

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

voluntades y allegar generosa contribución económica para proseguirla con sentido nacional, se ha creado el Instituto Argentino de Cultura Notarial, a que se ha hecho referencia.

De concretarse el ambicioso anteproyecto de ley de los documentos públicos, se habrá dado un gran paso en lo institucional; habrá por fin, organicidad y unidad en el régimen del documento notarial y se habrá atribuido asimismo al notario, la competencia funcional en su integridad.

**ACERCA DEL CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO ESENCIAL DE LA FIRMA,
POR QUIEN SE ENCUENTRA IMPOSIBILITADO DE HACERLO, EN EL
TESTAMENTO POR ACTO PÚBLICO(*) (377)**

FRANCISCO FERRARI CERETTI

SUMARIO

I. Valor de las notas del codificador. II. La misión de los notarios, en particular, en la aplicación del artículo 3662 del Código Civil. III. Lugar de la escritura en que debe acreditarse el cumplimiento del requisito. IV. Conclusión.

La Cám. Civ. y Com. de Santa Fe, Sala 1ª, el 29/9/77 en fallo anotado por Francisco A. M. Ferrer(1)(378), ha reactualizado las discrepancias doctrinarias en cuanto al alcance del art. 3662 del Cód. Civil y la aplicación de la nota del codificador.

Es de primordial importancia para los notarios y sobremanera, para los particulares que requieren su otorgamiento, la interpretación jurisprudencial; porque, según sea el criterio predominante, los testamentos por acto público tendrán validez o no.

En este problema están íntimamente vinculadas cuestiones de "hecho" y de "derecho" que deben ser tenidas en cuenta por los magistrados y, especialmente, por los notarios.

Para dilucidarlo deben contemplarse:

- a) El valor de las notas del codificador.
- b) La misión que incumbe a los notarios, en la aplicación, en el caso particular del art. 3662 del Cód. Civil y su nota.
- c) En conclusión, la necesidad de ser cuidadoso en la redacción de los testamentos por acto público.

Lo analizaremos a continuación.

I. VALOR DE LAS NOTAS DEL CODIFICADOR

Nuestro Código Civil contiene las anotaciones que su autor a título ilustrativo colocó al pie de la inmensa mayoría de sus artículos.

Ellas se componen de citas legales, doctrinarias y algunas explicativas de la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

posición adoptada para reglar la materia de que tratan.

No creemos como sostiene José Arias(2)(379) que las pusiera a título ilustrativo, solamente para los que debían discutir su sanción legislativa, y que fuera posible que ignorara que ellas iban a ser citadas con el mismo articulado del Código, al ser éste aprobado a libro cerrado.

La desbordante erudición de Vélez Sársfield está documentada en todos sus trabajos, plenos de citas legales y de las más diversas doctrinas sustentadas por los tratadistas.

No era de extrañar, entonces, que el Código Civil lleve esas notas, destinadas no sólo a los legisladores sino también a los magistrados y a los funcionarios y profesionales que debían aplicar las nuevas normas.

Es imposible negar el valor que tienen esas notas.

Son la más legítima fuente para interpretar los textos legales, para descubrir y reconstruir la técnica empleada por el codificador en sus obras y la influencia nacional o extranjera, tanto legislativa como doctrinaria, en la elaboración de sus normas.

Ellas traducen el pensamiento del legislador, en ocasiones en forma evidente.

Como sostiene Díaz de Guijarro(3)(380) revelan la opinión del codificador, expresan el desarrollo del precepto legal, su comentario o fundamento.

La opinión del codificador no puede aislarse del texto, porque dada la técnica seguida, artículo y nota, no son términos opuestos ni excluyentes, sino partes de un todo.

Ese todo se compone de la fórmula del articulado y de la nota explicativa.

El artículo precisa la regla, en forma concluyente; la nota, analiza, examina los presupuestos y las conclusiones, da a conocer el pensamiento.

Existe correlación y unidad en los temas tratados.

Las notas no son la ley, como sostuvo Barraquero(4)(381), pero es cierto que no son extrañas a la ley; por el contrario desenvuelven la idea contenida en la norma.

