

Jornadas del Notariado Novel del Conosur 2017
23, 24 y 25 de noviembre, San Salvador de Jujuy, Argentina.-

LA INCOGNITA POST MORTEM

Tema I. Sucesiones Internacionales. Formas Testamentarias en el Mercosur.

Las Cleopatras

Contenido

Jornadas del Notariado Novel del Conosur 2017	1
INTRODUCCIÓN	3
DERECHO INTERNO	3
Definición de Testamento	3
Testamento otorgado a bordo.....	5
DERECHO INTERNO BRASILEIRO	5
A) Formas ordinarias de Testamento	5
B) Formas Especiales de Testamento. -.....	7
DERECHO INTERNO ARGENTINO	7
Testamentos Especiales.....	8
DERECHO INTERNO PARAGUAYO	10
Formas testamentarias	11
Formas testamentarias especiales:	12
Normas de Derecho Internacional Privado	14
a) La Capacidad para testar.....	14
b) Las formas del Testamento	15
Argumentos a favor del testamento ológrafo:	17
Argumentos en contra del testamento ológrafo.-.....	17
c) Contenido del Testamento.....	20
CASOS PRACTICOS	21

INTRODUCCIÓN

Como Escribanos, se nos puede plantear la incógnita de cómo actuar si llega a nuestro estudio un testamento otorgado en el extranjero que contiene disposiciones sobre bienes ubicados en territorio uruguayo. El objetivo de este trabajo es estudiar la normativa en las distintas jurisdicciones, como ser Uruguay Paraguay, Argentina y Brasil, brindando las herramientas necesarias para una resolución satisfactoria del caso concreto.

DERECHO INTERNO

Definición de Testamento

El testamento es un acto jurídico unilateral, esencialmente revocable, dispositivo de bienes que pudiendo contener otras funciones atípicas, como ser nombramiento de tutor o reconocimiento de hijo natural, su eficacia difiere en el tiempo, para lograr cumplirse recién después de la muerte del testador.

El testamento es personalismo (su formación no puede dejarse en todo o en parte al arbitrio de un tercero) y siempre escrito, una de sus características esenciales es la de ser un acto cuya eficacia se difiere en el tiempo, para cumplirse recién después de la muerte del testador.

El Código Civil uruguayo define al testamento como el acto esencialmente revocable por el cual una persona dispone, conforme a las leyes, de todo o parte de sus bienes para después de la muerte.

No pueden dos o más personas testar en un mismo acto, sea recíprocamente en provecho suyo o de un tercero.

Tipos de Testamentos en Uruguay

Existen varios tipos de testamentos en el derecho positivo uruguayo, actuando en la mayoría de ellos un escribano público, salvo en las excepciones previstas especialmente en la ley.

Podemos diferenciar el testamento en solemne y menos solemne o especial. Testamento solemne es aquel en que se han observado todas las solemnidades que la ley ordinariamente requiere, en cambio el menos solemne o especial es aquel en que pueden omitirse algunas de estas solemnidades, por consideración a circunstancias particulares determinadas expresamente por la ley.

A su vez, el testamento solemne puede clasificarse en abierto o cerrado. El primero es aquel en que el testador hace saber de sus disposiciones al Escribano y a tres testigos; mientras que el segundo es aquel en que no es necesario que el Escribano y los testigos tengan conocimiento de aquellas, debiendo intervenir en este caso cinco testigos conjuntamente con el escribano.

Los testamentos menos solemnes o especiales son los siguientes:

a) Testamento del Oriental que se hallare en el extranjero. Testamento Diplomático

El artículo 828 del Código Civil Uruguayo hace referencia al oriental que se hallare en país extranjero, quien podrá testar en instrumento público conforme a las leyes de ese país. La ley alude únicamente a las personas de nacionalidad uruguaya que estén en el extranjero, no dice domiciliados por lo que cabe admitir que puedan estar en el extranjero en forma transitoria, en uso de una beca de estudios, viaje de placer. Motivos laborales, etc.

Estas personas son las únicas que pueden testar mediante testamento diplomático consular. En dicho artículo está consignado quienes son los funcionarios autorizados para redactar este tipo de testamento: embajadores, encargados de negocios, secretarios, delegación o agentes consulares.

Los testigos del testamento serán por lo menos dos orientales o en su defecto, extranjeros domiciliados en la República o en el pueblo donde se otorgue el testamento. Se observarán en lo demás las reglas prescritas para el testamento solemne abierto. El instrumento llevará el sello de la Embajada, Legación, Consulado o Viceconsulado. Deberá ser también rubricado por el autorizante al principio y fin de cada página.

El artículo 829 del Código Civil expresa que una vez otorgado el testamento abierto se remitirá una copia certificada del mismo al Ministerio de Relaciones Exteriores de Uruguay, el cual legalizara la firma del agente diplomático o consular, pasará la copia por el conducto respectivo al juez letrado que corresponda para su protocolización por la Oficina Actuarial, y luego habrá que inscribirlo en el Registro de Testamentos.

La Ley 19.268 de fecha 25 de setiembre de 2014, tuvo como objetivo actualizar la Ley de Organización Consular vigente en la República que data del año 1906, tratando de ajustar su contenido a otro enfoque sobre la gestión consular basados en principios de simplificación. En su art. 28 literal c) restringió la actuación notarial de los funcionarios consulares a los actos jurídicos unilaterales, como ser poderes, testamentos, declaratorias, reconocimiento de hijos naturales, etc.

Testamento otorgado a bordo.

