítica (art. 184 del C.G.P.).

Las deposiciones testimoniales pueden conducir a probar la existencia o no de la falta del libre uso de la razón, en especial cuando se derivan de personas ajenas al resultado de la causa. En este sentido, los profesionales médicos que hayan atendido al testador en el período en que testó, aun cuando no sean especialistas en materias vinculadas a la condición psíquica de la persona, pueden dar pautas relevantes acerca de cuál era su estado intelectual. Y también puede ser trascendente el testimonio brindado por quienes se ocupaban diariamente del cuidado de aquél, por ejemplo, un trabajador doméstico o quienes se desempeñaban laboralmente en la residencia o institución médica pública o privada en que estaba internado.

Judicialmente se exige como probanza para la declaración de nulidad de un testamento la presencia de los siguientes factores: a) el grado de incapacidad requerido por la ley: falta de libre uso de razón en el causante, esto es, cuando el testador está privado de normales facultades cognitivas y volitivas para otorgar un acto de última voluntad; b) la presencia de ese impedimento en el momento mismo de otorgarse el acto de última voluntad, corolario del alcance temporal que cabe asignar a la expresión «actualmente» utilizada en el art. 831 ord. 3º, que es confirmada por el art. 832²¹.

El precepto en análisis emplea la palabra «actualmente» para referirse al momento en que se debe apreciar la aptitud testamentaria del sujeto. Y vinculando el acápite de la disposición con el aludido ord. 3º es palmario que el vocablo toma en consideración aquel momento en que se otorga el testamento. En este sentido, en un fallo vernáculo se proveyó que la capacidad para disponer por testamento es la regla y la incapacidad la excepción, por lo que quien alega la incapacidad del testador debe probar cabalmente y sin ninguna duda esta circunstancia. Debe probarse, a través de cualquier medio, en especial los pronunciamientos técnicos médicos especializados, la causal alegada al momento en que se otorgó el testamento en razón de la expresión *actualmente* que emplea el precepto. No obstante, podría admitirse la prueba de la incapacidad en el momento de testar a través de la comprobación de la incapacidad anterior y posterior al acto o a través de la contundente demostración de que antes de testar el testador estaba privado de razón por alguna enfermedad particular y que ella no admitía ninguna posibilidad de curación ni de mejoría²².

En función de lo dicho, cuando la persona se encuentra apta intelectualmente para exteriorizar su voluntad, el testamento es

21 A.D.C.U., T. XIX, f. 480, pág. 309.

22 A.D.C.U., T. XXIX, fs. 395-396, págs. 142-143.

válido, aun cuando se trate de un sujeto demente –siempre, obvio es decirlo, no se encuentre sujeto a interdicción-. Por esa razón, en caso del demente no interdicto que testa en un intervalo lúcido, repuesto aunque más no sea temporalmente o con su alteración mental compensada, el acto es plenamente válido.

Como indiqué, las dificultades imperantes para la probanza de la existencia de un estado de demencia en un momento concreto, como lo es aquel en que se perfecciona el testamento, dieron mérito a que judicialmente se haya procurado evitar esos obstáculos, por lo que se admitió que el acto era nulo si se evidenciaba que la demencia existía con anterioridad y posterioridad al acto impugnado, o cuando ya existía con anterioridad a él y se trata de una incapacidad irreversible²³. Así, fue recepcionada la postura de que si se detectó que la causante con 78 años era portadora de «síndrome demencial, estado confusional y delirio», según diagnóstico de tres profesionales, «no estaba en condiciones de otorgar testamento nueve meses después, dado que las emergencias de autos apuntan al carácter permanente e irreversible de la incapacidad, conclusión que reafirma la internación verificada casi dos meses después de haber aquella testado»²⁴. Como se ha dicho, citando a Irureta Goyena, «si bien teóricamente la prueba es muy difícil porque debe versar sobre el momento mismo del otorgamiento, de hecho no lo es tanto, porque si se prueba el estado habitual de demencia, la enfermedad mental anterior y posterior al acto, naturalmente se llegará a admitir la carencia del libre uso de razón también en el momento de testar»²⁵.

23 *Vid.* además del fallo pub. en *A.D.C.U.*, T. XXIV, f. 780, pág. 245 y el referido en la nota anterior, el publicado en *A.D.C.U.*, T. XXIII, f. 572, pág. 193, en donde se lee que «la determinación de la incapacidad para testar no debe referirse a una fecha específica, sino a una época, esto es, un período de tiempo en el cual existan indicios o señas de que la persona carece del libre uso de su razón».

24 *A.D.C.U.*, T. XIX, f. 485, pág. 309.

25 *L.J.U.*, T. CIX, caso 12.631.

También colabora con lo expuesto la constatación de que la demencia que anula un testamento, en múltiples ocasiones (es decir, fuera de aquellas hipótesis en que la alteración se deriva, por ejemplo, de un shock traumático o de un accidente), se alcanza luego de un período de gestación, durante el cual se van reduciendo las aptitudes volitivas en forma paulatina, de manera más o menos acelerada. En estas coyunturas, se trata de perturbaciones que distan de ser repentinas, sino que, al contrario, es un proceso en que la discapacidad intelectual se va instalando o desenvolviendo, a veces imperceptiblemente, en la psiquis del sujeto, llegando a un grado en que está impedido de autogobernarse. Por esa razón, judicialmente se proveyó que el hecho de que exista un dictamen pericial emitido a los cuatro meses de otorgarse el testamento impugnado y que el juez haya examinado personalmente al testador luego de dos meses de ese otorgamiento, comprobándose en ambos casos el deterioro mental, permite declarar la nulidad del testamento por incapacidad del testador, dado que la demencia «no se instaló de un día para otro»²⁶.

En otro fallo, se juzgó que la fecha de realización del testamento es muy próxima (un año aproximadamente) a la fecha de declaración de incapacidad de la testadora, quien sufrió una enfermedad evolutiva (Enfermedad de Alzheimer) que le produjo la incapacidad por su gravedad, por lo que el tribunal concluye que, dada la época en que el testamento cuestionado se suscribió, la causante no estaba mentalmente “sana de espíritu”, es decir, en una condición en la que gozara libremente del uso de su razón al momento de testar; comprobado ello, debe concluirse que el testamento es nulo²⁷.

En el caso de la impugnación del testamento de Elisa Sánchez, a la testadora se la declaró en estado de interdicción cuatro

26 *A.D.C.U.*, T. XXIII, f. 572, pág. 193.

27 Sent. del T.A.F. de 1er. Turno, de 21 de abril de 2014 (BACELLI -red.-, BENDAHAN, DÍAZ SIERRA).

años luego del otorgamiento de aquél, en virtud de que «presentaba un debilitamiento permanente de sus facultades intelectuales, del tipo simple de la *involución senil*. Se trató de un simple cuadro de regresión progresiva de naturaleza arterial o por reblandecimiento paulatino de los centros grises, sin degeneración mental propiamente dicha». En el fallo de primera instancia dictado por Garicoits se entendió que «el estado mental de que se trata ofrece un desarrollo paulatino, de modo que, en su etapa inicial y durante un espacio de tiempo que variará en cada caso, por más que el enfermo presente alguna disminución de sus facultades, no podrá decirse que hay propiamente incapacidad. Mientras exista una personalidad coherente, con un dominio efectivo, aunque precario, de la voluntad, no puede decirse que se trata de un caso de incapacidad desde el punto de vista jurídico». Por consiguiente, no se entendió adecuado declarar la invalidez del testamento otorgado²⁸.

