

Análisis del artículo 304 del Código Civil y Comercial de la Nación

Otorgantes con discapacidad auditiva

Claudio A. Blanco

RESUMEN

Del análisis de la normativa, se infiere un tratamiento precario de la figura del otorgante con discapacidad auditiva en el Código Civil y Comercial, que importa un retroceso en materia de derechos humanos y capacidad. La obligatoriedad de la concurrencia de dos testigos no necesariamente calificados para dar cuenta de que el otorgante comprendería el acto –y así también en el caso de persona alfabeto, la firma de una minuta– deviene en un obstáculo al principio de capacidad y torna inconstitucional e inconveniente el artículo 304 CCCN. Se propone en este ensayo un tratamiento más extenso y profundo de la temática, a la luz de los tratados internacionales en materia de discapacidad y derechos humanos. Principalmente, se resalta la necesidad de modificar el artículo 304 a efectos de sanear la problemática planteada, teniendo en cuenta que es deber del Estado velar por el cumplimiento de los derechos humanos.

PALABRAS CLAVE

Escritura pública, otorgantes, discapacidad auditiva, persona analfabeta, intérprete, testigo.

Fechas de recepción y aceptación

19/7/2017 - 4/8/2017

Sumario: 1. Introducción. 2. Análisis de la cuestión. 2.1. El otorgante con discapacidad auditiva en el Código Civil de Vélez. 2.2. El derecho internacional y la Constitución Nacional. 2.3. Otorgante con discapacidad auditiva en el Proyecto de Código Unificado de 1998 y en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial. 2.4. La capacidad en el Código Civil y Comercial. 2.5. El otorgante con discapacidad auditiva en el Código Civil y Comercial de la Nación. 3. Comparación con otras figuras. 4. Función del notario. 5. El caso de la anticonvencionalidad e inconstitucionalidad de la norma. 6. Lineamientos generales. 7. Cuestión de lege ferenda. 8. Conclusión.

1. Introducción

Al aprobarse el Código Civil y Comercial de la Nación con la Ley 26994 (en adelante, “CCCN”) mediante un tratamiento que el común denominador de las personas ha determinado como “expres”, en su artículo 1 se receptó expresamente un principio base, ya

introducido a nuestro derecho interno e incorporado en nuestra [Carta Magna](#) a través de la reforma constitucional realizada en el año 1994. Así, ha quedado estipulado que los casos regidos por el CCCN deben ser resueltos según las leyes aplicables, conforme a la Constitución Nacional y a los tratados de derechos humanos suscriptos por la República Argentina:

Artículo 1º. Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

Partiendo de tal basamento, trataré de abordar la temática del sujeto otorgante con discapacidad auditiva establecido en el artículo 304 del CCCN, y la función del notario frente a él, comparando asimismo su evolución desde el [Código Civil de Vélez](#) hasta la sanción de esta nueva legislación, confrontándolo con otras figuras legisladas y analizando también los distintos proyectos que han dado pie a que estos cambios se produjeran.

2. Análisis de la cuestión

El otorgante con discapacidad auditiva es una persona plenamente capaz con limitaciones sensoriales y, en ciertos casos, para comunicarse, como en el caso de quien no sabe leer ni escribir, quien puede apoyarse en un intérprete idóneo para expresar su voluntad conforme a derecho. Corresponde entonces analizar la figura objeto de este estudio desde distintos puntos de vista, ya sea interno o internacional, recurriendo a su evolución en el tiempo desde la época de Vélez Sarsfield, sobrevolando asimismo el progreso de las ciencias jurídicas en materia de capacidad.

2.1. El otorgante con discapacidad auditiva en el Código Civil de Vélez

De manera preliminar, corresponde señalar que anteriormente se utilizaban los términos *sordo* y *sordomudo* para referirse a las personas que padecen de trastornos en su sistema auditivo, cuestión que el CCCN ha zanjado, refiriéndose a ellos como “personas con discapacidad auditiva”. Estos términos resultan de uso correcto conforme a los principios acogidos en los tratados internacionales incorporados a nuestro ámbito doméstico en materia de derechos de las personas con discapacidad.

Aclarado dicho extremo, y adentrándonos ya en el estudio de la presente cuestión, el artículo 153 del Código Civil establecía que “los sordomudos serán habidos por incapaces para los actos de la vida civil, cuando fuesen tales que no puedan darse a entender por escrito”. Así, en consonancia con ello, el artículo 154 rezaba que cuando un “sordomudo” no supiera darse a entender por escrito, debía procederse como con respecto a los “dementes”, cuyo tratamiento se encontraba tratado en los artículos 141 al 152. Vemos, entonces, que quien padecía tal discapacidad y, además, no sabía ni leer ni escribir era considerado un incapaz de ejercicio.

