

DE TESTAMENTOS E INCAPACIDADES DE RECIBIR REFERIDAS A LAS RELIGIONES

1º) Introducción

De acuerdo a lo prescrito por el artículo 3607 C.C., **“El testamento es un acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte”**.

En nuestra época sigue siendo la función práctica más frecuente del testamento la disposición de los bienes del autor para después de su muerte. La sucesión testamentaria, por ende viene justificada en este aspecto por el derecho de propiedad, y es uno de los modos a través del cual se expresa más intensamente la pertenencia del patrimonio de una persona; es la manifestación de la voluntad del propietario de disponer de sus bienes para el tiempo en que habrá cesado de vivir.

Reconocida la propiedad privada de los bienes, se impone necesariamente admitir como consecuencia lógica el derecho del propietario de disponer de ella para después de su muerte, y para ello el testamento es un instrumento esencial. Exaltada la persona humana y siendo uno de los fines más trascendentes de la política legislativa contemporánea, garantizar su protección y asegurarle los medios para su plena realización, **el testamento surge como uno de tales medios en cuanto es instrumento de actuación de la voluntad de las personas. Este respeto a la personalidad humana y a la libre expresión de su voluntad, y el reconocimiento del derecho de propiedad individual, constituyen en consecuencia, el fundamento jurídico del derecho de testar.**

Como vimos, el testamento es un acto jurídico de contenido más variado, patrimonial y no patrimonial, que encuadra en la definición del art. 944 del Código Civil. Esta calificación permite aplicar al testamento las disposiciones generales que rigen al acto jurídico, y considerar que, como tal, debe ser otorgado con una voluntad libre y esclarecida, con discernimiento, intención y liberta y podrá ser anulado cuando medie error, dolo o violencia.

Pero además, es uno de los instrumentos más estrictamente formales que existe en materia sucesoria y cuyas solemnidades deben ser preservadas con rigurosidad. Es por ello que, solo en caso de extrema incertidumbre se debe recurrir a medios exteriores para desentrañar cuál ha sido la voluntad del testador.

Y esa interpretación, necesariamente debe ser jurisdiccional, procurando mantener el principio *FAVOR TESTAMENTII*, **y descubrir lo querido por el testador, aunque no haya acertado en su declaración testamentaria.**

Al respecto se ha dicho: “El arbitrio judicial tiene por límite el objeto de la interpretación **que es penetrar en el proceso volitivo del testador**, desentrañando su verdadero pensamiento, para que él gobierne la transmisión sucesoria”¹.

2º) De la incapacidad para recibir por testamento (arts. 3739 y 3740 del C.C.)

En el Título 15, Sección Primera del Libro Cuarto, el mayor jurista que dio este país, autor del universalmente reconocido Código Civil, Dr. Dalmacio Vélez Sársfield, reguló la capacidad para recibir por testamento.

El art. 3739 dice: “Son incapaces de suceder y de recibir legados: los confesores del testador en su última enfermedad; los parientes de ellos dentro del cuarto grado, si no fuesen parientes del testador; las iglesias en que estuviesen empleados, con excepción de la iglesia parroquial del testador; y las comunidades a que ellos perteneciesen”.

Por su parte, el art. 3740 expresa: “Tiene la misma incapacidad el ministro protestante que asiste al testador en su última enfermedad”.

La moderna visión que Vélez tenía sobre este punto del derecho positivo argentino, llega a asombrar -por su vigencia y actualidad- a juristas de Uruguay, país tradicionalmente laico.

El artículo 839 del Código Civil Uruguayo estipula: “El eclesiástico que ha confesado al testador en su última enfermedad, no puede recibir cosa alguna a virtud del testamento que haya hecho durante esa enfermedad.

Esta prohibición alcanza a los parientes o afines del confesor, dentro del cuarto grado, a las personas que vivan en compañía del dicho confesor y a su iglesia, cabildo, comunidad o instituto.

Exceptuase de las disposiciones precedentes el caso en que el confesor sea pariente o afín del testador dentro del cuarto grado”².