Los tribunales domésticos, con base en el art. 832 del C.C.U., han sostenido que la capacidad para disponer por testamento es la regla y la incapacidad la excepción, por lo que, la inhabilidad del testador debe probarse cabalmente y sin ninguna duda, dado que de ella se deriva la grave consecuencia de la nulidad del testamento, expresión de la última voluntad de aquél. No obstante, puede admitirse cierta amplitud en la apreciación de la prueba, enderezada a justificar que el testador no gozaba de completa libertad de espíritu, o mejor aún, que éste no se hallaba en el libre uso de la razón²⁹. La prueba destinada a probar aquella circunstancia de excepción que es la demencia del testador «debe ser inequívoca y hábil para no dejar en el ánimo del juzgador ninguna duda de que, efectivamente, el testador no gozaba del libre uso de su razón al tiempo de disponer (por) testamento; lo que tute-

la el principio de la seguridad jurídica»³⁰. También se proveyó que «el que impugna la validez de un testamento por incapacidad para disponer del testador debe probar que éste no gozaba del libre uso de la razón, y para ello, pueden utilizarse todos los medios de prueba aceptados por el derecho, pero la prueba debe ser apreciada rigurosamente»³¹. En definitiva, respecto a la verificación de la demencia por parte del testador es posible suscribir sin reservas lo afirmado por la Suprema Corte de Justicia, en cuanto a que se debe exigir una prueba indubitable de esa circunstancia (sin perjuicio de admitirse una apreciación amplia de las probanzas referidas a la ausencia del libre uso de la razón), porque de la incapacidad se deriva la grave consecuencia de la nulidad del testamento que expresa la última voluntad de quien ya no puede defenderla³².

En un fallo del T.A.F. de 2° Turno, de 23 de mayo de 2001, se dispone que «es al actor a quien le incumbe probar clara y categóricamente que el testador no gozaba del libre uso de razón en ocasión de manifestar formalmente el acto de su última voluntad (causal en base a la cual se pretende la nulidad). Las dudas deben inclinar la convicción en el sentido de la validez, en armonía con el principio de que la capacidad es la regla y la incapacidad es la excepción, de donde, se sigue, aquellas probanzas (admisibles de cualquier género) que utilitariamente se ingresan en la causa para demostrar lo contrario viene precedido por diversas exigencias

30 A.D.C.U., T. XXVI, f. 482, pág. 170 y T. XXX, f. 554, pág. 204. Como se expuso en sentencia de 12 de abril de 2000, dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1er. Turno, en materia de disposición testamentaria, la regla es la capacidad (art. 831 del C.C.U.); consecuentemente, quien invoque la circunstancia excepcional al principio debe acreditarla: la prueba tendiente a confirmar aquella circunstancia de excepción alegada, debe ser inequívoca y hábil, para no dejar al juzgador ninguna duda de que el testador no gozaba del libre uso de su razón al tiempo de disponer por testamento. De lo que se trata es de tutelar la seguridad jurídica (sent. obtenida en *El Derecho Digital*, caso TAF1 10163).

31 A.D.C.U., T. IX, f. 516, pág. 65.

32 A.D.C.U., T. XXXII, f. 540, pág. 252.

28 L.J.U., T. VI, caso 1.300.

29 L.J.U., T. 119, caso 13.688.

correlacionadas: a) plenitud probatoria; b) que refieran al momento de testar y c) estrictez en la interpretación»³³.

De manera que, la impugnación de los negocios *mortis causa* en consideración a la ausencia de una volición jurídicamente apta de su otorgante es posible y quien incoa la acción no se encuentra limitado en la aportación de las probanzas a incorporar al proceso. La posibilidad de impetrar una acción anulatoria se separa netamente de lo preceptuado por el art. 439 que restringe la impugnación de los actos *inter vivos* una vez que su otorgante falleció. Por consiguiente, para la verificación de la demencia del testador se admite el empleo de cualquier medio de comprobación apto para convencer a los tribunales acerca de la falta de aptitud para testar. Sin embargo, es claro que para respetar los deseos últimos de aquel cuya voluntad se trata de negar y en aplicación del principio de seguridad jurídica, la prueba presentada debe irrefutablemente gozar de la convicción suficiente para no dejar en el espíritu de los jueces accesos de incertidumbre acerca de si el testador carecía del suficiente discernimiento para disponer por vía testamentaria.

A la luz de las consideraciones antedichas, ante el riesgo de que por el largo transcurso del tiempo entre el otorgamiento del testamento y el fallecimiento de su otorgante, se frustre la ocasión de probar el estado de demencia de éste, y en razón de la imposibilidad de incoar una acción de nulidad hasta su deceso, se admitió judicialmente el emprendimiento de una acción ordinaria declarativa destinada a constatar por medio de un proceso contradictorio que padecía demencia al otorgar el acto. El fallo judicial que se limita a constatar el estado actual del testador, como es lógico, es impotente para anular el testamento, pero goza de relevante vigor como medio de prueba preconstituida para su impugnación una

³³ *El Derecho Digital*, caso TAF2 10105.

vez fallecido el testador. En el caso planteado, el expediente se rotuló «Acción declaratoria de constatación de ciertos hechos» y se acogió la demanda declarando que el testador no gozaba al otorgar el testamento del libre uso de razón por demencia, siendo su estado público y notorio y se proveyó que la legitimación activa la ostentan las mismas personas que luego del fallecimiento están legitimadas para impugnar el testamento y la legitimación pasiva la instituida única y universal heredera testamentaria³⁴. Sin embargo, la admisibilidad de ese recaudo para quienes eventualmente tienen la calidad de sucesores del testador no ha sido amparada de modo unánime por los tribunales. En efecto, en forma contraria a la anterior, se desechó por manifiestamente improponible una acción declarativa por entender que el interés del reclamante debe ser calificado como eventual, futuro e incierto³⁵.

En lo atinente a la base normativa aplicable a la cuestión, el art. 831, en su ord. 3°, gobierna la incapacidad para testar derivada de la falta del libre uso de la razón y rige en aquellos casos en que no se ha obtenido la declaración de la incapacitación –hipótesis que como se vio está presidida por el ord. 2°-.

Como emerge explícitamente del art. 439 para el caso de los dementes, este precepto sólo regla los negocios jurídicos *inter vivos* en los que participó el sujeto y que son controvertidos luego de su deceso; para los testamentos, mientras tanto, las disposiciones a aplicar son exclusivamente las contenidas en el art. 831, en las cuales la impugnación no se encuentra restringida como en aquella previsión. El fundamento de la diferenciación se sitúa en que no era conveniente que el legislador prohijara las mismas soluciones para ambos casos, en virtud de que

³⁴ Sent. del Juzgado Letrado de Familia de 5to. Turno (Ugolini Capurro), de 17 de diciembre de 1990, pub *L.J.U.*, T. 103, 1991, caso 11.802.

