

El sordo, el mudo y el sordomudo no pueden testar por acto público*

Julio Chiappini

Sumario: 1. La disposición. 2. El sordo. 3. El mudo. 4. El sordomudo. 5. El proyecto. 6. ¿Reformas parciales?

1. La disposición

Dice como dijimos en el título: el sordo, el mudo y el sordomudo no pueden testar por acto público. Según la nota, la cortapisa fue tomada de Demolombe (t. 21, N° 168) y de Duranton (t. 9, N° 183). Vélez Sarsfield contaba, de Charles Demolombe, con su *Cours de droit civil*, París, Auguste Durand, 1844-1879; es la obra que convoca en la cita y hay una edición actualizada a partir de 1863. También obraban en su biblioteca, del oceánico Demolombe, el *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, París, Auguste Durand, 1861-1866, 6 tomos, y el *Traité des sucesions*, 3ª ed., París, Auguste Durand, 1862-1867, 5 tomos, o, mejor dicho, volúmenes, pues la encuadernación es lo que separa los volúmenes. En cuanto a la cita de Alexander Duranton, tuvo a mano su *Cours de droit civil francais suivant le Code Civil*, 4ª ed., París, G. Thorel, 1844, 22 volúmenes.

La doctrina francesa de la Escuela de la Exégesis prefería titular “cours”, ya que era felizmente legalista. La doctrina alemana, en cambio, solía titular “sistema”, probablemente porque carecía de un Código Civil: recién en 1900 se sancionó el BGB: *Bürgerliches Gesetzbuch*. La creación tardía se justifica por las cuestiones de unificación. También morosa la Universidad de Berlín: 1809. Su primer rector fue Fichte. Era tiránico, a tal punto que ante cualquier discusión rugía: “no olvidéis que por mi boca habla la diosa razón”. A pocos meses fue defenestrado por el claustro y el segundo rector, Savigny, resultó más moderado. Posiblemente conocía el aforismo “haz como que le haces

* Publicado en *El Derecho*, Buenos Aires, UCA, año LI, n° 13283, 22/7/2013.

el juego a los demás cuando en realidad te lo haces a ti mismo”. Es el abecé de la política.

El normativismo francés de época se patentizó cuando aparecieron los primeros exégetas. Pues, Napoleón bramó: “*mon code est perdu*”. Confiaba en que la ley (también era posesivo: “mi código”) era completamente autosuficiente y clara.¹ Lo mismo cuando el profesor Bugnet proclamó: “Yo no enseño derecho civil, enseño Código Civil”.

2. El sordo

Segovia explica el impedimento: “porque no podría escuchar la lectura de su testamento”². Sin embargo, antes, sostuvo lo contrario: “el sordo, que sabe leer, debiera poder testar por acto público”. Se basa en que el sordo puede testar mediante testamento cerrado (art. 3669). Y reprocha: “mi comentario, que ha sido largamente utilizado por otros, sin citarme para nada”³.

Nuestro derecho civil del siglo XIX, el fundacional, albergó cantidad de polémicas. Son entretenidas y aleccionadoras, pues la verdad suele exhibirse mejor por comparación y hasta por confrontación. Lo de entretenidas, en cuanto no sea uno el que quedó en la mala punta de la espada, pero no hay que discutir para tener razón sino en búsqueda de la verdad. O, como los mandarines chinos, que de tan caballerosos si discuten es para darle la razón al otro.

Es cierto, y proseguimos tras la digresión, que, según el artículo 3660, “bajo pena de nulidad, el testamento debe ser leído al testador en presencia de testigos”, pero también es cierto que el testador puede dictar al escribano el texto o dárselo ya escrito o sólo darle por escrito las disposiciones que debe contener para que las redacte en la forma ordinaria (art. 3656).