El codificador al anotar y aclarar los artículos "ha de haber querido hacer algo efectivo y adecuado, antes que una cosa sin sentido o inadecuada", como dice Windscheid(5)(382): "cosa sin sentido o inadecuada", sería suponer que el codificador no diera importancia ni trascendencia a las notas, hipótesis en que francamente estarían demás.

El codificador en las notas ha querido facilitar su comprensión, que se tengan por complemento, por base, por justificación de la norma.

El nexo de unión del artículo con la nota determina el valor de ésta en la interpretación del Código; no puede prescindirse de la voluntad del autor por ningún método interpretativo.

Las notas son los materiales con que se ha compuesto la ley.

Hay notas que completan o aclaran el texto legal y en ese caso son decisivas, por lo que corresponde aplicar el artículo teniendo en cuenta la parte de la nota que integra su disposición como ha dicho la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil(6)(383).

Como sostiene Espil(7)(384), las manifestaciones de los miembros informantes de las comisiones de las Cámaras del Congreso, son fuentes

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de interpretación auténtica de las leyes en su significado y alcance.

Ha dicho Black(8)(385): "Los tribunales no pueden cerrar los ojos a cualquier elemento de ilustración para interpretar una ley oscura. La opinión de un miembro del Congreso, si él es una persona ilustrada e inteligente, puede ser de un valor tan persuasivo como la opinión de un juez dada en un tribunal de jurisdicción coordinada".

Esos conceptos son aplicables a las notas del codificador.

Las notas del articulado del Código Civil tienen un valor considerable, puesto que sancionado el Código a libro cerrado, ellas contienen la opinión del redactor, que en este caso fue quien realmente legisló; pero no siempre debe buscarse en ellas el comentario auténtico e infalible de la ley, porque no siempre corresponden a su letra o a su espíritu con exactitud, se ha sostenido en un fallo de 1ª instancia de la Capital el 6/11/37(9)(386). Pero como sostiene Salvat(10)(387), no es posible menospreciarlas y prescindir de ellas en absoluto, porque algunas veces estén en contradicción con el texto de la ley.

Esas notas, además, son frecuentemente párrafos extraídos de las obras de los jurisconsultos y por consiguiente, para darles su verdadero alcance, es necesario estudiar también los párrafos de esas obras que preceden o siguen al que forma la nota; esto nos hará ver que a pesar de sus términos generales, algunas notas sólo se refieren a ciertos y determinados casos.

Cuando el codificador funda sus propias doctrinas su valor es decisivo y puntualizan la base y fin de la norma, cuya explicación no ha de buscarse en otras fuentes.

En tal caso ellas son la expresión del pensamiento del legislador y el alcance de la ley.

Las notas que indican la forma de hacer efectivo el artículo señalan cómo deben satisfacerse los requisitos que él enuncia, es decir, expresan cómo se cumple la norma.

En ese sentido la nota del art. 3662 es concluyente y los escribanos no deben prescindir de ella.

II. LA MISIÓN DE LOS NOTARIOS, EN PARTICULAR, EN LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 3662 DEL CÓDIGO CIVIL

El escribano en la instrumentación de los actos jurídicos debe limitarse a dejar constancia de los hechos que acontecen y de las declaraciones que los particulares efectúan en su presencia.

Su quehacer está circunscripto a dar fe de ese acontecer; él no es ni puede ser parte en la escritura (arts. 985 y 3653).

En el ejercicio de la función pública que el Estado ha delegado en su persona, él es el ministro cuyo aserto, mientras no sea argüido de falsedad, es verdad probada (art. 993).

Frente a esas premisas fundamentales, en el caso particular de los testamentos por acto público, lo que el art. 3662 requiere, es que se asiente el "dicho" y no el "hecho" de que el disponente se encuentra imposibilitado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de firmar.

También la ley exige expresamente al escribano el deber de expresar la causa.

Pero no manda que lo haga por conocimiento propio, lo que podría ser imposible, sino por el dicho del testador, como lo expresa con meridiana claridad la "nota".

"La declaración de no saber o no poder firmar suple la firma, porque ello significa que el testador firmaría si le fuera posible".