³⁵ Sent. interlocutoria del T.A.F. de 2° Turno, de 10 de octubre de 1994, pub. en *L.J.U.*, T. 110, 1995, caso 12.799.

en los negocios *mortis causa*, los interesados en impugnarlo -de ordinario- sólo pueden percatarse de su existencia una vez que falleció el testador, mientras que en los negocios *inter vivos*, aun durante la vida de quien los ejecuta, pueden tomar conocimiento o al menos obtener indicios de su realización.

Para la regulación de las hipótesis de nulidad testamentaria, el codificador se apartó de las soluciones brindadas para los actos *inter vivos*, dado que no son de aplicación las reglas que se encuentran en los arts. 438, inc. 2º y 439 del C.C.U. Por ende, la única forma de hacer caer el testamento es la prueba de la falta de discernimiento al ser otorgado o, en su caso, solemnizado.

El régimen de nulidad para los actos *inter vivos* y *mortis causa* celebrados por los dementes es diferente y por eso su regulación separada. Sin embargo, es menester precisar en qué radican esas disparidades. Judicialmente se expuso que «en materia de testamentos se exige una capacidad más amplia que en los contratos, puesto que, en aquéllos, la simple edad avanzada o la enfermedad pueden constituir una causa de nulidad del testamento lo que se justificaría porque dicha declaración de nulidad no da lugar a las mismas objeciones que la de un contrato, ya que el beneficiario recibe a título gratuito»³⁶. Mientras que en otra providencia judicial se resuelve que los incs. 2 y 3 del art. 831 del C.C.U. constituyen la disciplina específica de los testamentos en materia de capacidad, con una función propia y contenido autónomo, lo que excluye la aplicación de los arts. 438 y 439, estableciendo un régimen más exigente en materia de liberalidades respecto del consagrado en general para los negocios jurídicos, ya que el testamento, por su carácter de acto de liberalidad, exige una más completa libertad de espíritu en el testador, para cuya apreciación los tribunales gozan de mayor libertad no limitados a las dos condiciones estableci-

36 A.D.C.U., T. XVIII, f. 729, pág. 125.

das por el art. 439 C.C.³⁷

Desde ya, sin embargo, no me parece adecuado admitir que las diferencias entre los actos entre vivos y el testamento radiquen en el carácter gratuito de este último, por cuanto aquellos también pueden -como es obvio- consistir en una liberalidad (*v. gr.* donación). Ni tampoco lo es la afirmación de que la avanzada edad o la enfermedad por sí solas puedan dar lugar a la nulidad del testamento.

Estimo que la diferencia fundamental estriba en que para la impugnación de los actos *inter vivos*, el afectado disfruta de posibilidades que no tiene cuando se trata de un negocio *mortis causa*. En efecto, es corriente que cuando se celebra un negocio jurídico de aquella especie, asuma una exteriorización que no acontece con los testamentos; por ejemplo, se entrega la cosa. Es decir, es probable que existan ciertos indicios que exterioricen la ocurrencia de la negociación. Por el contrario, es harto frecuente que quien es afectado por el otorgamiento de un negocio *mortis causa* carezca de la posibilidad de percatarse de él, precisamente hasta tanto no se produzca el deceso de su otorgante. Como sostiene Josserand, rehusar a los herederos el derecho de atacar el testamento por causa de insania de espíritu equivaldría a denegarles todo recurso, porque ese documento, que permanece secreto durante toda la vida del testador, no se abre ni produce efectos hasta después de su defunción³⁸.

En realidad, lo que hizo el codificador en materia testamentaria fue retornar a los principios generales en la materia, los cuales había dejado en alguna medida a la vera del camino al reglar en el art. 439 la impugnación de los actos *inter vivos* otorgados por quien fue demente. Es decir, en este precepto el legislador se apartó de lo que son los principios que disciplinan la nulidad por

37 A.D.C.U., T. XVIII, f. 730, pág. 125.

38 JOSSERAND, *op. cit.*, pág. 396.

demencia, haciéndola más difícil de verificar. En cambio, en el ámbito testamentario obtienen total aplicación los principios que disciplinan los actos de los dementes; por ende, si hay interdicción, al ser ésta una declaración formal y permanente de la incapacidad del sujeto, basta con probar la sentencia que la dispuso o la inscripción registral de su presencia, mientras que, la ausencia de una declaración judicial en ese sentido, conduce a la necesidad de demostrar la ineptitud de la manifestación volitiva al otorgamiento.

Por lo expuesto, no es correcta la afirmación de que la prueba de la demencia es más severa en la esfera de los testamentos que en la de los negocios entre vivos o más específicamente, en materia contractual. En ambas especies de negocios, la demencia es la alteración psíquica que le impide al sujeto autogobernarse; sin embargo, es más restrictiva la prueba cuando se intenta impugnar un acto *inter vivos* una vez que el otorgante falleció, que cuando la nulidad se impetra respecto a un testamento, en razón de que en este supuesto no se han restringido los casos de impugnación, porque no es de aplicación el art. 439.

Pero es evidente que no cualquier alteración mental es suficiente para decretar la nulidad de un testamento; antes bien, para ello es necesario que exista una prueba fehaciente o un cúmulo presuncional firme y razonable de la presencia de la demencia de quien lo otorgó.

El inc. 2° del literal 3° del art. 831 prevé que «...el que impugnare la validez del testamento deberá probar que el que lo hizo no gozaba del libre uso de su razón»³⁹. Naturalmente que se trata de una disposición innecesaria, en la medida en que se limita a recoger los principios generales sobre car-

ga de la prueba que están estatuidos en el art. 139 del C.G.P. En atención a lo señalado, como no puede ser de otra manera, en aplicación del inc. 2° del ord. 3° del art. 832, los tribunales estiman que la prueba de que el testador no se hallaba en el libre uso de su razón cuando realizó el testamento impugnado está a cargo de quien pretende su anulación⁴⁰.