Nuestro ilustre Codificador, se dice, llegó fatigado a sucesiones. Aquí, acaso, yerra en cuanto coarta el testamento por escritura pública al sordo. Tal vez, suponía que, además, era analfabeto, lo cual tiene lógica, pues la mayoría de la población lo era (la alfabetización comenzó con Sarmiento y, sobre todo, con su ministro de Educación, Avellaneda, su sucesor presidencial). Si el sordo sabía leer, no vemos por qué interdecirle testar por escritura pública. Simplemente, antes de firmar el acto, lee. De ser así, la cortapisa del artículo 3651 es irrazonable al punto de la invalidez. Y en estos tiempos que corren, ni hablar.

1. En su testamento, “la obra de sus obras” en el fino decir de Emil Ludwig, Napoleón asesta: “Mi verdadera gloria no consiste en haber ganado cuarenta batallas sino en haber sancionado el Código Civil”. También sancionó el Código Procesal Civil en 1806; el Código de Comercio en 1807; el Procesal Penal, en 1808; y el Penal, en 1810.

2. SEGOVIA, Lisandro, *El Código Civil de la República Argentina*, Buenos Aires, La Facultad, 1933, tomo II, p. 604. En rigor es de “la Nación Argentina”: art. 35 de la CN. Lo mismo el Banco Central y tantas otras cosas.

3. SEGOVIA, Lisandro, *El Código Civil argentino anotado*, Buenos Aires, Lajouane, 1894, p. 671.

José Olegario Machado halla que la veda al sordo es correcta, pero que debería reformarse el artículo 3658, permitiendo al testador sordo que, si puede, lea.⁴ La jurisprudencia, entretanto, interpretó que la imposibilidad del sordo es del caso (CCiv.yCom. San Isidro, Sala 2, en *El Derecho*, 212-393) y que la sordera debe implicar “la abolición total del sentido acústico” (CCiv.yCom. Rosario, en *La Ley*, 20-672).

De todos modos, y si un artículo como este *tolère la confidence*, me ocurrió en una escritura que la escribana leyó el asunto y, cuando terminó su pomposa lectura, le pedí leer por mi cuenta. Se enfureció, me espetó que jamás le había ocurrido una cosa así, que era inviable que el compareciente desconfiara de un funcionario público y toda una clase de urbanidad y de derecho. No contenta, interpeló acerca de qué garantía tenía de si uno tomaba el protocolo no lo rompía en pedazos. Me sucedía lo siguiente: seguramente que por chochez, bien que siempre me sobrecogió la limitación, cuando me leen no comprendo del todo. Además, quiero leer lo que firmo “con mis propios ojos”, si vale el consabido y triple pleonasma. De modo que balbuceé que no comparecía, pues ella no era una funcionaria pública⁵ y que necesitaba leer por mi cuenta por limitaciones intelectuales. Como amagué con levantarme, accedió no sin revolear recriminaciones y cierta pose condescendiente y Augusta.

En el trance, que luego fustigué acerbamente desde la muflida poltrona doctrinaria,⁶ Ronald Reagan: “confía, pero verifica”. Y, en parte, Guicciardini en carta a Maquiavelo: “sé desconfiado, pero no lo des a entender”. También le recomendó: “busca honor, no honores”.

3. El mudo

Según Segovia, que veía más lejos que Vélez bien que aupado a sus espaldas, la veda al mudo resulta cuestionable:

Desde que no se exige que el testador dicte su testamento (nota del Dr. Vélez al art. 3656), no hay razón para negar al mudo que sepa y pueda escribir, el derecho de estar por acto público (ver la nota del mismo al art. 3624 argumento de dicho artículo y del 3668).⁷

4. MACHADO, José O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, Buenos Aires, Lajouane, 1906, tomo IX, p. 538. La doctrina en general censura la prohibición al sordo: Llerena, Bibiloni, De Gásperi, Ferrer, Zannoni, Medina, Mariani de Vidal, Borda, Pérez Lasala, Ripert y Boulanger. Ver CIFUENTES, José S. (dir.), *Código Civil comentado y anotado*, Buenos Aires, La Ley, 2011, tomo VI, p. 70. En contra: GOYENA COPELLO, Héctor R., *Tratado del derecho de sucesión*, Buenos Aires, La Ley, 2007, tomo II, p. 36. Alega “la necesidad insalvable de escuchar la lectura del testamento”.