Vaz Ferreira³ cuestiona las omisiones e imprecisión de la norma, al decir: “Nuestro artículo sólo se refiere al eclesiástico que haya “confesado” al testador. Siendo la confesión un sacramento propio de la religión católica, del texto legal surge claramente que no es incapaz el Ministro de otro culto que haya prestado al testador asistencia espiritual durante la última enfermedad, a diferencia de lo que ocurre en el sistema francés, que extendió la incapacidad a los ministros de todos los cultos, siguiendo una jurisprudencia que les aplicaba **por analogía** las reglas de la confesión: nosotros no creemos que tal extensión analógica sea procedente en nuestro derecho,

¹C.N.Civ. Sala A, 15-2-2000, “Ramallo, Nicolás Héctor s/ sucesión testamentaria”, ED, 10-4-2001, pág. 7.

² Código Civil de la Rep. Oriental del Uruguay y Legislación Complementaria, Euro Editores, abril de 2002, pág. 208.

³ **Vaz Ferreira, Eduardo**: “Tratado de las Sucesiones”. Segunda edición revisada, Tomo Primero. Fundación de Cultura Universitaria, 1980, págs. 364 y 365.

porque las incapacidades son de interpretación estricta, y porque la doctrina admite que las captaciones son menos temibles en las religiones que no admiten la confesión”.

Al abordar un caso jurisprudencial local⁴, donde se pidió judicialmente la declaración de nulidad del testamento de quien testó el mismo día que fallece a favor de la iglesia a la que pertenecía su confesor, el profesor rioplatense –citando el alegato redactado por De María-manifiesta “que Vélez Sársfield en el Código Civil argentino sintetiza bien la regla tradicional al decir que son incapaces **‘las iglesias en que estuvieren empleados’** los confesores”.

Es de destacar que nuestro codificador se adelantó a la época, incluyendo en el art. 3740 a integrantes de otros credos como los ministros protestantes que asisten al causante en la postrera enfermedad. Graciela Medina⁵ considera al respecto, siguiendo a Rébora, Lafaille, Borda, y Pérez Lasala, “que la aplicación de esta norma debe extenderse a los sacerdotes, ministros o análogos de cualquier religión que hayan asistido al causante en su última enfermedad, pues de lo contrario se suscitaría una inaceptable situación de inferioridad entre los sacerdotes católicos y los ministros protestantes-alcanzados por las incapacidades que establece el Código Civil- y los de otras religiones que, en su deber reasistencia espiritual a sus fieles, cumplen la misma función que los primeramente nombrados”.

No obstante lo riguroso del articulado de Vélez, y más allá de las críticas que recibieron las normas que contemplan estas prohibiciones como incapacidades⁶, lo cierto es que los casos concretos que se presentan en la cotidianeidad de la judicatura, imponen reforzar algunos conceptos, y quizás, despejar suspicacias sobre captación de la voluntad del testador⁷. La cuestión a dirimir son varias: entre otras, cuál es el alcance de las expresiones “última enfermedad”, y desentrañar las diferencias existentes entre “confesor”, “confesor habitual”, “confesor de la última confesión” y “director espiritual”.

3º) Influencia del Derecho Canónico en materia testamentaria

⁴ Rev. D.J.A., t. I, págs. 23, 33 y ss. CF.: Anuario de Derecho Civil, 1974, pág. 141.

⁵ Medina, Graciela: “Nulidad de Testamento”. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1996, págs. 74 y 75.

⁶ López del Carril, Julio J.: “Derecho Sucesorio”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, pág. 16. “La llamada *incapacidad testamentaria pasiva*, que aparece en los artículos 3739 especialmente al decir: “Son incapaces de suceder y de recibir legados: los confesores del testador en su última enfermedad”, etc. **No hay allí, ni en la de los escribanos del art. 3664, etc, una incapacidad**, ya que en realidad la ley presume el ascendiente que pueda tener sobre el testador y teme una captación de herencia, y por ello anula la disposición testamentaria que los favorece. No hay allí incapacidad para suceder propiamente dicha, sino causas limitativas o como las denomina Rébora **“hechos de incompatibilidad”**, pues si las circunstancias especiales previstas en la norma no se dieran con respecto a las mismas personas, no habría incapacidad sucesoria”.