El capitán tiene funciones de Escribano Público en materia de testamentos. Las mismas son otorgadas y reguladas por los arts. 817 a 827 del Código Civil y 1133 a 1140 del Código de Comercio. El testamento debe otorgarse en presencia del capitán, el sobrecargo y dos testigos. El capitán debe anotar el hecho y el nombre del testador en el Libro de Rol. El testamento se otorga en dos ejemplares lacrados, uno de los cuales se entregará al cónsul del país en el primer puerto de arribo y el otro se entregará al Capitán del Puerto en el primer puerto nacional al que se llegue. El testamento realizado en el mar solo vale si el testador fallece a bordo o dentro de los 180 días de estar en tierra y en lugar donde haya podido testar en forma ordinaria, art. 824 Código Civil y art. 1138 Código de Comercio. Si el testador sobrevive, su testamento otorgado en el mar pierde valor.

DERECHO INTERNO BRASILEÑO

A) Formas ordinarias de Testamento

En el derecho brasileño se prevén dos formas testamentarias: las ordinarias (el testamento público, el testamento cerrado y el testamento particular) y las especiales.

a) *Testamento Público*: es aquel que debe seguir los siguientes requisitos so pena de ser considerado nulo:

- escrito por un tabelión (Escribano) o su sustituto legal en su libro de notas, de acuerdo con lo dictado o las declaraciones del testador;
- una vez labrado el documento, debe ser leído en alta voz por el tabelion al testador y los testigos simultáneamente, o por el testador si así lo quisiere, en la presencia de dichos testigos y del oficial;
- seguido a la lectura, el documento debe ser firmado por el testador, los testigos y por el tabelión;

Puede ser escrito manualmente o mecánicamente, o ser realizado por la inserción de la declaración de voluntad de las partes impresa del libro de notas, rubricadas todas las paginas por el testador.

El tabelion (Oficial público) es el que, por su fe pública, declara el cumplimiento de todas estas formalidades. En caso de faltar alguna de estas formalidades, además de ser el testamento nulo, responde el tabelion civil y criminalmente.

b) *Testamento Particular o Privado*: es aquel escrito de puño y letra o mecanografiado por el testador y difiere al testamento cerrado, porque no está subordinado a la aprobación del tabelion.

Debe seguir los siguientes requisitos:

- si es escrito de puño y letra del testador, debe ser leído y firmado en presencia de por los menos tres testigos que también deben suscribirlo.
- en caso de ser mecanografiado, no puede contener rasuras o espacios en blanco, debe firmarlo el testador luego de ser leído en presencia de al menos tres testigos que también deben suscribirlo.

El testamento podrá redactarse en lengua extranjera, si por lo menos tres testigos presentes en el acto, comprenden dicha lengua.

c) *Testamento cerrado*: Es el testamento escrito por el testador, o por otra persona, a su ruego, siempre que sea firmado por el primero.

Este testamento sera valido si contempla las siguientes formalidades:

- que el testador lo entregue al tabelion en presencia de dos testigos
- que el testador declare que aquel es su testamento y quiere que sea aprobado;
- que, inmediatamente, en presencia de testigos, el oficial tabelion labre el auto de aprobación y lo lea luego al testador y testigos;

Este tipo de estamento podrá ser escrito en lengua nacional o extranjera por el propio testador o por otro a su ruego.

B) Formas Especiales de Testamento. -

Son formas provisionales de testar (marítimo, aeronáutico o militar). Si el testador no falleciere durante el viaje o combate y si dentro de noventa días de cesado el evento impeditivo el testador no comparece ante un tabelión para realizar el testamento bajo la forma ordinaria, el especial quedara sin efecto.

Los testamentos marítimos y aeronáuticos deben contar con los siguientes requisitos:

- en los buques nacionales, de guerra o mercantes se puede testar ante el comandante en presencia de dos testigos por la forma que corresponda al testamento público o al cerrado y el registro serpa realizado en el diario de bordo.
- quien estuviera en viaje a bordo de aeronave militar o comercial puede testar ante persona designada por el comandante, observando los demás requisitos

Las personas militares o no, que estuvieran al servicio de las Fuerzas Armadas en campaña, dentro o fuera del País o en plaza sitiada, con las comunicaciones cortadas o heridas pueden otorgar un testamento bajo la forma nuncupativa, confiando su última voluntad a dos testigos. Dicho testamento no tendrá validez si el testador no fallece en la guerra o se recuperare de sus heridas.

DERECHO INTERNO ARGENTINO.

En Argentina el Testamento es definido como un acto escrito, celebrado con las solemnidades establecidas en la ley, por el cual una persona dispone de todo o parte de sus bienes para después de su fallecimiento.

Según el artículo 2479 del Código Civil y Comercial de la Nación el testamento por acto público se otorga mediante escritura pública, ante el escribano autorizante y dos testigos hábiles, cuyo nombre y domicilio se deben consignar en la escritura. El testador puede dar al escribano sus disposiciones ya escritas o solo darle por escrito o verbalmente las que el testamento debe contener para que las redacte en la forma ordinaria. Concluida la redacción del testamento se procede a su lectura y firma por los testigos y el testador. Los testigos deben asistir desde el comienzo hasta el fin del acto sin interrupción, lo que debe hacer constar el escribano.

Testamentos Especiales

a. Testamento Militar. -

Es una forma de testar de la cual solo puede hacer uso determinadas personas en condiciones especiales y durante la época de conflicto armado. La doctrina hace hincapié, en que durante los tiempos de paz todos los militares deben testar llenando las formalidades comunes.

Conforme al artículo 3672 del Código Civil y Comercial del Nación, los individuos habilitados para testar de esta manera, son los militares que se hallen en una expedición, o en un cuartel fuera del territorio de la República Argentina, los voluntarios, los prisioneros de guerra, los cirujanos militares, el cuerpo de intendencia, los capellanes, los científicos o las personas de ciencia agregados a la expedición y quienes los asistan o sirvan.