En contraposición, ante el otorgamiento de actos por parte de “sordomudos” o “mudos” que supieran darse a entender por escrito, *debía* procederse de acuerdo a lo siguiente:

Artículo 1000. Si las partes fueren sordomudos o mudos que saben escribir, la escritura debe hacerse en conformidad a una minuta que den los interesados, firmada por ellos, y reconocida la firma ante el escribano que dará fe del hecho. Esta minuta debe quedar también protocolizada.

En síntesis, el notario tenía la obligación de hacer constar mediante una minuta –que luego debía protocolizar– que el otorgante comprendía y daba su conformidad para dar vida al acto. Ahora bien, si el otorgante sabía leer, ¿cuál sería la razón para que con la simple suscripción de la escritura no se encontrara cumplido dicho requerimiento? Esta razón era la protección jurídica de las personas “sordas”, “mudas” o “sordomudas” para evitar que otros individuos pudieran aprovecharse de ellas; protección basada en la premisa de que dichos sujetos no comprenderían tales actos, sobre todo ante la falta de estudio y avance científico en temas atinentes a discapacidad durante la época en que vivió nuestro más importante maestro del derecho.

Por otro lado, en el caso de que la persona no supiera firmar, debía constar la firma a ruego de otro individuo y, ante la falta de tal requisito, el artículo 1004 del Código fulminaba de nulidad al acto. El artículo 309 CCCN sigue idéntica vía:

Artículo 309. Nulidad. Son nulas las escrituras que no tengan la designación del tiempo y lugar en que sean hechas, el nombre de los otorgantes, la firma del escribano y de las partes, la firma a ruego de ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los dos testigos del acto cuando su presencia sea requerida. La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras, pero los escribanos o funcionarios públicos pueden ser sancionados.

2.2. El derecho internacional y la Constitución Nacional

Bien es sabido que con la reforma de 1994 se incorporaron al ámbito interno, explícitamente (a través del art. 75 inc. 22 de la Constitución), tratados internacionales que gozan de un rango normativo privilegiado dentro de nuestra pirámide normativa, como el conocido Pacto de San José de Costa Rica (Convención Americana Sobre Derechos Humanos, aprobada en la Argentina a través de la Ley 23054). Anteriormente, se entendía que el derecho internacional se encontraba supeditado a no contrariar el derecho interno, cuestión que fue evolucionando con el correr del tiempo y a través de las interpretaciones realizadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante, “CSJN”), hasta llegar a la construcción doctrinaria hoy conocida como bloque de constitucionalidad federal.

Como bien señalaba el reconocido [Bidart Campos](#):

No debe olvidarse, por otro lado, que el derecho internacional contiene como principio básico el de su primacía sobre el derecho interno, al que dio expresión en el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.¹

1. BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, EDIAR, 1995, p. 457.

Por ello, encontramos que determinados tratados (los que versan sobre derechos humanos) comparten la cúspide piramidal con la Constitución y otros se encuentran debajo pero aun así por sobre las leyes internas.

Así las cosas, en el año 2014, la Ley 27044 le otorgó jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos de la Personas con Discapacidad (resolución de Naciones Unidas del año 2006; en adelante, “CDPD”), que ya había sido aprobada en la Argentina a través de la Ley 26378. Como consecuencia de ello, corresponde adecuar la normativa de derecho interno a efectos de dar cumplimiento a los lineamientos allí establecidos.

Siguiendo esta línea, en el artículo 2 de la CDPD se procede a dar ciertas definiciones y, en relación con la temática en estudio, procede a expresar que “por «lenguaje» se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal”. A su vez, en el artículo 3 se enumeran los principios rectores de dicha materia, entre los que destacamos los siguientes: “c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; f) La accesibilidad”. El artículo 4, por su parte, preceptúa las obligaciones generales de los Estados parte, interesándonos para el presente estudio las siguientes:

1. Los Estados Partes se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Partes se comprometen a:
 - a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención;
 - b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;
 - c) Tener en cuenta, en todas las políticas y todos los programas, la protección y promoción de los derechos humanos de las personas con discapacidad;
 - d) Abstenerse de actos o prácticas que sean incompatibles con la presente Convención y velar por que las autoridades e instituciones públicas actúen conforme a lo dispuesto en ella;

El artículo 12, en los apartados 2 y 3 señala que:

2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.
3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Entendemos este “apoyo” en un sentido amplio de la palabra: poner a disposición de la persona con discapacidad un medio por el cual pueda ejercer su capacidad jurídica sin contradecir el espíritu de la Convención y manteniendo de igual forma la seguridad jurídica, sin recurrir a un sistema discriminatorio que –por decirlo de una manera simple– nos aleja en vez de acercar.