Esto demuestra que lo que exige la ley es una declaración del testador.

La nota aproxima el texto al art. 973 del Cód. Civil francés, según el cual "si el testador dijera que no sabía o no podía firmar, se hará en el acta mención expresa de aquella manifestación y de la causa que le impide firmar" (Aubry et Rau, t. 7, N° 670, pág. 130).

El escribano sólo debe mencionar la declaración sin entrar a atestiguar o comprobar.

Para el legislador hay más garantía en el dicho del testador que en la mención del escribano, ha sentenciado la C. Civ. 2ª, el 27/6/18(11)(388).

En esto concuerda Machado(12)(389), "el hecho de la imposibilidad de firmar y su causa debe constar en el testamento por declaración del testador".

De la misma manera, Llerena(13)(390) dice: "es necesario consignar que el testador dijo no poder firmar"; de lo contrario, según Laurent(14)(391), "el testamento resultaría sin firma y sin declaración del testador de no poder firmar", como también lo afirma Demolombe(15)(392), agregando que indistintamente la declaración puede ser colocada en el medio, al principio o al fin del acto, pues lo que la ley condena es la falta absoluta de la declaración.

Para Díaz de Guijarro(16)(393), "la declaración de no poder firmar, hecho personalísimo, ha de figurar en boca del testador como una de aquellas expresiones que el notario asienta para dar fe del desarrollo del acto y para precisar su alcance no por manifestación propia, que sería contraria a su función de escribano público, sino del causante, que es quien debe dominar por medio de su voluntad expresada formal y solemnemente en el testamento".

Si existe la imposibilidad de firmar que prevé el art. 3662, sólo el testador debe declararla; el escribano no está autorizado por sí solo para asentar tal formalidad.

Como sostuvo Salvat(17)(394), "no se concibe que el escribano pueda asentar un hecho de esa naturaleza sin que el disponente se lo declare".

La razón que da la nota es de fundamental importancia: "si pudiera firmaría". La firma es requisito indispensable en los instrumentos públicos y especialmente se exige en el testamento (art. 3658), pero el legislador no ha cerrado las puertas y contempla los casos en los arts. 3660 a 3662.

La nota tiene en este caso un valor especial, pues no ha sido tomada de obras de derecho, sino que contiene una expresión propia de la doctrina que el codificador ha considerado pertinente.

De ese modo, la expresión del pensamiento del legislador consigna el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

alcance de la ley y concuerda con el art. 973 del Cód. Civil francés y el 567 del proyecto de Goyena.

El requisito de la declaración hecha por el testador de no saber firmar, se exige como una garantía indispensable de su conformidad con el testamento y para que éste sea firmado por otra persona en su lugar.

En este sentido la C. Civ. 1ª Cap.(18)(395), el 17/3/26, ha establecido: "El escribano cumple la obligación legal, expresando la causa que el testador manifiesta de no poder firmar y su voluntad de hacerlo queda justificada con el pedido o ruego de que firme otro en su nombre sin que esté obligado el escribano a indagar o comprobar la efectiva imposibilidad, ni exigir pruebas de escritura y firma, porque la ley no lo prescribe ni impone nulidad por no exigirlo".

Si el oficial público se limitara a decir escuetamente que el testador manifiesta no firmar por no poderlo hacer, eso no sería bastante y el testamento adolecería de nulidad por no expresar cuál es el motivo que ha impedido suscribirlo.

Se procura de esa manera una constancia fehaciente sobre cuál fue la razón aducida, sin que el escribano entre a averiguar si es o no suficiente, pues debe limitarse a consignar lo declarado en su presencia, como sostiene Lafaille(19)(396).

Para De Gásperi(19bis)(397), la omisión de la declaración del testador en el sentido de que no puede firmar y de la causa, viciaría de nulidad el testamento.

Y Marcadé(20)(398), dice: Si el notario expresase sólo que el testador no firmó a causa de su extrema debilidad o porque sufría de parálisis, el acto sería nulo, pues el notario se habría limitado a hacer una afirmación, pero no con declaración del testador.