⁷ Dictamen de la Fiscalía Civil, Comercial y Laboral de Primera Nom. en autos: “Plasman, Aurora. Testamentario”. Juzg. 1ª Instancia C.C. y 23ª Nominación del Poder Judicial de Córdoba. 28 de marzo de 2007.

La incidencia de la Iglesia Católica en materia de disposición de bienes para después de la muerte, ha sido indudable. No es objeto de tratamiento en el presente trabajo- en honor a la brevedad- un acabado análisis histórico del origen de las sospechas de captación de voluntad por diversos credos o religiones y sus representantes.

Del siglo VIII al X, la tarea de ejecutar el testamento se cumplía en un tipo especial de disposiciones, la donación *pro anima*. Dicha liberalidad piadosa, efectuado *in extremis*, **era de hecho la condición misma de la absolución por parte del sacerdote**. Aquellos que no han dejado testamento mueren sin confesión, y existe el hábito de asociar las dos ideas: quien muere intestado muere *déconfés* (inconfeso)⁸. Morir *déconfés* o, como se dice algunas veces, *in ordinatus sine linguae*, es morir sin haber llenado todas las obligaciones cristianas, es no haber confiado al sacerdote sus *aumónes*⁹, con sus pecados, y tal muerte es un deshonor. El autor francés Beudant, sostiene que: “*Déconfés* eran las personas que morían sin haber podido recibir los sacramentos después de ocho días por lo menos de enfermedad; sus bienes, según los Establecimientos de San Luís, eran confiscados a favor de la Iglesia para ser empleados en misas y amonestaciones para el reposo de su alma, a menos que no hubieran hecho un testamento conteniendo legados piadosos. De ahí la necesidad de los ejecutores testamentarios para poner la salvación del difunto al abrigo de la concupiscencia de los herederos, y el pensamiento natural de confiar esta misión al clero, especialmente a los obispos, que representaban los intereses espirituales del difunto”.

La forma de efectuar esta donación *pro anima* era lo que ocasionó, quizás, la necesidad de que una persona fuera la encargada de la entrega de esa liberalidad, cumpliendo así la voluntad del causante, generalmente un amigo. Gatti nos ilustra al respecto: “El testamento no solamente era en este sentido un acto defectuoso, sino que en la época franca y en la Alta Edad Media, **era casi desconocido**. Del siglo VIII al XII, sólo un medio subsiste para efectuar después de la muerte una **liberalidad piadosa**: es el acto entre vivos implicando formas más o menos características de apoderamiento por parte del donatario. Siempre es necesaria la tradición, lo que creaba muchos obstáculos, pues si bien en algunos casos se podía **hacer la donación *pro anima* con la *traditio super altare***¹⁰, muchas veces esto no era posible, y entonces no hubo otra alternativa que recurrir al empleo del intermediario, o sea el ejecutor testamentario. El moribundo debía escoger entre sus amigos o parientes hombres de confianza que irían a efectuar en su lugar la *traditio super altare*.

⁸ **Beudant, Ch.:** “Cours de droit civil français”, 2º ed. París, 1934. T. VII nº 364.

⁹ **Gatti, Hugo E.:** “*Albaceas*”, Biblioteca de Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Montevideo, Sección III-XC, Montevideo, 1956, pág. 9, expresa que “*aumón* se llama la liberalidad cuyo efecto se hacía retardar hasta la muerte del testador. Hecha lo más frecuentemente en presencia de un peligro de muerte, la *aumón* era cumplida por los ejecutores testamentarios, amigos del disponente, después de la muerte de este último”, reproduciendo una cita de Olivier-Martin, en “Précis d’histoire du droit français”, 4º ed., Paris, 1945, nº 515, pág. 185.

Tal era el motivo de intervención de los *elemosinarii*. Realizar la donación *pro anima* era la misión esencial del ejecutor testamentario.