Conforme al artículo 3677 del mismo Código, el escrito militar deberá ser mandado al Cuartel General, y con el pase positivo del Jefe del Estado Mayor, que acredite el grado o calidad de la persona ante quien se ha otorgado, se enviara al Ministerio de Guerra. Este deberá remitirlo al Juez del ultimo domicilio del autor, a los efectos de su protocolización. Para el supuesto de que no se conociere el domicilio del testador el escrito de última voluntad será enviado al Juzgado de la Capital de la República, donde continuará su curso.

b. Testamento Marítimo. -

La ley facilita el acto de última voluntad a quienes se encuentren a bordo de un buque debido a la extraordinariedad de la situación, sean los testadores, oficiales, o tripulantes del mismo. El barco debe ser de bandera argentina, no existiendo diferencia alguna si se trata de navegación en aguas abiertas o jurisdiccionales o en buque de guerra o comercial. Este tipo de testamento comprende tanto la navegación por mar como fluvial, debiendo extenderse la hipótesis al otorgado mientras el artefacto se encuentre navegando.

Solemidades Especificas:

- forma escrita: sin esta solemnidad el testamento marítimo no surte efecto, ya que la escritura es parte esencial del acto.
- tres testigos;
- fecha de suscripción: es relevante a los efectos de la vigencia o caducidad del acto de última voluntad, y a los presupuestos de la capacidad de su autor-
- firma del testador: bajo pena de nulidad debe encontrarse signado por su autor, salvo que no sepa o no pueda hacerlo.

El testamento debe ser conservado y custodiado entre los papeles más importantes del barco, tomándose nota de este en el diario del buque. Uno de los ejemplares será entregado por el capitán al agente diplomático o al cónsul argentino del primer puerto del exterior al cual arribe el barco. La segunda copia la conservara el comandante del buque.

c. Testamento en caso de Peste

Reconoce su origen en el digesto del derecho Romano cuya normativa era menos estricta que la Argentina actual. Constituye un supuesto especial, en el cual el oficial municipal se encuentra facultado para recibir la voluntad póstuma de las personas en los casos de peste, siendo este el requisito esencial.

La normativa civil dispone que de no encontrarse un notario con el cual pueda hacerse un testamento público, podrá otorgarse la última voluntad, ante un municipal o ante el jefe del Lazareto, respetando las solemnidades prescritas para los testamentos por acto público.

d. Testamento Ológrafo

Según establece el artículo 2477 del Código Civil y Comercial de la Nación, el testamento ológrafo debe ser íntegramente escrito con los caracteres propios del idioma que es otorgado, fechado y firmado por la mano misma del testador. La falta de alguna de estas formalidades invalida el acto, excepto que contenga enunciaciones o elementos materiales que permitan establecer la fecha de una manera cierta. La firma debe estar después de las disposiciones, y la fecha puede ponerse antes de la firma o después de ella.

El error del testador sobre la fecha no perjudica la validez del acto, pero el testamento no es válido si aquel le puso voluntariamente una fecha falsa para violar una disposición de orden público.

No es indispensable redactar el testamento ológrafo de una sola vez ni en la misma fecha. El testador puede consignar sus disposiciones en época diferentes, sea fechándolas y firmándolas por separado, o poniendo todas ellas la fecha y la firma el día que termine el testamento.

DERECHO INTERNO PARAGUAYO

Toda persona que haya cumplido diez y ocho años puede disponer por testamento de la totalidad o parte de sus bienes-. La ley del dominio del testador, al tiempo de otorgar testamento, rige su capacidad para testar.

La validez del contenido del testamento, se juzga según la ley en vigor en el domicilio del testador al tiempo de su muerte.

Carecen de capacidad para testar los sordomudos que no sepan darse a entender por escrito y los que al tiempo de otorgar el testamento tuvieren alteradas sus facultades mentales.

Es nulo el testamento hecho recíproca y conjuntamente, por dos o más personas en un mismo instrumento, aunque sea en favor de tercero, e igualmente los testamentos que, a título de disposición recíproca y mutua, otorgaren por separado dos o más personas.

Las disposiciones testamentarias deben ser la expresión directa de la voluntad del testador. Este no puede delegarlas ni dar poder a otro para testar, ni dejar ninguna de sus disposiciones al arbitrio de un tercero.

Formas testamentarias

Las formas ordinarias de testar son: el testamento ológrafo, el testamento por acto público y el testamento cerrado, los cuales están sometidos a las mismas reglas en lo que concierne a la naturaleza y extensión de las disposiciones que contengan, y tienen la misma eficacia jurídica.

La validez del testamento, en cuanto a la forma, depende de la observancia de la ley que rija al tiempo de su otorgamiento. Una ley posterior no trae cambio alguno, ni a favor ni en perjuicio del testamento, aunque sea dada en vida del testador.

Los testamentos hechos en el territorio de la República de Paraguay deben ser otorgados en alguna de las formas establecidas en su Código Civil, sean paraguayos o extranjeros los testadores. El testamento hecho en el extranjero, sólo tendrá efecto en el país, si fuese formalizado por escrito, y siempre que lo otorgare personalmente el testador, de acuerdo con las leyes del lugar, o según la del país a que el testador pertenezca, o según las formas prescritas.

a. Testamento Ológrafo

El testamento ológrafo debe ser totalmente escrito, fechado y firmado de puño y letra del testador en todas sus hojas. Si por mandato del otorgante, una parte del instrumento fuere de mano extraña, el acto será nulo.

El testamento ológrafo puede ser escrito en cualquier idioma, empleando los caracteres que le son propios.

Las disposiciones del testador escritas después de su firma deben ser fechadas y firmadas por él para que puedan valer como disposiciones testamentarias.