Y como es obvio, tampoco es de aplicación al supuesto en estudio el inc. 2° del art. 438, por lo que, en nada incide en la determinación del objeto a probar para la verificación de la demencia, que el sujeto luego de testar haya sido sometido a interdicción. Sea que luego de otorgado el testamento, el sujeto haya sido declarado interdicto o no, igualmente es menester probar la demencia cuando el negocio se perfeccionó. La incapacidad legal proveída únicamente asu-

40 Así, en la sent. del T.A.F. de 1er. Turno, de 23 de octubre de 2013 (BACCELLI -red.-, BENDAHAN, DÍAZ SIERRA) se puede leer: «la Sala aprecia que, a efectos de que pueda darse la nulidad del testamento pretendida, conforme lo establece el art. 831 num. 3° del C. Civil, no debe estar instalada la incapacidad sino que, al momento de testar, no se esté en el libre uso de la razón, es decir, disponer de una voluntad libre por parte del testador. El momento en que debe referirse la prueba de la incapacidad, basta probar que el testador no estaba en el libre uso de la razón en la época en que el acto fue otorgado, sin que sea preciso justificar dicho estado en el momento mismo en que el acto se realizó. En principio, si bien, la norma dice "actualmente", esto es, una prueba diabólica probar en ese momento, es por eso que, lo que se prueba es si en la época del testamento tenía la capacidad suficiente el testador para testar. Corresponde a quien defiende la disposición testamentaria probar que ella se originó en un momento lúcido, si se prueba que en la época de la misma, antes y después, el testador se encontraba en estado habitual de demencia. Véase que al tener que decidirse la cuestión de si en nuestra ley prima el concepto época o el de momento, en la ausencia de razón, al otorgarse el testamento, se impone admitir que nuestro derecho no exige que la debilidad de las facultades mentales del testador deba ser concomitante al momento de otorgar su última voluntad y que no reclama tampoco que, dicha debilidad, haya determinado las propias disposiciones, pudiendo explicarse éstas, únicamente, por deficiencia psíquica de quien las otorgó. Y bien, la prueba de que el testador no se hallaba en el libre uso de su razón cuando realizó el testamento impugnado, está a cargo de quien pretende su anulación, y de lo actuado en autos surgen elementos para declarar su nulidad» (sent. pub. en Rev. *D.J.D.C.*, Año II, T. II, 2014, sección Jurisprudencia sistematizada, pág. 498).

39 Cfr. al respecto: sent. del T.A.F. de 2° Turno n.° 0011-000308/2014, de 3 de noviembre de 2014 (PERA RODRÍGUEZ -red.-, CAVALLI, MARTÍNEZ CALANDRIA), pub. en *D.J.D.C.*, T. III, 2015, f. 351, pág. 562.

me una trascendencia auxiliadora, en tanto las pruebas rendidas en el procedimiento de interdicción sean trasladables al litigio en el que se impetra la acción de nulidad, por ejemplo, por su proximidad temporal; pero como expresé en nada modifican el objeto a probar en este último proceso.

En lo referido a los sujetos que fueron declarados interdictos luego del otorgamiento de un testamento no les es aplicable el inc. 2° del art. 438, sino que cabe aplicar el ord. 3° del art. 831, que contiene disposiciones especiales para la materia testamentaria. Por ende, si un sujeto es declarado interdicto y antes de ello ha realizado un contrato de compraventa y un testamento, para anular los mismos hay que aplicar normas diferentes: para anular el contrato, se debe probar que la demencia existía públicamente en la época del acto (art. 438, inc. 2°); mientras que para anular el testamento, se debe probar que el sujeto no se hallaba en el libre uso de su razón al otorgarlo (art. 831 ord. 3°).

En todo caso, es ostensible que la prueba de la demencia generadora de la nulidad testamentaria absoluta corresponde a quien impugna el testamento, y no a quienes resultaron favorecidos mediante él⁴¹.

41 En la sent. de la S.C.J. N° 745/2012, de 24 de agosto de 2012 (CHEDIAK -red.-, GUTIERREZ, LARRIEUX, BACCELLI, RUIBAL), se expresa que «Manifiesta la recurrente que la Sala incurrió en error al sostener que era el actor quien debía acreditar la demencia de la causante al momento de otorgar el testamento, para obtener la anulación. Como base de este argumento señaló que en la demanda no denunció estado de demencia de la causante, sino que la declaración de nulidad del testamento se debió a que ésta no gozaba del libre uso de su razón a la época de testar. En este orden, corresponde señalar que los términos de la impugnación suponen una variación de importancia en relación a lo que, concretamente, sostuvo la actora en su demanda, cuando afirmó que la Sra. CC: “El 5 de julio de 1999, cuando contaba con 81 años de edad, otorgó testamento solemne abierto... En abril de 1997 se le diagnosticó... demencia senil (‘senile dementia’), que evolucionó progresivamente hasta su fallecimiento sin que se registrarán intervalos lúcidos...” (fs. 5 in fine y vto.). Aun soslayando lo que viene de señalarse, si el objeto de la pretensión era la nulidad del testamento otorgado por la causante, la plataforma fáctica que la actora debía acreditar para que prosperara la demanda era que la alegada nulidad derivaba de la circunstancia de que LA testadora no gozaba del

De todas formas, es axiomático que para la comprobación del hecho que invalida el testamento son admisibles todos los medios probatorios: lo que se requiere es que se pruebe la incapacidad al momento del otorgamiento del acto⁴².

La nulidad del testamento que se produce por la incapacidad de quien lo otorga es por completo diferente de la que se produce

libre uso de su razón al momento de otorgar el documento. El artículo 831 inciso 3 del Código Civil exige, de forma absolutamente clara, que quien alega la invalidez del testamento por la causal allí prevista, debe probar que el otorgante no gozaba del libre uso de su razón. Por tanto, la carga de la prueba, tal como lo señaló el Tribunal, recaía sobre la actora, y no como ocurrió en primera instancia donde se optó por la incapacidad de la testadora debido a que no se probó que estuviera lúcida al momento de testar (al respecto sostuvo la *a quo* “... no existiendo testimonios concluyentes que demuestren la lucidez de la testadora en ese momento. Este último extremo debía ser acreditado por el demandado...” ...la prueba de que el testador no se hallaba en el libre uso de su razón cuando realizó el testamento impugnado, está a cargo de quien pretenda su anulación. Ante la ausencia de prueba en ese sentido, la decisión de la Sala deviene irreprochable por lo que corresponde el rechazo del recurso de casación en estudio. Además, como lo expresó el Sr. Fiscal de Corte en su dictamen: “... lo que la recurrente denomina la ‘expresa omisión de cuestionar todo ese cúmulo fáctico’ (fs. 488) no puede constituirse en una especie de admisión tácita de la incapacidad mental de la causante, la cual ha de ser acreditada con razonable certeza, a juicio del sentenciante del mérito. “Ha de recordarse que la voluntad del testador debe de regla respetarse en tanto no se acredite que aquella voluntad fue provocada, inducida o ficticia, y para ello no basta ‘tener por ciertos’ los dichos del actor ante el silencio de la demandada, sino que debe surgir prueba fehaciente o un cúmulo presuncional firme y razonable que permita concluir al Juez de la causa que la testadora se hallaba incapacitada o limitada en su discernimiento, lo cual, cuando no media declaración de interdicción, debe acreditarse por todas las vías posibles y válidas, no siendo suficiente (como pretende la recurrente) el silencio de su contraparte o el poco o nulo cuestionamiento sobre sus afirmaciones en la demanda”» (sent. pub. en *D.J.D.C.*, T. I, año 2012, sec. Jurisprudencia sistematizada, págs. 413-414).