El jurista uruguayo asimismo reseña: “La *traditio super altare* era la entrega sobre el altar del santo de la carta de donación y de los símbolos de investidura (...). Esta entrega no podía ser hecha en un momento cualquiera; era necesario que fuera rodeada de gran publicidad; se efectuaba en presencia del clero y de los fieles; frecuentemente en el momento en que un oficio religioso era celebrado. En sus *tournées* pastorales el obispo tenía cuidado de llevar consigo una *cassette* conteniendo reliquias a fin de que las donaciones piadosas pudieran efectuarse mediante su tradición”.

Finalizando el posible origen de las limitaciones a los religiosos, lo cierto y concreto es que no es serio, por arbitrario y caprichoso, interpretar las clásicas incapacidades contempladas en los artículos 3739 y 3740 a la luz de un enfoque puramente histórico, aconfesional o civil en el siglo XXI. Más bien, entendemos que sobre cualquier prejuicio que se pudiere tener respecto a los confesores en general, que ahora analizaremos, debe prevalecer como principio general del derecho sucesorio, la voluntad del causante.

4º) Específica incapacidad de las órdenes religiosas y de los confesores, para ser instituidos herederos (art. 3739 C.C.). Valor de la semántica en materia sucesoria

Expuesta la norma en cuestión párrafos arriba, es interesante destacar que la jurisprudencia, ha entendido, en cuanto a los confesores, que la incapacidad para suceder no es extensiva al sacerdote que confesó al testador en otras oportunidades- al llamado confesor habitual-, ni al que le administrase otros sacramentos o le ayudó con sus exhortaciones y demás consejos religiosos, **si el testamento fue otorgado antes de la última enfermedad.**

4ºa) Última enfermedad. Concepto. El confesor “in articulo mortis”. Confesor habitual. Criterios de los juristas clásicos.

Por “última enfermedad” debe entenderse, en principio, la enfermedad de la que muere el testador, como lo señala el art. 907 del C. Civil, pero si se tratase de una enfermedad crónica, que quizá duro años, queda al prudente arbitrio judicial estimar qué período de ella comprende la incapacidad del confesor.

Debe considerarse razonable, **como criterio orientador, que la incapacidad sobrevenga en el período en el cual la enfermedad se haya agravado hasta el punto de hacer previsible una muerte próxima.**

Resulta particularmente interesante, ante la necesidad de precisar el alcance de las locuciones “*ultima enfermedad*”, recurrir a los autores clásicos.

El maestro de la Universidad de Burdeos Julien Bonnecase, en su “Tratado Elemental de Derecho Civil”, cuando nos ilustra respecto de las incapacidades relativas de dar y recibir refiriéndose a los médicos que asistieren a la persona en la última enfermedad, expresa respecto de las condiciones requeridas para que existan:

- a) **La persona que haya sido beneficiada debe haber tratado al enfermo durante la enfermedad de que muere.**
- b) **La liberalidad se hizo durante esta enfermedad.**
- c) **El enfermo ha muerto de la misma enfermedad. El Código Civil Francés asimila los ministros de un culto a los médicos, desde el punto de vista de la incapacidad (art. 909).**

Entonces, es evidente que el sentido que le dio nuestro codificador a la incapacidad del confesor, es con el alcance que el Derecho Francés fija en el art. 909¹¹. Por lo tanto es obligación legal y ética de todos los operadores del derecho no desvirtuar el espíritu de las normas involucradas en este tema.

Sin embargo, continúa Bonnecase: “si el testador muere por accidente, no alcanzará la incapacidad al confesor que lo haya confesado anteriormente, aunque estuviere enfermo. Pero si luego del accidente el accidentado testa a favor de su confesor, le alcanzará la incapacidad, haya o no tomado la confesión también a partir del hecho generador de la muerte. Es una cuestión de circunstancias, pues antes pudo tratarse de la mentada enfermedad crónica, sin peligro inmediato para la vida, en que no se pudo ejercer una influencia que extinguiera la libertad intelectual del testador, y, en el momento en que éste era mas propicio a la captación, ninguna influencia se ejerció sobre el accidentado, si éste ni siquiera tuvo contacto con su confesor habitual”.