Lo mismo sería si el escribano en vez de expresar que el testador no pudo firmar, sólo dijera que le requirió o que lo interpeló para firmar, sin agregar la declaración del testador, ha sostenido la C. Civ. Cap., Sala B, en fallo de 21/12/70(21)(399).

Para Demolombe(22)(400), lo que quiere la ley es que la ausencia de la firma sea explicada por el testador mismo, personalmente, a fin de que sea cierto que el defecto de firma es independiente de su voluntad y que, al contrario, hubiera firmado si hubiera sabido o podido firmarlo.

El art. 3662 dice: "puede firmar por él otra persona", en lo que para Machado(23)(401)hay cierta imperfección de lenguaje; debió decir: "debe hacerlo por él otra persona".

La ley no exige la prueba de la verdad de la declaración, basta con enunciarla.

La firma del testador es un elemento indispensable en el testamento; si la firma no está puesta, el testamento será nulo si no se explica la causa porque no se encuentra allí la firma, según Llerena(24)(402).

El escribano debe interrogar o pedir al testador que firme; a esta exigencia el otorgante debe contestar algo si no pone su firma y eso que conteste es lo que el escribano debe hacer constar, bajo pena de nulidad del testamento, porque sólo así se explicará la falta de la firma.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

La ley dice que debe expresarse la causa.

La declaración de la impotencia debe formularla el disponente y el escribano hacerla constar(25)(403).

Es necesario que mencione que el testador dijo no poder firmar; de lo contrario, para Laurent(26)(404), resultará sin firma y sin declaración del testador de no poder firmar.

La simple declaración no es suficiente, debe dar la causa, porque la ley quiere asegurarse que la declaración es seria y por eso exige que conste el motivo por qué no se firma.

Y es necesario que mencione la causa de una manera especial: "precisa".

A este respecto Vareilles, comentando el art. 973 francés, sostiene: es necesario que la causa se conozca y se declare fielmente.

Si la causa fuera falsa se provocaría la nulidad del testamento, como sucede en el caso del art. 3660 cuando el testador sabe firmar y dice que no firma por no saberlo hacer.

La expresión de la causa ha dado lugar, según Fornieles(27)(405), a muchas discusiones; en algunos casos se ha aceptado la manifestación: que no firma por el temblor de la mano(28)(406).

En cambio, no satisface la ley la mención: que no firma por imposibilidad física(29)(407).

El escribano en la redacción debe ser lo más concreto posible.

Segovia(30)(408)manifiesta que: cuando el testador afirma que no sabe firmar, no es necesario consignar el motivo en el testamento, es la imposibilidad tiene una causa única y es regular pensar que no ha firmado por no saber hacerlo, salvo que se pruebe otra cosa.

Mientras que la imposibilidad del que sabe firmar, puede provenir de causas muy diversas e interesa que se determine la causa verdadera, ya porque no es presumible una imposibilidad, ya también porque la especificación de la causa será muchas veces un gran auxilio para averiguar la verdad o la falsedad, cuando se impugne la validez del testamento.

Los autores en general, hacen notar que esta diferencia no fue advertida por Vélez, ya que ha igualado los dos casos de no saber y no poder firmar (arts. 3660/62).

Prayones(31)(409)manifiesta que la ley ha querido que se indique la causa y el motivo determinante por el cual el testador no pudo firmar, pero no esa expresión generalizada que es de estilo: "no firmó por no poder escribir".

No obstante lo cual algunos fallos han declarado que el escribano había cumplido la exigencia del artículo con esa expresión general y vaga.

En cambio, el fiscal doctor Sayanca(32)(410)sostuvo: "No se concibe que el escribano, obligado por la ley a consignar la causa, que tiene que saberla por el propio testador, no consigne cómo lo supo, dando así motivo u ocasión a que se dude sobre si medió o no tal declaración del testador".

Por su parte el doctor Lagos, al fundar su voto en fallo de la Cám. Civ. 2ª Cap., de 24/7/35, dijo: "La firma del testamento es de legislación universal, no hay Código o costumbre que no la imponga. Si existe imposibilidad de hacerlo, sólo él debe declararla. El tabelión no está autorizado para asentar

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tal posibilidad por sí solo".