El testador no está obligado a redactar su testamento de una sola vez, ni bajo la misma fecha. Si escribe sus disposiciones en épocas distintas, pueda datar y firmar cada una de

ellas separadamente o poner en todas las fechas y la firma, el día en que termine su testamento.

El testador puede, si lo juzgare más conveniente hacer autoriza su testamento con testigos, ponerle su sello, o depositarlo en poder de un escribano, o usar de cualquiera otra medida que dé más seguridad de que es su última voluntad.

El testamento ológrafo, aun después de su protocolización, podrá ser impugnado por todos aquéllos a quienes perjudique.

Testamento por instrumento público.

El testamento por instrumento público debe ser otorgado antes un escribano y tres testigos residentes en el lugar. No podrá autorizarlo el notario que fuere pariente del testador dentro del cuarto grado de consanguinidad o afinidad inclusive, o cuyo consorte se hallare en el mismo caso.

b. Testamento cerrado.

El testamento cerrado puede ser escrito en papel común por el testador u otra persona, a mano o a máquina, y deberá ser rubricado en todas sus hojas y firmado por el otorgante. Si el testador no pudiere firmar, deberá expresarse la causa y firmará una persona a ruego suyo. Son aplicables, en lo pertinente, a esta forma de testar las disposiciones relativas al testamento ológrafo.

El testador presentará y entregará al escribano su testamento en un sobre o cubierta cerrado en presencia de cinco testigos domiciliados en el lugar, manifestando que dicho pliego contiene su testamento.

El escribano dará fe de la presentación y entrega, extendiendo el acta en la cubierta del testamento, que firmarán con él, el testador y todos los testigos que puedan hacerlo. Por los que no lo hagan firmarán a ruego los otros testigos. No deberán ser menos de tres los que sepan firmar por sí mismos. Si el testador no pudiere hacerlo por algún impedimento sobreviniente, firmará por él otra persona.

Formas testamentarias especiales:

Los militares que formaren parte de una expedición o se hallaren en un cuartel, guarnición, o destacamento en lugar alejado de una población, en que no haya

escribano, o situado fuera de la República, y las personas agregadas a esas fuerzas, como asimismo los prisioneros podrán testar ante un auditor de guerra, un capellán, un oficial de grado no inferior al de capitán, o a un asimilado de igual jerarquía. Si el que desea testar se hallare en un puesto o destacamento, podrá hacerlo ante el jefe de él, aunque fuere de grado inferior.

Si el que quiere otorgar testamento se hallare enfermo o herido podrá hacerlo ante el médico que lo asista.

El testamento se hará por escrito en presencia de dos testigos y expresará lugar y fecha en que se otorga y todas las indicaciones necesarias para identificar al testador. Consignará, asimismo, el estado de éste, si estuviere enfermo o herido. El testamento deberá ser firmado por el otorgante, por la persona ante quien se extiende y los testigos. Si el testador no sabe o no puede firmar se lo hará constar y firmará por él uno de los testigos, de los cuales uno al menos debe saber firmar. Los testigos deben tener dieciocho años cumplidos.

Si el testador falleciese antes de los noventa días subsiguientes a aquél en que hubieren cesado con respecto a él las circunstancias que lo habilitan para testar militarmente, valdrá su testamento como si hubiere sido otorgado en la forma ordinaria. Si el testador sobreviviere a este plazo, su testamento caducará.

En caso de fallecimiento del otorgante, el testamento deberá ser remitido al Ministerio de Defensa Nacional por vía jerárquica correspondiente, para ser enviado al juez del último domicilio del testador a los efectos de su protocolización. Si no se conociere éste, se lo remitirá para el mismo fin al juez de turno a la capital.

Los que naveguen en un buque de guerra de la armada nacional podrán testar ante el comandante del buque, o su segundo, y tres testigos. El testamento debe ser fechado. Se extenderá un duplicado con las mismas firmas que el original. El testamento será custodiado por el capitán de la nave, y se hará mención de él en el diario de navegación.

Si el buque, antes de volver a la República, arribare a un puerto en que haya un agente diplomático o consular paraguayo, el comandante le entregará un ejemplar del testamento, y dicho agente lo remitirá al Ministerio de Relaciones Exteriores, para los efectos dispuestos respecto del testamento militar. Si el buque volviere a la

República, lo entregará al Comando de la Armada para que, a iguales efectos, lo remita al Ministerio de Defensa.

El testamento en buque de la Armada Nacional o de la marina mercante no valdrá sino cuando el testador falleciere antes de desembarcar o antes de los noventa días subsiguientes al desembarco.

Los militares embarcados en un buque del Estado para una expedición, pueden otorgar testamento militar o marítimo. Si en caso de epidemia grave no hubiere en una población escribano ante el cual pueda otorgarse testamento, podrá hacerse ante un miembro de la Junta Municipal, un sacerdote o el Director del Hospital o Centro de Salud.

Normas de Derecho Internacional Privado

a) La Capacidad para testar

El artículo 45 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 establece que “La misma ley de situación (de los bienes hereditarios) rige: a) la capacidad de la persona para testar.”

A modo de ejemplo, para el caso de un testamento con bienes radicados en Bolivia, Colombia, Perú y Uruguay la capacidad para testar, será determinada por la ley de cada país. Esta solución presenta el inconveniente de que la misma persona simultáneamente puede ser capaz o incapaz, según el lugar donde estén situados los bienes.

El Tratado de 1940 omite este literal, por lo que la capacidad para testar en el caso del testamento referidos a bienes exclusivamente radicados en Argentina, Paraguay y Uruguay se rige por el principio general de la ley del domicilio (artículo 1).