5. La escribanía es una profesión liberal. Con prescindencia de lo que califique alguna ley, el notario no es un funcionario público sino que ocasionalmente ejerce funciones públicas. Lo mismo el particular que episódicamente detiene a alguien en flagrante delito (arts. 156 del CPPN y 240 del C. Penal). El funcionario público indefectiblemente debe tener una relación de empleo público.

6. Ver nota extendida en p. 274.

7. SEGOVIA, Lisandro, ob. cit.

En tanto, el artículo 3656, ¿admite que las instrucciones al escribano sean dadas por un tercero y luego el testador consienta y firme? No, según Salvador Fornieles. Explica que:

La ley no se conforma con el simple asentimiento, sino que quiere que la voluntad sea espontánea y directamente manifestada al escribano. Yo agregaría más, inspirado en motivos de ética profesional, y es que debe procurar comunicarse a solas, eludiendo la presencia de terceras personas que puedan cohibir la libre expresión de la voluntad.⁸

Discrepamos. Ya que si el testador puede dar al escribano por escrito sus instrucciones, de allí no se sigue que sean de mano propia. Lo que gravita es que se respeten esos mandatos, con prescindencia de quien los redactó. Nuestra tesis no parece contradecir el artículo 3619. Una cosa es que el testamento demande la actividad *intuitu personae* y otra que, *ad solemnitatem*, se requiera que el memorándum que el testador en ciernes lleva al escribano sea indefectiblemente de su autoría. Bien puede estar escrito a máquina por otra persona. Sí, es prudente que el escribano exija la firma ológrafa del testador al pie y luego teclee el protocolo. La prudencia es el auriga de las virtudes cardinales.

La veda al mudo, y retomamos, deriva del proyecto García Goyena; a su vez inspirado en el artículo 972 del Código francés. De manera que para nada afecta la mudez: “A la hora de la lectura del testamento, él puede oír sus disposiciones sin violar ninguna exigencia legal. Esta incapacidad obedece a un evidente error del codificador”⁹.

Pasa que para nada es menester que el testador hable, har- to basta con que escriba y lea.¹⁰ Y con mayor razón si oye. De modo que, respecto al mudo: “No media falta de discernimiento, ni concurre tampoco ninguna imposibilidad física”¹¹. También en el caso del mudo y conforme al artículo 3656 y su nota, se patentiza “el descuido del Codificador”¹².

4. El sordomudo

En rigor, solamente el sordomudo que no sabe darse a entender por escrito debería sufrir la incapacidad de testar por acto

8. FORNIELES, Salvador, *Tratado de las sucesiones*, Buenos Aires, Abeledo, 1941, tomo II, p. 208.

9. PÉREZ LASALA, José L., *Derecho de sucesiones*, Buenos Aires, Depalma, 1981, tomo II, p. 338. Lo mismo en: FASSI, Santiago C., *Tratado de los testamentos*, Buenos Aires, Astrea, 1971, tomo I, p. 163.

10. MAFFÍA, Osvaldo J., *Tratado de las sucesiones*, Buenos Aires, Depalma, 1984, tomo III, p. 184.

11. LAFAILLE, Héctor, *Curso de derecho civil (Sucesiones)*, Buenos Aires, Biblioteca Jurídica Argentina, 1933, tomo II, p. 245. Lo mismo RUSSO, F., *Testamentos por acto público. La mudez y la inconstitucionalidad del artículo 3651 del Código Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 227. Puede verse además CASTRO MITAROTONDA, F. H., “La nulidad del testamento por acto público y el mudo”, en *Doctrina Judicial*, Buenos Aires, La Ley, 2008, tomo II, p. 153.