La prohibición alcanza, extensivamente, a las iglesias en que los confesores estuviesen empleados, se sigue así lo establecido por el art. 613 del proyecto español de 1851 y el art. 965 del Código de Chile. “Se evitarán -dice García Goyena- las persuasiones sugerencias y fraudes con que, se turba al enfermo y trueca la voluntad contra la afección dictada por la naturaleza a favor de la propia familia. La excepción a favor de la iglesia parroquial también aparece en el art. 965 del código chileno y se motiva en que, en tal caso, es razonable presumir que la institución obedece a un acto libre de presiones o sugerencias fraudulentas”¹².

¹¹ **Bonnecase, Julien:** “*Tratado Elemental de Derecho Civil. Parte B*”. Biblioteca Clásicos del Derecho Civil. Tomo 2. Ed. Harla, México. 1997, págs. 524 y 525.

¹² **Zannoni, Eduardo A.:** “*Derecho de las Sucesiones*”. Volumen 1. Ed. Astrea. Buenos Aires, 1974, págs. 156 y 157.

El artículo se refiere a la última enfermedad, apartándose del **Código Francés** que alude a la enfermedad de la cual muere el testador. En algunos casos, como largas enfermedades crónicas, o enfermedades alternadas con cuadros de remisiones, se convertirán en una cuestión de hecho, libradas a la determinación judicial, atendiendo a las diversas circunstancias, a fin de determinar la época a tener en cuenta para que rija la prohibición legal.

Como surge de la disposición, la incapacidad sólo alcanza al *confesor de la última enfermedad*, por ello se ha decidido con razón, que no comprende al confesor del testador en otras oportunidades, al llamado *confesor habitual*, **aún cuando lo hubiera asistido en su lecho de muerte, si había sido instituido en un testamento otorgado diez años antes de la muerte del causante**¹³.

Por su parte, Fassi en su extraordinaria obra expresa: “Desde antiguo se ha considerado que el imperio del ministro del culto sobre su grey es tan poderoso, que puede servir para maniobras de captación. Es así como el art. 907 francés recogiendo esa tradición, luego de haber establecido la incapacidad de los médicos y demás profesionales del arte de curar que hubieren asistido al testador en su última enfermedad agrega en su apartado final *las mismas reglas serán observadas respecto del ministro del culto*. El 3739 en su primera parte limita aún más esa regla francesa, pues sólo comprende a los confesores del testador en su última enfermedad. Quedaría excluido el religioso que hubiera dirigido la conciencia del enfermo durante la última enfermedad, mediante instrucciones, exhortaciones, consejos, conferencias, preparaciones, etc., siempre que además no lo hubiere confesado. Tal interpretación es contradictoria con el art. 3740 que establece la misma incapacidad para el ministro protestante que asiste al testador en su última enfermedad y sin embargo no lo confiesa (...)”.

“(...) Fieles a nuestro criterio restrictivo en materia de nulidad, preferimos no extender la incapacidad más allá del confesor, sin perjuicio de considerar valiosas la asimilación de circunstancias para excluir al religioso que asistió sin confesar al testador, durante la última enfermedad, mediante la vía de la captación”.

Luego aborda el alcance que le otorga a la noción de “última enfermedad” al sostener: “Última enfermedad, importante y difícil es determinar cuál ha sido la última enfermedad del testador, habrá que dejar librada la solución en cada caso al prudente arbitrio de los jueces, sin perjuicio de admitir ciertos criterios orientadores. Debe tenerse en cuenta que la solución argentina difiere de la francesa, pues aquella no menciona la última enfermedad, sino la enfermedad de la cual muere el testador. En el proceso a veces largísimo de una enfermedad crónica, puede sobrevenir

¹³ **Hernández, Lidia B. y Luis A. Ugarte:** “Régimen Jurídico de los Testamentos”, págs. 132 y 133. Ed. Ad - Hoc.

accidentalmente otro desencadenante de la muerte. El confesor de la enfermedad crónica estaría inhabilitado para recibir por testamento según la norma argentina y no según la francesa literalmente interpretada...”. Concluye el tratadista considerando que: “Si la última enfermedad fue crónica, la incapacidad no alcanzará, sin embargo, al confesor que cumplió su ministerio en todo su curso, tal vez largos años antes del fallecimiento, **considerando razonable, como criterio orientador, que la incapacidad sobrevenga en el período en el cual la enfermedad se haya agravado hasta el punto de hacer previsible una muerte próxima**¹⁴.”