La “capacidad” para testar en Uruguay tiene dos soluciones diferentes: a) El Código Civil, en artículo 831 establece: “no pueden disponer por testamento los impúberes, varones menores de 14 y mujeres menores de 12 años. Los que hayan cumplido respectivamente esa edad, podrán testar libremente, aunque se hallen bajo la patria potestad.” Nuestro derecho parte de la óptica de que la capacidad en toda persona

es la regla y la incapacidad es la excepción. El momento de juzgar la capacidad para testar en nuestro derecho deberá ser valorado al otorgarse el testamento.

b) Las normas nacionales de DIPr que contiene el Apéndice del Código Civil, más específicamente el artículo 2393, establece “El estado y la capacidad de las personas se rige por la ley de domicilio”. Sin embargo, el artículo 2400 consigna que “la ley del lugar de situación de los bienes hereditarios al tiempo del fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trata, rige todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria

La capacidad para testar se rige por la solución dada del art. 2393 de Apéndice Código Civil es decir por la ley del domicilio. Se rige por el principio general.

b) Las formas del Testamento.

Cada legislación impone sus propias formalidades al testamento. Si la forma del testamento la hacemos regir por la ley de la sucesión y si ha aceptado el criterio de la pluralidad de sucesiones (como ocurre en nuestra legislación) las formalidades a respetar serán tantas como las permitidas en cada Estado, donde se tramiten las sucesiones del mismo causante. En conclusión, una regla directa que resuelva de una manera uniforme el problema de la forma testamentaria.

La forma de las disposiciones de última voluntad las sometemos a la ley del lugar de otorgamiento, o sea la regla *locus regit actum*, esto tiene la ventaja que se admite una única ley para regular este aspecto, la cual será válida extra territorialmente.

La solución que dan los Tratados de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y 1940 es doble: si bien establecen como principio general que la forma del testamento se regula por la ley del lugar de la situación de los bienes hereditarios, sin embargo, contiene un inciso final al artículo 44, donde crean una solución sustantivo material.

El inciso final del artículo 44 del Tratado de 1889 dice: “no obstante el testamento otorgado por acto público en cualquiera de los Estados contratantes será admitido en todos los demás.” En cambio, en el inciso del mismo artículo, pero del Tratado de 1940 difiere en la solución “el testamento abierto o cerrado otorgado por acto solemne en cualquiera de los Estados contratantes será admitido en todos los demás”.

El primer caso referido a “acto público” es sinónimo de instrumento público, escritura pública o acta notarial. En el segundo, se atenúa la exigencia formal al hacer referencia a “acto solemne” que sería aquel acto sujeto a la observancia de determinadas formalidades especiales, de modo que sin ellas no produce ningún efecto civil. Por ejemplo, el testamento ológrafo (aquel redactado en puño y letra firmado por el testador), sería un acto solemne en cuanto estas son las exigencias para que se lo considere como tal, pero no sería un acto público porque se está ante la ausencia de autoridad notarial, judicial o administrativa que autentique el acto.

Por ejemplo, si un testamento llega desde Argentina o Paraguay a Uruguay, respecto a las formas debe venir en acto solemne, y no en acto público. Debemos recordar que las formas instrumentales se relacionan al lugar del otorgamiento y el fondo del asunto es el derecho positivo uruguayo. En consecuencia, el testamento ológrafo se considera solemne en Argentina porque exige ciertos requisitos para su validez, debe ser redactado por el testador de puño y letra y firmado por él. Ahora, ¿Si el testamento ológrafo que cumplió con todos los requisitos y solemnidades de Argentina se quiere hacer valer en Uruguay, como actuamos frente a ello? En el derecho interno uruguayo no aceptamos el testamento ológrafo porque hacemos hincapié en la garantía de que sea la última voluntad de testador. Sin perjuicio de ello, si el testamento ológrafo cumple con todas las solemnidades establecido por el Derecho Argentino y Paraguayo debe ser aceptado en nuestro país.

El Apéndice del Código Civil no regula ni habla de acto público o solemne. Si utilizáramos la categoría del artículo 2399 del Código Civil (acto jurídico) diríamos que el testamento se regula por la ley del lugar de celebración en cuanto a su forma. Si celebro válidamente un testamento en ese lugar, en Uruguay debe ser reconocido. Si nos amparáramos en esta idea se deberían reconocer los testamentos ológrafos otorgados en los países con los cuales no nos vincula ningún tratado. Esta postura no es la única, Vaz Ferreira afirmaba que la sucesión se califica dentro de la categoría del artículo 2400 del Código Civil, en donde no regula las formas testamentarias estrictamente. Debido a esto, se produce un vacío, no hay una norma de derecho internacional privado de fuente nacional, por lo cual debo integrar con el artículo 16 del Código Civil, que me remite a la ley posterior en el tiempo. Esta ley es el tratado de 1940, por la cual se debería reconocer la validez del testamento ológrafo. Sin embargo, este autor afirma que la laguna del apéndice

debe llenarse recurriendo a la doctrina más recibida, la cual entiende que en este punto está contenida en la solución del Tratado de 1889, por lo que reconoce la eficacia extraterritorial al testamento otorgado en el extranjero por acto público, excluyendo al testamento ológrafo.

Argumentos a favor del testamento ológrafo:

- La solemnidad es solo una especie de la forma y el tratado contiene una disposición específica referida a las solemnidades de los actos jurídicos (artículo 36), donde se establece que ellas se rigen por la ley del lugar donde se celebren u otorguen.

-si se sostiene que nuestras formas testamentarias son de orden público internacional que descartarían la ley extranjera aplicable, conduciría a la validez territorial de las formas de los actos de última voluntad no respetando el propósito del Tratado.