42 El art. 2467 del Código Civil y Comercial argentino de 2014 se asemejó al cuerpo civil uruguayo, ya que en el art. 2467 lit. c) dispone que es nulo el testamento «por haber sido otorgado por persona privada de la razón en el momento de testar. La falta de razón debe ser demostrada por quien impugna el acto». Con ello quedó abrogada la disposición que se contenía en el art. 3615 que exigía que «para poder testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón», con lo cual se generaban dudas acerca de si la capacidad testamentaria era similar o con mayores exigencias que la contractual.

como consecuencia de las disposiciones captatorias de la voluntad o cuando interviene algún vicio, como es el caso de la violencia y, en menor grado, el dolo. Empero, estas figuras pueden obrar con una trascendencia tal en un sujeto que padece algún deterioro mental, que lo conduzcan al otorgamiento de un negocio *mortis causa*, que de otro modo de ninguna forma hubiera otorgado, dando así lugar a su nulidad. Como se ha expresado por los tribunales, «los testamentos se pueden impugnar por causa de enfermedad y por captación o sugestión, sin necesidad de que esta última causal de ineficacia jurídica se subordine a la primera, e incluso que proceda deducir ambas causales acumulativamente, ya que las prácticas del captador pueden actuar con mayor intensidad en quien por su enfermedad no está en condiciones de resistir tales maniobras, pero siempre la prueba del hecho, consistente en que la voluntad del testador no ha sido libre, sino determinada por la influencia extraña que se adujera, debe ser precisa y circunstanciada, así como demostrativa, en forma plena, de que la maniobra ha sido la determinante principal del consentimiento que otorga la liberalidad»⁴³. En la misma dirección se sentenció que nada impide que se estudie la demanda de nulidad de testamento por dolo o sugestión en forma subsidiaria de la demanda de nulidad por incapacidad del testador, dado que si bien puede existir una enfermedad que no incapacite para testar, deje al sujeto más expuesto a sufrir la sugestión ajena⁴⁴.

La diferencia entre la nulidad producida por incapacidad y la que se verifica por captación a través de violencia o dolo difieren en cuanto a que la primera se debe a la condición interna, propia y exclusiva de quien la padece, en tanto que la segunda, sitúa su raíz en la actuación de un tercero que obrando perversamente impera de una manera tan decisiva en la psiquis de otro,

que conduce a éste a otorgar un negocio que sin dicha influencia no habría consentido; se trata, pues, de un factor foráneo a su voluntad, pero que opera con una magnitud tal en el proceso formativo de la voluntad testamentaria que suprime la manifestación espontánea del testador. Con todo, a pesar de ser variables que germinan desde ámbitos diversos, ambas tienen como secuela común la exteriorización de un querer que no coincide con el verdadero de quien lo emite, lo cual provoca que su voluntad se reputé inhábil para provocar efectos jurídicos. Pero la independencia entre los factores mencionados, es frecuente que deje de existir y que se armonicen para obtener que un sujeto emita una voluntad, que sin ellos no habría sido exteriorizada. Se trata de los casos en que se abusa de la condición psicológica del testador conduciéndolo a disponer de sus bienes bajo el influjo de la captación de su voluntad, por medio de la violencia o el dolo.

Claro está, que la distinción en el pilar en que se ajuste la nulidad del testamento es cuestión por demás trascendente, en razón de que la nulidad producida por incapacidad es de tipo absoluto, mientras que la que proviene de los vicios de la voluntad, como la captación mediante la violencia moral o el dolo, es de tenor relativo. De manera que, la nulidad que padece el negocio es absoluta cuando se compruebe la imposibilidad de una manifestación de voluntad apta por parte del testador. Entretanto, es un supuesto de nulidad relativa, el caso en que esa voluntad fue objeto de captación mediante dolo o violencia moral, a pesar de ser apta o de que adolezca de alguna alteración, pero que sea insuficiente para reputar incapaz al sujeto.

2.4. La situación de los inhabilitados o sujetos a interdicción parcial. La figura conocida por el nombre de inhabilitación surge como consecuencia de la percepción de que no siempre una alteración mental inci-

43 A.D.C.U., T. XI, f. 469, págs. 66-67.

44 A.D.C.U., T. XVIII, f. 731, pág. 125.

de de igual forma en la condición del sujeto, impidiéndole, en todo caso, a quien la sufre intervenir por sí mismo en la administración y gobierno de su persona y sus bienes. Se trata de un instituto que puede concepcuarse como de «interdicción parcial»⁴⁵, en razón de que la restricción de la capacidad del inhabilitado sólo aflora para ciertos casos determinados judicialmente, y constituye, a su vez, un supuesto de «capacidad atenuada o disminuida», merced a que en los supuestos en que se le ciñe al sujeto la aptitud de obrar, la limitación opera, no en el sentido de excluir su voluntad, sino en cuanto se exhorta que un asistente la complemente para el perfeccionamiento regular de ciertos negocios jurídicos.

La necesidad de la figura se pone de manifiesto si se examina la situación existente hasta la sanción del C.G.P. Ciertamente, hasta la entrada en vigencia del cuerpo procesal, formulada una denuncia de insania, las facultades de los tribunales se compendaban en dos:

a) determinar una interdicción total del sujeto, que lo obstruyera para actuar con validez en cualquier negocio jurídico. De modo que, en caso de que pretendiera generar un vínculo por vía negocial obrando por sí mismo, se sancionaba su intervención con nulidad absoluta, con independencia de cual fuera su verdadera condición psicológica. El corolario del procedimiento era una sentencia que registrada, esterilizaba de manera total y absoluta la aptitud volitiva del interdicto, de manera que éste quedaba privado por completo de participar en cualquier negocio jurídico, sea aquellos que atañen a su patrimonio o a sus relaciones personales o familiares;

b) en caso contrario, si no se acogía la

⁴⁵ El art. 437 del C.C.U. refiere a «cualquier forma de interdicción», lo cual supone que junto a la interdicción «total» del demente existe otro tipo de restricción de la capacidad que no puede ser sino «parcial», que es la del inhabilitado.

denuncia de insania, mantener la aptitud genérica del sujeto para intervenir en cualquier especie de negocio jurídico; de suerte que ellos sólo se castigarían con la nulidad absoluta cuando se obtuviera la probanza de la presencia de la alteración mental al momento en que fue celebrado.

El C.C.U. no previó —siguiendo las ideas imperantes en la época de su sanción— la posibilidad de que existieran zonas intermedias o de semicapacidad, en las cuales se incluyera a aquellos sujetos que si bien sufrían alguna alteración mental, ésta no era de una entidad suficiente como para que se los considerara dementes desde el punto de vista jurídico. Como señalan Gamarra y Blengio, la concepción de los Códigos decimonónicos —con excepción del suizo de 1812 y del italiano de 1865— basada en el modelo romano es típicamente maniquea: las personas son sanas o insanas, cuerdas o dementes; o se tiene plena capacidad o se carece por completo de ella; es un típico sistema de blanco y negro. A lo cual añaden que el incapaz debía ser radicalmente radiado de la actividad negocial, para lo cual se recurre al instituto de la interdicción, que elimina toda posible relevancia de la voluntad del incapaz en el plano de su vida jurídica, en tanto es integralmente suplida por la de su representante legal⁴⁶.