4.b) Confesor habitual: es indudable que el confesor habitual del testador puede ser beneficiado por éste, si el testamento fue otorgado varios años antes de la última enfermedad del causante

4.c) También son incapaces de suceder las iglesias en que los confesores estuviesen empleados, con excepción de la iglesia parroquial del testador y las comunidades a que ellos perteneciesen (art. 3739 última parte del C.C.). Tiene su antecedente en el proyecto español de 1851 y en el art. 965 del Código de Chile. En el primero se inspiró Vélez Sársfield para establecer la incapacidad de las iglesias, cabildos, comunidades o institutos a los que perteneciesen los confesores, entendiendo con la ley recopilada que de este modo, “se evitarán las persuasiones, sugerencias, y fraudes con que se turba al enfermo y trueca la voluntad contra la afección dictada por la naturaleza a favor de la propia familia”.

En un comentario al art. 965 del CC chileno, la **Dra. Alejandra Aguad, de la Universidad Diego Portales de Santiago de Chile**, expresa: “Incapacidad del eclesiástico confesor (art. 965): **Esta incapacidad tiene escasa aplicación en nuestros días.** Para que se aplique esta incapacidad es menester que se haya dispuesto de alguna asignación a favor del confesor o de las demás personas naturales o jurídicas mencionadas en dicha norma, por el testamento **OTORGADO DURANTE LA ULTIMA ENFERMEDAD DEL CAUSANTE**. Su fundamento se encuentra en la necesidad de cautelar la libertad de disposición, evitando la posible influencia que el confesor pudiera ejercer sobre el testador”¹⁵.

A mi juicio, uno de los análisis jurídicos más completos lo realiza el insigne jurista Pérez Lasala, sosteniendo que: “La norma se funda en la influencia que el confesor puede tener en la voluntad del enfermo antes de morir, que hace temer una captación de la voluntad. La ley contempla esa incapacidad para evitar precisamente la posible captación de la voluntad (...) la norma se refiere a los confesores del testador. No es suficiente, por eso, que el sacerdote haya

¹⁴ **Fassi, Santiago C.:** “*Tratado de los Testamentos*”. Volumen I. Ed. Astrea, Buenos Aires, 1970, págs. 284 a 287.

¹⁵ **Aguad, Alejandra:** “La sucesión por causa de muerte. Generalidades. La sucesión intestada”. Universidad Diego Portales, Chile. www.udp.cl/derecho/sucesorio-1.PDF

dirigido la conciencia del enfermo y la haya preparado para su muerte, si no ha administrado el sacramento de la confesión. Si el enfermo estuvo en condiciones de confesarse y no lo hizo no es creíble que pueda captar su voluntad el sacerdote que no logró confesarlo. Rébora entiende que el término confesor está tomado en un sentido amplio que abarca no sólo el sacerdote que confiesa sino al que exhorta, instruye y consuela al enfermo, no aceptamos esta interpretación dado el carácter restrictivo que debe reinar en dominar en materia de incapacidades”.

Y con extraordinaria claridad, manifiesta: “La expresión última enfermedad requiere aclaraciones. Debe entenderse por tal aquella de la cual muere el testador este es además el significado vulgar de última enfermedad. Si se tratare de una enfermedad de las tantas que una persona pueda tener, nos parece evidente que la norma no se aplica, sino es la que le lleva a la muerte. **El problema se presenta cuando se trata de enfermedades que duran largos años y que llevan finalmente a la muerte (...)**”.

“(…) Cabe preguntar si la confesión del sacerdote en el período de la enfermedad crónica lo convierte en incapaz de suceder, juzgamos que en estos casos la incapacidad sólo se aplica cuando la enfermedad se ha agravado hasta el punto de hacer previsible una muerte próxima, es decir, en el período en que los progresos deparados por la enfermedad han debido causar en breve término la muerte. La determinación de ese período quedará al prudente arbitrio de los jueces”.