- las posibilidades de captación, de violencia y aun de falsificación que se le imputan a la forma ológrafa no son exclusivas de esta clase de testamentos, sino que pueden aparecer, en aquellos otorgados en acto público.

- el testamento ológrafo no puede ofender principios esenciales de nuestro ordenamiento jurídico.

- el artículo 811 y siguientes del Código Civil Uruguayo atienden situaciones particulares que se aproximan al testamento ológrafo “por efecto de un ataque o accidente repentino, se hallare en peligro inminente la vida y en donde no hubiere escribano podrá otorgar el testamento por escrito ante tres testigos de los cuales por lo menos dos sepan firmar”. Luego se refiere a la situación “se encuentre en una población incomunicada, por razón de peste u otra enfermedad contagiosa o podrá asimismo testar como en el caso anterior”.

Si la persona muere luego de testar, ese testamento es válido y deberá seguirse un procedimiento judicial de reconocimiento y de aseveración del peligro en la que se encontraba el testador. Si sale con vida deberá otorgar testamento solemne y el anterior caducará.

Argumentos en contra del testamento ológrafo.-

- se facilita la posibilidad de una falsificación o alteración, al no tener una matriz pública ni un registro.
- se puede desconocer su existencia.
- puede destruirse u ocultarse.
- se facilita la falsificación ideológica de alterar la fecha del testamento para hacerlo aparecer como anterior al estado de incapacidad del testador.
- se abren las puertas a la coacción física o moral de forma directa.
- pudo haberlo otorgarlo en estado de ebriedad, bajo la influencia de poderosos psicofármacos.
- la preocupación se presenta al final de la vida con los adultos mayores, muchos internados quedan sometidos a toda clase de presiones psicológicas o físicas.
- los testamentos solo puede ser atacados una vez que el testador ha fallecido, surgiendo muchas veces imposible la prueba del estado de inconciencia del testador.

Según Von Ihering la forma es el contenido desde el punto de vista de su visibilidad, está la supone siempre a aquella, porque no existen formas sin contenido. Para admitir la existencia de la voluntad jurídica es preciso, tener la posibilidad de su reconocimiento y ello solo podrá obtenerse mediante su manifestación exterior.

Deben distinguirse en materia de forma: a) las formalidades intrínsecas o vicesares del negocio jurídico, que regulan el acto jurídico en sí mismo, la ley de fondo del contrato (como lo son, por ejemplo, en el contrato de compraventa el consentimiento, la cosa y el precio), de las b) formalidades extrínsecas, o sea el modo en que la relación jurídica debe darse a conocer, las solemnidades que deben reunirse, esto es si debe redactarse por medio de un documento público o un documento privado, etc. Y dentro de estas formalidades extrínsecas podemos distinguir las formas instrumentales, que hacen referencia a los requisitos que debe llenar ese documento público o privado, son regidas en sede del Dipr por la regla locus regit actum. Siendo la forma, la exteriorización de la voluntad que dio a luz el acto jurídico, sería congruente que la misma ley que regula el fondo de dicho acto regulara las formalidades extrínsecas e instrumentales. Situación que se da en sede de contratos nacionales.

La regla del locus regit actum

Significa el lugar que rige el acto, no aclarando de qué lugar se trata ni que parte o elementos del acto cae en su dominio, la palabra locus podría referirse al lugar de la celebración, al lugar del perfeccionamiento, o al lugar del cumplimiento. La expresión acto podría referirse a todo hecho del hombre.

Tratado Civil de Montevideo de 1889: este tratado no hace referencia estrictamente a la materia de la contratación internacional, si se refiere a los actos jurídicos en general. En cuanto a la forma de estos actos jurídicos, el artículo 32 que expresa: La ley del lugar donde los contratos deben cumplirse decide si es necesario que se hagan por escrito y la calidad del documento correspondiente. El artículo 39 refiere a las formas de los instrumentos públicos, esta se rige por la ley en que se otorgan. Los instrumentos privados por la ley del cumplimiento del contrato respectivo. El primer artículo hace referencia a las solemnidades externas, o sea a aquellas solemnidades de los cuales depende la validez o nulidad del contrato, en tanto el segundo contempla las formalidades instrumentales, estos son los requisitos externos que deben reunir los actos jurídicos.

Los congresistas del año 1889 trataron de consagrar la unidad del régimen atinente a los actos, estableciendo que la ley del cumplimiento regulaba tanto el fondo como la forma de la obligación, con la única excepción de los instrumentos públicos, estos últimos se regulan por la ley del lugar de su otorgamiento, según lo dispone el artículo 39. Fundándose en la idea de que, al tratarse de instrumentos públicos, los requisitos y formalidades de su otorgamiento constituía materia de orden público, para el orden jurídico del lugar donde se extendían, y un funcionario público no podía cumplir con las formalidades de una ley ajena. Con respecto a los documentos privados, que son simples medios probatorios, se considera preferible someterlos a la ley del lugar de ejecución del acto jurídico, lugar donde se producirían las pruebas en caso de litigio, no así en el caso de las formas intrínsecas de las instrumentales propiamente dichas.

El Tratado Civil de Montevideo del 1940 en su artículo 36 alude a la ley que rige los actos jurídicos, esta decide sobre la calidad del documento correspondiente. Las formas y las solemnidades de los actos jurídicos se rigen por la ley del lugar donde se celebran u otorgan. Los medios de publicidad por la ley de cada Estado. La norma se refiere, en primer lugar, a las solemnidades intrínsecas o viciales, que se

regulan por la ley a que está sometido el régimen jurídico del acto o contrato en sí mismo. Como expresa el Dr. Gustamante Rivero, si la solemnidad es una de las condiciones sustanciales para la validez del acto o contrato, deben estar regidas por la misma ley que normativiza las características esenciales inherentes a su naturaleza. La importancia del acto a celebrarse hace referencia al medio del cual el mismo se desarrolla, y por ende esa ley es la que debe regular las solemnidades que deben cumplirse. En segundo lugar, hace referencia a las formas instrumentales, consagrando en la forma pena la regla del locus regit actum, tanto a lo que respecta a documentos públicos o privados.