Lo que no dijo el testador no puede suplirlo el escribano; porque si así fuera desaparecerían las garantías con que se ha querido rodear un acto solemne.

La nota del art. 3662 disipa toda duda porque, como dijo Salvat, hay que ver en ella la expresión del pensamiento del legislador.

La nota dice claramente que suple la firma "la declaración", es decir, la manifestación del testador y no el hecho de la impotencia, es lo que debe ser expresamente mencionado.

El escribano debe limitarse a dar fe de la manifestación.

Si el art. 3661 lo exige cuando no sabe firmar no cabe distinguir cuando no puede.

Por su parte, el doctor Bossi(33)(411), al pronunciarse en un fallo dijo:

"Si bajo pena de nulidad el testamento debe ser firmado por el testador (art. 3658), la insuficiencia en la explicación de la causa por la cual el otorgante no lo suscribe debe traer aparejada aquella sanción. Y en el caso ello debe ser así no bien se advierta que la excusa invocada se funda en la existencia de una imposibilidad momentánea, meramente transitoria, de escasa duración, según no sólo la idea que da ese vocablo, sino también su acepción, significado o sentido".

"Las razones de la breve imposibilidad; no han sido dadas, situación en la cual no se cumple con las exigencias de la ley".

Es insatisfactoria e insuficiente a la luz del precepto legal, la causa alegada como justificativo de la omisión por parte del testador en firmar la escritura, en tal caso.

No se nos oculta la existencia de fallos más liberales, verbigracia: "no firmó por encontrarse imposibilitado a causa de su enfermedad"(34)(412).

"No firma por hallarse imposibilitado de hacerlo"(35)(413).

En otros casos, aunque existe la obligación de expresar la causa, se ha declarado la validez del testamento(36)(414).

Para Borda(37)(415), la expresión de la causa de la imposibilidad de suscribir el testamento se cumplió con lo que el escribano dejó establecido: "no firmando la testadora por impedírselo su estado físico, estampando su impresión dígito - pulgar de la mano derecha y verificándolo a su ruego don...".

En contra, la Cám. Civ. 2ª Cap.(38)(416)sentenció: "la declaración de que estampó su dedo derecho, no equivale a la declaración de no poder firmar".

Por su parte Fornieles(39)(417), considera errónea la interpretación constante en los fallos (J.A., 1 - 896; 44 - 223; 51 - 204), que exige que la declaración de no poder firmar y la causa deben ser manifestadas por el testador, porque las palabras del art. 3662 son claras y no se prestan a equívocos.

Sostiene que en esos casos el Tribunal ha resuelto no de acuerdo a la ley, sino a la nota, cometiendo el error de que la voluntad del legislador pueda expresarse en otro sitio que no sea en el texto de la ley.

Afirma que: "la nota es confusa y no dice lo que se le quiere hacer decir".

Se apoya en Lafaille y Borda y en un fallo de la Cám. Civ. 1º La Plata, 9/8/35

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

(J.A., 51 - 727).

Si la causa declarada fuera falsa, el caso debe asimilarse al contemplado en el art. 3660, cuando el testador sabe firmar y manifiesta que no firma por no saber hacerlo, en que la ley quita todo valor al testamento.

Sostenemos por nuestra parte, que todas las formalidades establecidas por la ley, especialmente para los testamentos por acto público son esenciales y la mención de haberlas llenado, lo hacen válido en cuanto a sus formas, pero ello no lo convierte en inatacable del punto de vista de la veracidad de las declaraciones que contiene, porque según el art. 3627, sólo prueba por sí, la observancia de tales formalidades.

Su fuerza probatoria es la misma que merecen los instrumentos públicos en general, mientras no sean argüidos de falsedad.

La declaración de no poder firmar o escribir es insuficiente si no se indica la causa del impedimento, como bien lo han resuelto nuestros tribunales (C. Civ. 1ª La Plata, 6/10/25)(40)(418) y también la jurisprudencia y la generalidad de los autores franceses(41)(419).