Sigue expresando el autor: “No creemos indiferente que el testamento sea anterior o posterior a la confesión. Para que entre a regir la incapacidad prevista en el art. 3739 debe haberse confeccionado el testamento con posterioridad a la confesión realizada durante la última enfermedad del testador. Esta interpretación concuerda con el fundamento de la prohibición que es precisamente presumir la captación de la voluntad por medio de la confesión”¹⁶.

“Al hablar de los confesores del testador, el artículo se refiere a los ministros de la religión católica que son los únicos que tienen por los cánones de la iglesia la facultad de pronunciar la absolución de los pecados, para la salvación del alma. Los confesores, por el ministerio que invisten, adquieren cierto ascendiente sobre las personas a quienes absuelven, por esa razón la ley ha estimado peligroso permitir que puedan ser instituidos herederos para que exista la incapacidad se requieren dos condiciones primero que se trate del confesor y segundo que lo haya asistido en la última enfermedad. La ley incapacita para recibir por testamento solamente al confesor en su última enfermedad. Qué se entiende por última enfermedad? Es una cuestión de

¹⁶ **Perez Lasala, José Luís:** “Derecho de las Sucesiones”. Volumen I. Parte General, Ed. Depalma, págs. 325 a 329.

hecho, sobre la cual no se pueden dar reglas generales. Queda al arbitrio de los jueces resolverla en cada caso particular. Existen algunas enfermedades que se prolongan, que tienen sus alternativas, hasta que una de éstas determina el fallecimiento. En estos casos es siempre la misma enfermedad la que ha seguido minando el organismo hasta producir la muerte. **La ley, al hablar de última enfermedad ha querido referirse propiamente al último período de la enfermedad. Si en ese último período el confesor que ha atendido al enfermo ha sido instituido heredero pierde su derecho pues esta incapacitado por la ley para recibir por testamento”.**

Por su parte Eduardo Prayones, distingue: “Cabe hacer notar que la disposición legal no tiene toda la amplitud que fuere de desear. Especialmente en caso de tratarse de **señoras se suele hacer distinción entre el llamado director espiritual y el confesor.** Se tiene como director espiritual a un prelado y por confesor a otro. De ambos, el director espiritual es el que tiene mayor influjo y puede presionar moralmente la voluntad de la persona para inducir -sobre todo en el caso de no existir herederos forzosos- la disposición de los bienes en determinada forma. La ley se ha referido simplemente al confesor en su última enfermedad. **No habla del director espiritual,** y sin embargo en la práctica es éste el que mayor influencia suelo tener en el ánimo de la persona. Tan es así que a menudo ocurre que, a fin de evitar la incapacidad del director espiritual, se envía en el momento del fallecimiento a otro prelado para que actúe como confesor. Tampoco la iglesia de los confesores, con excepción de la iglesia parroquial del testador y las comunidades a que ellos pertenecen.

Es el mismo caso anterior igual cosa es dejar los bienes a su confesor que a su respectiva iglesia. La ley presume, con razón, que puede haber presión en ese sentido por parte del confesor”¹⁷.

Así también la jurisprudencia se ha expedido en igual sentido: “...La prohibición de suceder y recibir legados que establece el art. 3739 del Código Civil en cuanto al confesor del testador en su última enfermedad no puede ser invocada si el testamento por acto público aparece otorgado **diez años antes de la muerte del causante (...)** **De conformidad a lo dispuesto por los arts. 3739 del C.C., la parte actora debe acreditar que dichos legatarias fueron los confesores de la actora en su última enfermedad, pues es a ésta persona a quienes la ley declara incapaces para suceder y recibir los legados; pero dicha prueba no se ha producido, ya que una cosa es haber confesado a la causante en su calidad de concurrente a las parroquias donde aquellos ejercen sus ministerios y otra el haber sido confesores durante el período crítico de la última enfermedad en que la ley ha debido suponer la posibilidad de influencias**

¹⁷ Prayones, Eduardo: “*Derecho de Sucesión. Nociones de Derecho Civil*”. Ed. Ciencias Económicas, págs. 407 y 408.

fáciles por el mismo estado del enfermo. La falta de pruebas a este respecto se robustece con la circunstancia de que el documento fue hecho diez años antes de la muerte de la causante”¹⁸.