En conclusión, es importante saber distinguir las formas extrínsecas, es decir como debe ser el acto, público o solemne (Tratados de 1889, 1940 y Apéndice del Código Civil), de las formas instrumentales, o sea, como debe redactarse el documento (ley del lugar de otorgamiento) y el fondo del testamento (lex rei sitae).

c) Contenido del Testamento

El artículo 45 del Tratado de 1889 establece: “La misma ley de la situación rige: c) la validez y efectos del testamento de los títulos y derechos hereditarios de los parientes y del cónyuge supérstite; e) la existencia y proporción de las legítimas; f) la existencia y el monto de los bienes reservables, g) en suma, todo lo relativo a la sucesión legitimo testamentaria.”

Al admitirse la pluralidad de sucesiones (en cuanto se tendrá en cuenta el lugar de situación de los bienes para abrir allí una sucesión) el contenido del testamento estará condicionado a esa pluralidad, por ejemplo:

- el orden de llamamiento varia de país a país, en tanto una misma persona podrá ser heredero legitimo en una y no en otra;
- en todas partes una persona tendrá derecho a disponer de su parte de libre disposición, pero la proporción puede variar de país a país
- el cónyuge supérstite podrá concurrir como heredero en la sucesión de un Estado o solo como cónyuge porcionero
- esta última calidad será compatible o no con la titularidad de bienes propios que de ella pueda detentar.

a) Validez del testamento otorgado en España. Consulta por Notario Español Enrique Giménez. Autor: Saul D. Cestau.

XX, argentino, viudo reside habitualmente en la República Oriental del Uruguay. Posee en dicho país una estancia y tiene tres hijos legítimos, que son mayores de edad y residen en Europa. XX se propone testar en España ante un notario español y desea disponer en su testamento: a) que el inmueble que posee en Uruguay se mantenga pro indiviso entre sus tres hijos, a lo que instituirá heredero por partes iguales, durante el plazo de X años; b) que después de transcurridos dichos años, sus hijos o quienes lo representen prorroguen la indivisión mediante pacto por X años más; c) que tres abogados, dos españoles y uno argentino desempeñen las funciones de albacea y contadores partidores, distribuyendo los bienes muebles entre los tres hijos y administrando los inmuebles, dividiendo los rendimientos líquidos entre los herederos durante los años de indivisión testamentaria.

Informe del Escribano Saul Cestau. Entre Uruguay y España no existe ningún tratado que haga inaplicable al caso las reglas de derecho internacional privado insertadas en el Código Civil. El Código Civil Uruguayo, dispone: Artículo 6: *“Las formas de los instrumentos públicos se determina por la ley del país en el que han sido otorgados, y en los casos que las leyes orientales exigieren instrumento público para pruebas que han de rendirse y producir efecto en la República, no valdrán las escrituras privadas cualquiera que sea la fuerza de estas en el país en el que hubieren sido otorgadas”*. Artículo 2398: *“los bienes, cualesquiera sean su naturaleza son exclusivamente regidos por la ley del lugar en el que se encuentren en cuanto a su calidad, a su posesión, a su enajenabilidad absoluta o relativa y a todas las relaciones de derecho de carácter real de que sean susceptibles”*. Artículo 2399: *“los actos jurídicos se rigen en cuanto a su existencia. Naturaleza, validez y efectos por la ley del lugar de su cumplimiento”*. Artículo 2400: *“La ley del lugar de situación de los bienes hereditarios al tiempo del fallecimiento de la persona de cuya sucesión se trate, rige todo lo relativo a la sucesión legítima o testamentaria”*. Artículo 2402: *“No se aplicarán en nuestro país, en ningún caso. Las leyes extranjeras que se opongan a principios esenciales del orden público”*.

De conformidad con la ley, y la doctrina uruguaya podemos decir: 1. a la muerte del causante la propiedad y la posesión de la herencia pasan de pleno derecho a los herederos del difunto (art. 1039 Código Civil Uruguayo). 2. la partición de la herencia puede siempre pedirse cualquiera sea la prohibición del testador o el pacto que haya en contrario (art 1115 Código Civil Uruguayo) 3. el testador puede conferir a los albaceas la tenencia de los bienes, pero ello no importa quitar a los herederos el dominio y la posesión que sobre los mismos le corresponde. La tenencia del albacea es simplemente mera tenencia (art. 653 Código Civil Uruguayo). 4. El albacea, aun cuando sea con tenencia de bienes y el testador le haya encomendado su administración, está legalmente impedido de administrar (art. 454 Código Civil Uruguayo y 1129 del Código Proceso Civil). 5. el testador no puede ampliar las facultades de los albaceas según se hallan definidas en la ley (art. 987 Código Civil Uruguayo). 6. está prohibido a los albaceas llevar a efectos las disposiciones del testador, en lo que fueren contrarias a nuestras leyes, so pena de nulidad y de considerárseles culpables del dolo (art. 8 y 990 del Código Civil Uruguayo). 7. ante la falta de un texto expreso la doctrina uruguaya admite sin excepciones que son absolutamente nulas las particiones extrajudiciales en que los interesados no han concurrido por si ni por legítimo representante. 8. se tienen por provisionales las particiones judiciales que no han sido aprobadas por el juez competente previa audiencia del ministerio público (art. 1130 y 1146 del Código Civil Uruguayo). Por lo expuesto, Cestau afirma que el testamento de XX no va a poder ser ejecutado en Uruguay si se le otorga la forma proyectada, que la prohibición de partir los bienes situados en Uruguay impuesta por XX o prorrogadas por sus herederos, carecerá de validez, que las leyes uruguayas se resisten a admitir la existencia de albaceas con funciones ejecutivas tan amplias como las que se propone conferirles XX, que la partición realizada en España por los albaceas de los bienes ubicados en Uruguay sin concurrencia ni aprobación de los herederos será nula.