12. DE GÁSPERI, Luis, *Tratado de derecho hereditario*, Buenos Aires, TEA, 1953, tomo III, p. 291.

público.¹³ Es la versión del Anteproyecto Bibiloni (arts. 3210 y 3211) y del Proyecto de 1936 (art. 2042). El Proyecto de 1998 contempla que los sordos o mudos puedan testar por acto público (arts. 281 y 2324).

Por lo demás, el artículo 3651 se contradice con los artículos 3617 y 153. Ahora, si se acredita que el testador se limitó a trazar palabras que no eran manifestación de voluntad sino meras copias mecánicas, el testamento es nulo (Cám.Civ. 1ª Cap. Fed., *Jurisprudencia Argentina*, 38-209; *La Ley*, 8-317).

El hecho de que la declaración de sordomudez y de demencia (arts. 637 y 624, CPCN) exijan procesos especiales para la declaración es irrelevante en cuanto a que cuenten con efectos iguales entre sí.¹⁴

Respecto de los ciegos, el artículo 3652 discierne la facultad por acto público. Disposición sobreabundante, sin perjuicio del curioso dictamen “lo que abunda no daña”. Mientras, naturalmente el sordomudo y el ciego pueden testar mediante testamento ológrafo: nota al artículo 3624.

5. El Proyecto

Eliminó, a los fines de poder testar por acto público, las tres incapacidades comentadas (art. 2479). Vélez también titula el capítulo “por acto público”, pero el artículo 3654 exige “escribano público”. Lo de “público” tiene relieve, pues en otros casos equipara al escribano con el secretario del juzgado. Por ejemplo, artículo 979, inciso 4.

6. ¿Reformas parciales?

Está en danza una reforma integral al Código Civil. A nuestro juicio, desde luego irrelevante, luce muchos aciertos y... muchos errores. El más notorio consiste en la unificación con el Código de Comercio. Se deslizaron cuatro o cinco asuntos mercantiles en el ordenamiento civil y, ¡abracadabra!, incorporó lo comercial. Son materias desde luego autónomas y así debían proseguir.

Ignoramos si el Proyecto actual de reformas cuajarán en ley. De todos modos, y no por inteligencia sino por experien-

13. PRAYONES, Eduardo, *Nociones de derecho civil. Derecho de sucesión*, Buenos Aires, Abeledo, 1949, p. 358; ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, Astrea, 2008, tomo 2, p. 350; BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Sucesiones*, Buenos Aires, La Ley, 2008, tomo II, p. 238. Al no saberse dar a entender por escrito, el sordomudo es incapaz absoluto (art. 54, inc. 4).

14. RÉBORA, Juan C., *Derecho de las sucesiones*, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1952, tomo II, p. 260.

cia, por nuestro grado de incompetencia legislativa y política, parecen preferibles las reformas parciales, ir mejorando de a poco. Por ejemplo, en orden a lo que proponemos en estos apuntes. Las reformas parciales pueden tener una pequeña entidad o una entidad importante. Entidad relevante propinaron las Leyes 14.394, 17.711 y 23.515.

Lo otro, la avería gruesa, en realidad jamás se consiguió: anteproyectos y proyectos tras el Código Civil originario, pero a la postre se mantuvo. ¿Será, si vale la prosopopeya, cual una roca en medio del mar? El tiempo, que pasa o queda según se mire, pero para el cual pasamos, seguramente dirá lo suyo: sentencia inapelable. Y acaso ya fue dictada: ocurre que no nos enteramos.

Nota extendida

6. CHIAPPINI, Julio, *Nuevos problemas de derecho procesal*, Rosario, Fas, 2012, tomo 4, p. 166. "Mullida poltrona", cómo no. Pero si uno se equivoca y lo delatan, se convierte en una cama de clavos oxidados. O en una silla eléctrica. De todos modos, el autor y el profesor ("a las palabras se las lleva el viento") evitan más el ridículo. No así los abogados, jueces, funcionarios y legisladores. El empleado público, en cambio, se guarece en su rigidez facial y en que se presupone que puede equivocarse fiero. Se siente atiborrado: el estrés es la usura que pagamos por vivir.