III. LUGAR DE LA ESCRITURA EN QUE DEBE ACREDITARSE EL CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO

El fallo que ha motivado este estudio que citamos al principio (J.A., 5145, de 9/4/80, pág. 3), sienta la tesis que: "como el propio testador es quien debe manifestar al notario la causa de su imposibilidad de firmar, es obvio que dicha circunstancia forma parte del acto, y por ende, debe encontrarse insertada antes de la lectura, que debe ser, a su vez, previa a la firma".

Se apoya el citado fallo en Borda(42)(420) y Fassi(43)(421).

Nuestra ley, al igual que la legislación francesa, no establece el lugar en que debe consignarse la declaración de no saber o no poder firmar.

El art. 14 de la ley de 25 de Ventoso del año XI, como lo señalan Aubry et Rau(44)(422), determina el lugar, pero se preguntan si por la circunstancia de no estar al final del acto, ello sería causa de anulación.

Como dicen estos autores la cuestión debe ser resuelta negativamente, por el hecho de que el art. 972 del Cód. Civil francés no lo establece, con lo que virtualmente se ha derogado aquella ley y por tanto no podría decretarse dicha nulidad, máxime si la declaración aparece en el cuerpo de la escritura.

Así piensan, Merlin, Rep. N° 3, art. 3º, N° 8; Demante, Cours, IV - 118 bis II; Demolombe, XXI - 320 y demás autores citados por ellos.

Si bien, como sostiene Ferrer(45)(423), es aconsejable por motivos de ordenamiento lógico, que la mención de no poder firmar se incluya antes de la lectura del testamento como una constancia de la conformidad del testador, lo cierto es que ninguna disposición legal del capítulo del Código destinado a los testamentos por acto público, exige esa formalidad, que tampoco se menciona en las notas.

Concordamos con la conclusión de Ferrer: la manifestación de la imposibilidad de firmar puede ir en cualquier parte de la escritura.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Disentimos en cuanto afirma que no es necesario leerla al testador. No se concibe que el escribano pueda omitir la lectura de parte alguna de una escritura, y así lo dispone expresamente el art. 1001, "El escribano...concluida la escritura debe leerla a las partes, salvando al final de ella, de su puño y letra, lo que se haya escrito entre renglones y las testaduras que se hubieren hecho...La escritura hecha así debe ser firmada por los interesados y autorizada al final por el escribano".

Esta norma genérica, en materia de testamentos, la completa el art. 3658, "Bajo pena de nulidad, el testamento debe ser leído al testador en presencia de los testigos...".

Ante los comentarios antes citados, es de preguntarse si ¿el escribano debe leer el encabezamiento, la parte dispositiva o el cierre del acto?

Sostenemos que no puede haber respuesta dispar, la ley dice "la escritura" y ¿qué debe entenderse por tal expresión?

Indudablemente todo el contenido del acto, porque a ese efecto el instrumento no puede dividirse en partes, forma un todo.

IV. CONCLUSIÓN

Los escribanos deben ser sumamente cuidadosos en el cumplimiento de sus deberes.

La principal obligación es que los instrumentos que autorizan reúnan todos los requisitos que marcan las leyes, máxime de los que éstos reputan esenciales, como ocurre en esta delicada materia de los testamentos por acto público.

DOCTRINA - DERECHO **CONSTITUCIONAL**

ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA REFORMA CONSTITUCIONAL(*) (424)

JORGE M. MAYER(**) (425)

El país padece una profunda crisis institucional que subvierte la vida cívica y frena el camino del progreso.

Esta crisis arranca de la ley electoral 8871 del 13 de febrero de 1912, al iniciar bruscamente un gobierno de masas. Hasta el año 1916 el país estuvo bastante bien gobernado por una clase alta, de estancieros, letrados y militares. A partir de 1916, por efectos de la ley Sáenz Peña, entró a gobernar la nueva clase media, constituida en gran parte por los hijos de los inmigrantes. Después de 1946, comenzó a actuar decisivamente por su número, la clase obrera políticamente organizada.

En esta dos etapas sucesivas, consecuencia de una misma corriente, se acentuó el descenso de la capacidad y del acierto de los gobernantes. Pero