Sin embargo, esa concepción que ceñía en exceso las facultades judiciales no condecía con la realidad de que no toda alteración psíquica obra de igual manera en el sujeto y que no es conveniente en cualquier caso un régimen predeterminado e inmutable que lo coloque en una situación jurídica prefijada, estática e inalterable de incapacidad. Es decir, al sancionarse el C.C.U. no se efectuaron provisiones para ciertas personas, cuya condición, aunque no era equiparable a la de un demente, surgía de modo diáfanoamente ostensible que de mantenerse en un régimen

⁴⁶ GAMARRA y BLENGIO, *Tratado de Derecho Civil Uruguayo*, T. X, Mdeo., F.C.U., 2001, págs. 158-159.

de intervención negocial sin restricciones, ello podía acarrear que se perjudicaran en lo fundamental en su órbita patrimonial o que su patrimonio fuera quebrantado por los abusos que otros sujetos cometieran valiéndose de la ineptitud que padecían.

El estado de la cuestión se modifica con la sanción del Código General del Proceso, el cual, fruto del ensanchamiento de facultades que en general aprovecha a los órganos judiciales, recepciona que éstos, al determinar en concreto la capacidad de una persona denunciada por incapaz, vean ampliados sus poderes. Como consecuencia, al decidir sobre la condición de la persona pueden fallar instaurando un estatuto jurídico intermedio entre la capacidad plena y la incapacidad total, prescribiendo que si bien el sujeto conserva su capacidad, ésta le es restringida para ciertas clases de negocios de rango patrimonial que el propio órgano judicial determina. Ello significa, en definitiva, y a pesar de que no resulta con la cristalinidad deseada del cuerpo procesal, que pueden proveer un régimen de inhabilitación, interdicción parcial o capacidad atenuada para quien padece esas alteraciones no tan graves como para merecer ser declarados en estado de demencia.

Los sujetos incorporados a este régimen son aquellos que, aun cuando gocen del discernimiento para ser parte en negocios patrimoniales, el libre ejercicio de su voluntad en su celebración, puede aparejarles daños personales o patrimoniales, sea para sí o para su familia. Se trata, en puridad, de sujetos capaces, pero cuyo discernimiento no es el adecuado para intervenir en negocios de contenido económico, por lo cual, se admite que los tribunales determinen que es preciso que obren asistidos por otra persona, que ha de ejercer el contralor de su actividad. A tales efectos, y en razón de la estructura que la figura tiene en el ordenamiento patrio actual, se designa un curador interino, que a diferencia de lo que acontece

con los dementes, no desempeña funciones de representante legal, sino de asistente.

Por todo lo dicho, el inhabilitado no es un incapaz; por ende, su voluntad no se sustituye por la del curador en el perfeccionamiento de los negocios jurídicos, sino que es complementada por la de éste.

La incapacidad del demente es general y absoluta, por lo que cualquier acto que realice actuando por sí mismo es fulminado con la nulidad absoluta. Y esa derivación no varía sea que el sujeto se encuentre bajo interdicción o no; la diferencia en todo caso se sitúa en la rigurosidad probatoria con que se enfrenta quien impugna el negocio jurídico celebrado. Diferente, sin embargo, es lo que acontece con la actuación del inhabilitado, pues la restricción de la capacidad que padece, lejos se halla de ser universal. Por cierto, para el análisis de su estatuto jurídico es imprescindible disgregar diferentes órbitas. Por un lado, en el terreno de las relaciones personales y familiares y en el de las órbitas patrimoniales no restringidas, la actuación personal y solitaria del inhabilitado es apta para producir negocios válidos y eficaces, en mérito a que mantiene su plena capacidad. Entretanto, los obstáculos para su intervención negocial emergen en la órbita patrimonial *inter vivos* restringida judicialmente, para el caso de que actúe en ellas sin la complementación de voluntad de quien fue designado como su curador interino.

Ahora bien, la cuestión que inmediatamente se plantea es decidir si esa participación personal del inhabilitado, sin la presencia de quien complementa su voluntad, genera la nulidad absoluta o relativa del negocio celebrado. En tal sentido, el art. 1279 sólo menciona como incapaces absolutos a los impúberes, los dementes y los sordomudos analfabetos e imposibilitados de darse a entender por el Lenguaje de Señas Uruguayo. Los inhabilitados no son incapaces (por lo menos, no se trata de incapaces absolutos, ni siquiera en la órbita en que se les restrin-

gió la aptitud), por ende no cabe extenderles el régimen a que se hallan sometidos los dementes, dado que el de éstos es un régimen especial inextensible analógicamente. Como derivación de lo señalado, la actuación del inhabilitado sin su asistente no provoca nulidad absoluta, sino relativa (*tertium genus non datur*). Ello, por otra parte, se ve reafirmado por el propio art. 1560, incisos 2º y 3º.

En el Derecho uruguayo no existen preceptos que se refieran a las causales que motivan que un sujeto ingrese en el ámbito de la inhabilitación, lo cual hace necesario determinar quiénes se incluyen en el sistema. El C.G.P. creó el instituto de la interdicción parcial, pero no estableció quienes están subordinados a él, por lo que será la labor doctrinaria y jurisprudencial la que paulatinamente lo irá determinando. Al respecto cabe considerar que se debe tratar de sujetos cuya situación no dé mérito a la declaración de interdicción por demencia, sino de individuos, que sin ser dementes, sufran una minusvalía psíquica que les ocasione ineptitud para la dirección y administración de sus negocios. Dentro de ellos, como lo hace el Derecho argentino, corresponde incorporar a los ebrios o toxicómanos habituales, cuando dichos vicios sean debidos a una patología mental o provoquen una alteración psíquica e impidan, por consiguiente, una correcta administración de los bienes. Asimismo, deben considerarse incluidos a los disminuidos en sus facultades, que sin llegar al supuesto de demencia, el juez estime que su capacidad de ejercicio pueda resultar dañosa a su persona o patrimonio⁴⁷.

47 *Vid.* al respecto la discordia de la Ministra MARTINEZ en sent. pub. en *L.J.U.*, T. 120, caso 13.871, en la cual frente a las dudas que le aparejan informes médicos disímiles y tomando en cuenta el examen personal de la presunta incapaz, estima que no puede concluirse en forma categórica e inequívoca en que la alteración de las facultades mentales de la denunciada tengan la entidad suficiente como para concluir en que no está capacitada para dirigirse a sí misma —en todos los aspectos de la vida—, ni para administrar sus negocios. Considera que de la prueba reunida surge que la denunciada se encuentra severamente limitada en cuanto tiene que ver con matemática y con el manejo de dinero o valores, porque no está en condiciones de administrar y

Los tribunales vernáculos tienen admitido que «el instituto de la inhabilitación se dirige a constituirse en la solución intermedia para aquellos estados psicológicos y personales, también intermedios, que se instalan entre los estados de capacidad y de incapacidad, posibilitando de tal forma la adopción de algunas medidas de cautela o de protección para aquellos sujetos que, si bien no se encuentran en condiciones de ser declarados incapaces, no revelan plenas posibilidades de manejar sus personas o sus bienes por encontrarse padeciendo estados anómalos de personalidad, que los afectan en aquellos desempeños»⁴⁸.