b) Testamento otorgado en Uruguay revocatorio de otro otorgado en el extranjero (Argentina). Consulta por Dinorah Arrambide. Autor: Comisión de Derecho Internacional Privado A.E.U.-

Con fecha 28 de febrero de 2002 la señora XX, nacida en Hungría, naturalizada argentina y domiciliada en dicho país y también ocasionalmente en Uruguay, en donde tiene una propiedad a la cual viene a pasar temporadas otorgó testamento

abierto en Montevideo, por el cual lego a dos ciudadanas uruguayas amigas, la propiedad referida, una unidad de propiedad horizontal, único bien que poseía en Uruguay. En dicho testamento se observaron todas las solemnidades requeridas para este tipo de acto en Uruguay, y se nombró albacea a efectos de que entregara el legado llegado el caso. El profesional interviniente sabiendo de que la testadora había otorgado otro testamento en el año 2001 en Argentina, en el cual había instituido herederos a cuatro sobrinos, redactó el testamento otorgado en Uruguay en los siguientes términos (con el objeto de no interferir en el argentino) *“CUARTO. Sin perjuicio de disposiciones testamentarias que hubiera realizado en la República Argentina, revoca todo otro testamento que aparezca o se le atribuya en la República Oriental del Uruguay, queriendo validar el presente por ser la expresión de su última voluntad”*. El testamento otorgado en Uruguay fue estudiado por el escribano de la testadora en Argentina, a instancia de los herederos instituidos, para determinar si este podría revocar al anterior otorgado en Argentina.

La consultante considera que el testamento otorgado en Uruguay no revoca de ningún modo el otorgado en la República Argentina, y en la confección del mismo, que no fue autorizado en su protocolo, coincide con el profesional autorizante basando su posición en los artículos 854 y 1005 del Código Civil Uruguayo, 32, 44 y 45 del Tratado de Derecho Internacional Civil del 1940. Asimismo se debe tener presente que la naturaleza de las asignaciones dispuestas por el testamento son diferentes: institución de herederos en Argentina y legado en Uruguay. Por dicha razón se considera que ambos documentos son compatibles. La Comisión de Derecho Civil dio su acuerdo a lo manifestado por la consultante.

ALGUNAS REFLEXIONES

A raíz de la tramitación de una sucesión, ¿cuándo el Escribano solicita un certificado de testamentos, como puede tener la certeza jurídica de que no exista otro testamento otorgado fuera del país?

Este cuestionamiento se encuentra directamente vinculado a la necesidad latente de crear un Registro Americano de Testamentos. Actualmente, en la práctica, el gran dilema se presenta en las formas publicitarias. Al ser éstas territoriales, los escribanos solo obtienen información y comunican los testamentos otorgados en Uruguay, no existiendo una forma adecuada y certera de conocer si existe un testamento otorgado en otra jurisdicción.

Se nos presenta el problema de la inseguridad jurídica, teniendo cuenta que la sucesión no causa estado, si posteriormente aparece un testamento otorgado en otro país en donde, por ejemplo, exista un reconocimiento de hijo natural, podría cambiar toda la realidad jurídica de los presuntos herederos.

Es aquí que vemos la necesidad de crear un Registro Americano de Testamentos que nos permita la comunicación transfronteriza para la libre circulación de bienes y personas.

Bibliografía.-

- SZEINBLUM, Martha. La orografía del testamento en la perspectiva del Derecho Internacional Privado. Anuario de Derecho Civil Uruguayo, Tomo 27 (nov.1996), p.601-607.
- SZEINBLUM, Martha. ¿La Regla “Locus Regit Actum” ha perdido su hegemonía?. Revista Uruguaya de Derecho Internacional Privado, p. 143-152.
- TERRA CORBO D., SZEINBLUM, Martha, HERBERT Ronald. El testamento en el Derecho Internacional Privado. Rev. A.E.U, 74 1988, p. 557-565.
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia, CAPALBO ALZOGARAY, Laura. “Formas testamentarias en el Derecho Internacional Privado Uruguayo ¿Principios Fundamentales o Requisitos Instrumentales?. Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones, Número 4 (nov.2016), p.157-170.

- SANTOS BELANDRO, Rubén “Derecho Civil Internacional y de Familia” Segunda edición Montevideo AEU 2013.
- SANTOS BELANDRO, Rubén “50 años de estudio de casos reales originados en el ámbito notarial y resuelto por la AEU” Edición 2003 AEU
- FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia “Curso de Derecho Internacional Privado” Tomo II Volumen I Fundación de cultura universitaria 2013
- SIERZ, Susana Violeta “De Gestiones Escriturales” BS AS 2011 Argentina
- GOZO, Deborah “DERECHO FUNDAMENTAL DE HERENCIA Y LA SUCESION AB INTESTATO. Introducción al derecho sucesorio en Brasil. Edición 2015.
- Jornada Notarial Iberoamericana, 15a (Madrid: 28-31 mayo 2012 Persona, familia y sucesiones. Experiencias en Iberoamérica Fuente: Asunción del Paraguay [s.n.], 2012.
- Código Civil y Comercial de la Nación. Argentina.
- Código Civil Paraguayo.
- Código Civil Uruguayo.