Son también incapaces de suceder y recibir legados los confesores del testador en su última enfermedad, art. 3739. Al hablar de los confesores del testador el artículo se refiere a los ministros de la religión católica que son los únicos que tienen por los cánones de la Iglesia la facultad de pronunciar la absolución de los pecados, para la salvación del alma. Los confesores por el ministerio que invisten, adquieren cierto ascendiente sobre las personas a quienes absuelven, por esa razón la ley ha estimado peligroso permitir que puedan ser instituidos herederos. Para que exista la incapacidad se requieren dos condiciones primero que se trate del confesor y segundo que lo haya asistido en la última enfermedad. La ley incapacita para recibir por testamento solamente al confesor en su última enfermedad. ¿Que se entiende por última enfermedad? Es una cuestión de hecho, sobre la cual no se pueden dar reglas generales. Queda al arbitrio de los jueces resolverla en cada caso particular. Existen algunas enfermedades que se prolongan, que tienen sus alternativas, hasta que una de éstas determina el fallecimiento. En estos casos es siempre la misma enfermedad la que ha seguido minando el organismo hasta producir la muerte. **La ley, al hablar de última enfermedad ha querido referirse propiamente al último período de la enfermedad. Si en ese último período el confesor que ha atendido al enfermo ha sido instituido heredero pierde su derecho pues esta incapacitado por la ley para recibir por testamento.**

CONCLUSION

Siguiendo el razonamiento y en base a los argumentos expuestos, considero que la incapacidad contenida en el art. 3739, **es de aplicación restrictiva.**

El confesor a que alude la norma, que no puede recibir por testamento, es el religioso que concede el sacramento de la Confesión o como se lo denomina, sacramento de la Reconciliación, **en el instante final de la vida humana**, es decir la postrera enfermedad. Patología que no es crónica o terminal, sino aquella que se prevé como inminente causa de muerte.

No es de aplicación la limitación para el confesor habitual, ni para el Director espiritual, ni incluye a religiosas o monjas de determinadas órdenes.

¹⁸ Revista Jurídica La Ley, tomo 20, año 1940, págs. 672 y 673.

El acto jurídico familiar -unilateral por excelencia- de testar, es un proceder relativamente **solitario**; deliberado y querido por el individuo para que se cumpla su voluntad. Conmueve a quienes por nuestra función judicial, debemos intervenir en los procesos testamentarios como Ministerio Público, leer los instrumentos póstumos. **El testador está en carne viva**, es el único instante donde se siente verdaderamente libre. Libre de “decidir” a quien beneficiar sin encorsetamientos. Es una herramienta benéfica de protección a la integridad de su patrimonio, le otorga la sensación de ser justo con personas apreciadas, o generoso con instituciones benéficas. Las suspicacias, argucias o sospechas de captación de voluntad a este respecto (sacerdotes e iglesias) por lo general, provienen de parientes que no conocieron la persona del testador, que jamás se empaparon de su dolor ni se transparentaron con sus alegrías, pero sí reclaman el patrimonio del testador. Son extraños.

En la actualidad, a la luz del avance en las comunicaciones y de las redes sociales por un costado, y de la ciencia y la tecnología médica por otro, es difícil imaginar un proceder captatorio de las órdenes religiosas, que quede comprendido en las condiciones del 3740 del CC. Pero sucede en la realidad, en la casuística judicial, planteos de nulidad por este motivo.

Creemos que se debe modificar el sistema de Legítimas de los herederos forzosos. No propugnamos su extinción, pero reconocemos que al ser elevadas, impiden una mayor y necesaria libertad testamentaria. **Estamos convencidos de que, en caso de que el testador no posea herederos forzosos, la incapacidad del confesor de la última enfermedad, así como el de la iglesia parroquial del testador, debieran ser reconfiguradas o resignificadas legislativamente.**