En una dirección colindante se proveyó que el régimen de la inhabilitación «debe ejercerse con una rigurosa restricción»⁴⁹ y que «debe ser calificado de excepcional».⁵⁰ Y cabe confluir con esas apreciaciones siempre que lo que se anhele transmitir es que, atento a que provocan una restricción en las posibilidades de la persona en cuanto a su poder de autodisposición patrimonial, es preciso adoptar suma cautela en la determinación del régimen. Pero no creo que sea feliz la expresión si se la circunscribe de modo exclusivo a la inhabilitación, pues la interdicción total del demente, vulnera de modo más profundo ese poder de gobernarse personal y patrimonialmente por sí mismo, aun cuando en ambos casos se trate de medidas tendientes a tutelar al afectado.

En realidad, tanto cuando se provee una interdicción total como una parcial, las fa-

disponer libremente de sus bienes, pero que es apta para dirigir su vida en aspectos no económicos o patrimoniales con conciencia y voluntad de sus actos. Por tanto, estima que la solución justa y legalmente adecuada está en limitar sus poderes de administración de conformidad con lo dispuesto en el art. 447.2 del C.G.P. y designarle un administrador cuyas facultades y obligaciones deberían ser establecidas por la sentencia, así como el plazo por el cual se impone esta medida de protección, el que sería prorrogable todas las veces que fuera necesario.

48 *A.D.C.U.*, T. XXVI, f. 409, pág. 145.

49 *A.D.C.U.*, T. XXIV, f. 642, pág. 205 y T. XXVII, f. 385, pág. 136.

50 *A.D.C.U.*, T. XXVII, f. 410, pág. 145

cultades judiciales deben ser utilizadas con rigurosa restricción, en el sentido de que si bien ninguna de las figuras afectan la indestructible capacidad jurídica de la persona, afligen a ésta de forma grave, en tanto para provocar efectos jurídicos por vía negocial será ineludible la actuación de un representante legal en su nombre o de un sujeto que lo asista. Con ellas, la autodeterminación del propio individuo es perjudicada: mientras con la interdicción total de los dementes desaparece, en la inhabilitación se mesura en los extremos que indiquen los magistrados. Empero, en cualquiera de los dos casos, comprobados los requerimientos que dan mérito a estas figuras, no creo que deban utilizarse con restricción los poderes judiciales para determinar la inhabilitación y no para la interdicción total. Ambos institutos están consagrados por el Derecho patrio y aunque en diversas ocasiones está ausente una reglamentación orgánica, son enteramente aplicables cuando se dan los supuestos fácticos que los enmarcan: demencia con imposibilidad de autotimón personal y patrimonial, para la incapacidad, alteraciones mentales que no adolezcan de tanta incidencia en el autogobierno del patrimonio de la persona, en el supuesto de inhabilitación.

En función de lo dicho, la inhabilitación o interdicción parcial es un instituto diferente a la interdicción plena, relativamente en sus presupuestos y absolutamente en sus remedios y en sus efectos.

Desde el punto de vista de sus presupuestos, la diferencia entre ambos tipos es relativa, de grado: la interdicción total presupone un demente y por ende, una persona con una ineptitud absoluta jurídicamente considerada para dirigir su persona y administrar sus bienes; en cambio, la interdicción parcial importa la existencia de un sujeto con una capacidad general de ejercicio, por tanto, con una volición apta, pero que, en virtud de una ineptitud negocial basada en disfunciones mentales, se le ha limitado

parcialmente su aptitud jurídica.

En cambio, las diferencias entre ambos *status iuris* es absoluta en lo que dice relación con sus remedios y efectos.

Con respecto a los modos de remediar la restricción de capacidad que está inmersa en cada instituto, es preciso tomar en consideración que el medio de subsanar la interdicción total es la representación por el curador (provisorio o definitivo) del incapaz, mientras que la interdicción parcial se repara con la asistencia que a quien se reputa que tiene una capacidad disminuida se le brinda por parte de su curador.

En cuanto a sus efectos, la actuación personal de quien es interdicto total genera siempre nulidad absoluta, mientras que la del inhabilitado, sin su asistente, se traduce en la nulidad relativa de los actos en aquellas órbitas en que su capacidad fue judicialmente restringida.

Tanto el demente como el inhabilitado están subyugados a una interdicción, pero la del primero es total o plena, pues alcanza la totalidad de sus relaciones jurídicas, mientras que la del segundo, solo se refiere a la imposibilidad de, con su sola voluntad, intervenir en ciertos negocios jurídicos de carácter patrimonial. En el primer caso, hay ineptitud de la voluntad para crear efectos jurídicos de cualquier naturaleza, so pena de la nulidad absoluta que padecen; en el segundo, hay una voluntad jurídicamente relevante, pero para ciertos negocios de tipo patrimonial, insuficiente.

En la órbita testamentaria, la ley impide testar a quienes están interdictos por demencia; el inhabilitado, por el contrario, es un sujeto capaz, aunque en ciertos terrenos se le restringe su capacidad; por ende, está habilitado para testar⁵¹. El único medio a fin

51 A igual conclusión arriban: ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, T. 2, 5ª. ed., Bs. As., Ed. Astrea, 2008, págs. 286 y ss. y MESSINEO, Francesco, *Manual de De-*

de anular el testamento que otorgue es probar que cuando lo otorgó estaba privado del libre uso de su razón, de conformidad con el ord. 3° del art. 831.

Ahora bien, está fuera de debate que cuando se ha determinado una inhabilitación por discapacidades intelectuales la probanza requerida para impugnar un testamento, en alguna medida puede variar, con respecto a lo que acontece para aquellos sujetos que no sufren ninguna especie de interdicción. En efecto, en tales casos, más que la prueba de la presencia de alteraciones mentales, ella se dirigirá –de ordinario– a la verificación de que se agravó la condición del sujeto desde el dictado de la sentencia inhabilitante, y que por ende, a pesar de no haber sido revisada en vía judicial, estaba privado del libre uso de la razón.

2.5. Imposibilidad de expresar claramente su voluntad. Según el ord. 4° del art. 831, no puede disponer por testamento «todo el que de palabra o por escrito no pudiese expresar su voluntad claramente».

O sea que aquel que es únicamente mudo (no sordo) y analfabeto, a pesar de no ser incapaz de obrar, no puede disponer mediante testamento.

Sin embargo, para el correcto entendimiento de la limitación, debe tenerse presente la modificación que sufrió el art. 1279 del C.C.U. por obra la ley n.° 17.535, de 25 de julio de 2001, según el cual «son absolutamente incapaces los impúberes, los dementes y las personas sordomudas que no puedan darse a entender por escrito ni mediante lengua de señas, según lo establecido en la Ley N° 17.378, de 25 de julio de 2001. En este último caso la intervención del intérprete de lengua de señas es preceptiva para decidir la incapacidad».

recho Civil y Comercial, T. VII, traducción de Santiago Sentís Melendo, Bs. As., Ediciones Jurídicas Europa-América, 1979, pág. 102, para quien «No es incapaz de testar el inhabilitado».

A raíz de ello, aquellos que sean mudos, o sordomudos, y no puedan darse a entender por escrito, desaparecieron del catálogo de incapaces absolutos, siempre y cuando pueden comunicarse mediante la llamada Lengua de Señas Uruguaya.

3. Conclusiones

Primera. El legislador uruguayo adoptó un criterio restrictivo en relación a las causas que por razón de incapacidad pueden llevar a la nulidad de un testamento. Se trata, vale decir, de supuestos que limitan la testamentifacción activa, pero que no podemos considerar que están formulados con un carácter taxativo, en virtud de la amplitud con que está formulada la previsión del ord. 3° del art. 831 del C.C.U. que incluye a todo sujeto privado del libre uso de su razón, cualquiera sea la causa que la motiva. Por consiguiente, fuera del caso de la ausencia de edad, interdicción o imposibilidad de manifestar la voluntad, en el caso del aludido ord. 3° del precepto –que es indudablemente el que mayores dudas presenta y el que se vuelve más alegado en la *praxis* forense para intentar la nulidad testamentaria–, la imposibilidad de otorgar un testamento válido puede originarse en causas de cierta habitualidad, como la presencia de patologías intelectuales persistentes (discapacidad intelectual congénita o adquirida), así como en hechos aislados o que no traducen la condición constante de la persona (*v. gr.* sonambulismo, hipnosis, delirio febril, drogadicción o embriaguez).

Segunda. Como derivación de la multiplicidad de escenarios susceptibles de plantearse en el marco de los litigios acerca de la validez o nulidad de un acto de última voluntad, dada la infinidad de patologías que pueden afectar a su autor, el legislador ha dejado un amplio ámbito de actuación a los órganos judiciales, puesto que éstos deben tomar en consideración factores que no pueden quedar comprendidos en una norma ju-

rídica. Como consecuencia, los aportes que desde otros reductos, como la medicina y en particular la psiquiatría, se realizan para la verificación de la condición mental de un sujeto suelen ser decisivos para la dilucidación de los conflictos que se presentan ante los tribunales. En la resolución de los litigios referidos a la nulidad testamentaria, los jueces gozan de la mayor libertad y discrecionalidad en aras a comprobar la situación del testador al otorgar el acto. Lo anterior resulta, como es palmario, de que si bien el legislador refiere de modo general a la causal anulatoria de la ausencia del libre uso de la razón, se abstiene de concretar el modo en que dicha circunstancia se prueba. Ello conduce en muchas oportunidades a que se dicten sentencias que son real o aparentemente contradictorias y que no siempre sea una tarea simple la de sentar las pautas o razonamientos empleados, al menos cuando no se conoce todo el material incorporado al litigio.

Tercera. Los tribunales patrios son particularmente severos con la prueba requerida para hacer caer un acto de última voluntad por falta del libre uso de la razón por parte del otorgante, con base en la intención de respetar lo expresado por éste y por la inseguridad que traería aparejada a las relaciones jurídicas que se procediese de otro modo. De ahí que se requiera probar: a) la presencia de una alteración o patología mental de cierta gravedad, que afecte el raciocinio del testador en virtud de la privación del libre uso de la razón; b) que la mencionada disfunción intelectual esté presente en el momento en que se otorga el testamento, aun cuando, a raíz de las dificultades probatorias que ello supone, se admite que la probanza respectiva se lleve a cabo mediante la constatación de que el sujeto no estaba en el libre uso de su razón en la época en que el acto fue otorgado o que antes del otorgamiento padecía la enfermedad y que ella era incurable, sin que sea preciso justificar dicho estado en el momento mismo en

que el acto se realizó; y c) la acreditación, a través de medios directos o indirectos, de la existencia de la patología e inhabilidad volitiva. A este respecto se exige que las probanzas arrimadas a la causa evidencien de modo concreto, inequívoco e irrefragable que faltaba una voluntad reputada apta, consciente y lúcida cuando se otorgó el acto.

Cuarta. Cualquier medio probatorio es hábil para convencer a los tribunales de la imposibilidad de que el testador emitiera una voluntad autónoma, libre y racional, correspondiendo a quien impugna el testamento —por aplicación de lo dispuesto en el inc. 2° del ord. 3° del art. 831 y por los principios generales que surgen del art. 139 del C.G.P.— la carga de la prueba. Con dicho marco conceptual, es patente que los indicios derivados del comportamiento del testador antes y después del otorgamiento del acto, en tanto signos que se desprenden de ciertos hechos y de los cuales se pueden inferir otros, pueden asumir relevancia en cuanto a determinar la condición en que se hallaba, de forma de colegir cuál era su real estado mental. Es ostensible, asimismo, que los informes periciales suelen aparecer como decisivos en la materia y que en el ámbito probatorio es donde adquieren su más considerable relevancia, con base en que pueden informar sobre las condiciones en que se encontraba el testador en un momento determinado de su vida mediante inducciones realizadas de los documentos con que cuentan para ello, así como ilustrar a los magistrados acerca de las derivaciones de ciertas patologías; no obstante, carecen de carácter vinculante para el tribunal, el que puede fallar separándose de lo dictaminado, cuando se estime que del resto del material probatorio arrimado a la causa resulta una conclusión diferente a lo que aseveran.

Quinta. Como verificación de lo dicho, de la lectura de la sentencia transcrita resulta como elemento básico para fundar la solución denegatoria de la nulidad a la que

arriba la mayoría del tribunal, la presencia de una contradicción entre lo que emerge de la pericia practicada (de la cual surge que cabe descartar que al otorgamiento del testamento el testador estuviera lúcido), y la deposición en la audiencia del profesional que la llevó a cabo (puesto que declara que las condiciones en que se encontraba el otorgante pueden ser sumamente variables en el tiempo, incluso en el mismo día). Junto con ese aspecto, se considera que de los testimonios brindados por el resto de los profesionales médicos que asistieron al testador, no se puede inferir más allá de toda duda razonable que estuviese privado de su razón, dado que —de haber sido así— en varias oportunidades se habría estampado dicha condición en la historia clínica del paciente. Y ello aun cuando en ocasiones su lucidez estaba comprometida por la patología que lo afectaba y la medicación que se le brindaba. Incluso se reveló por uno de los profesionales que el autor del testamento que se impugnó no estaba internado en el centro de recuperación por problemas siquiátricos, dado que sólo padecía depresión como trastorno.

Sexta. La mayoría del tribunal estima, además, que el proceder anterior y posterior al otorgamiento asumido por el testador abona la postura de que se trató de una emisión de voluntad consciente: por un lado, porque se consideró probado que antes del citado otorgamiento mantuvo conversaciones con la Escribana interviniente a efectos de la instrumentación del acto de última voluntad, y por otro, porque una vez que el testador egresó de su internación, está probado que tuvo períodos de lucidez y no desarrolló ninguna actividad tendiente a la revocación o para incoar la nulidad del instrumento testamentario otorgado.