Luego, en concordancia con todo lo expuesto, el artículo 24 “Educación”, en su apartado 3, inciso b), expresa que los Estados parte deberán implementar sistemas de enseñanza a fin de “facilitar el aprendizaje de la lengua de señas y la promoción de la identidad lingüística de las personas sordas”.

En líneas generales, la República Argentina se ha comprometido a velar por el cumplimiento de las disposiciones mencionadas anteriormente, colocando a la persona con discapacidad en el plano de igualdad que merece, conjuntamente con el del resto de la sociedad, sin distinción alguna, con la salvedad de la utilización de los mecanismos que resulten necesarios para el mejor ejercicio de sus derechos.

2.3. Otorgante con discapacidad auditiva en el proyecto de Código Unificado de 1998 y en el anteproyecto de Código Civil y Comercial

En el [proyecto de 1998](#) el tema era abordado en el artículo 281, que rezaba:

Otorgante sordo o mudo. Si alguna de las personas otorgantes del acto es sorda, debe leer por sí misma la escritura y el escribano debe dejar constancia antes de la firma de esa lectura y de la conformidad con el contenido de aquella. Si alguna de las personas otorgantes del acto es mudo, la escritura debe hacerse de conformidad a una minuta firmada por ella y el escribano debe dar fe de ese hecho. La minuta debe quedar protocolizada.

La solución abordada en este proyecto resultaba contradictoria, ya que cualquier persona que supiera leer y escribir, no importaba si fuera sorda o tuviera impedimentos en el habla, podía suscribir y otorgar un acto con total capacidad. En el caso de la persona sorda, el notario debía dejar asentado en la escritura que la lee por sí misma y da conformidad. En el caso de la persona muda, ¿qué la diferencia de la persona sorda para que, además de suscribir la escritura prestando así su conformidad, deba firmar una minuta? A mi entender, nada. La firma de la escritura es expresión suficiente de la voluntad del otorgante. Por otra parte, cabe destacar que dicho precepto no hacía mención alguna de quien no sabía leer ni escribir.

En el proyecto de 2012,² la temática era regulada en el artículo 304, pero con diferencias en su enunciación y solución:

Si alguna de las personas otorgantes del acto es alfabeta y tiene limitaciones auditivas significativas, debe leer por sí misma la escritura y el escribano debe dejar constancia antes de la firma de esa lectura y de la conformidad con el contenido de aquella. Siendo analfabeta, deben intervenir dos (2) testigos calificados por su experticia profesional, que puedan dar cuenta del conocimiento y comprensión del acto por parte del otorgante.³

2. Enviado por el Poder Ejecutivo de la Nación al Honorable Congreso de la Nación mediante [Mensaje N° 884/2012](#), suscripto por los entonces jefe de Gabinete de Ministros, Dr. Juan Manuel Abal Medina, y ministro de Justicia y Derechos Humanos, Dr. Julio César Alak. [N. del E.: a continuación, el lector podrá confrontar: a) el CCCN sancionado por [Ley 26994](#); b) el [texto](#) con media sanción del Senado en noviembre de 2013; c) información sobre el [trámite parlamentario](#); d) el [anteproyecto](#) elaborado por la comisión redactora, elevado a consideración del PEN en ese mismo año; y f) los [fundamentos](#) del anteproyecto].

3. Artículo recortado en su parte pertinente relacionado al tema en cuestión.

Aquí, a diferencia de lo que receptaba el proyecto de 1998, ya se aborda la cuestión de que el otorgante sepa leer y escribir. Lo interesante de la solución planteada es que quien sabe leer y escribir debe leer la escritura por sí mismo y prestar su conformidad firmando el acto. En caso de no saber leer, se agregan dos testigos calificados para ayudarle a quien lo otorga a comprender los efectos y alcances del acto.

2.4. La capacidad en el Código Civil y Comercial

En cuanto al tratamiento de la capacidad en el CCCN, y ante los avances doctrinarios y sociales, nos encontramos con un nuevo paradigma que tiene como plataforma el derecho internacional público. Así pues, se ha determinado que solo en casos realmente excepcionales, y en pos de la protección de la persona que esencialmente lo requiera, se le designe un curador mediante una intervención judicial e interdisciplinaria.

El artículo 22 CCCN asegura que

Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados.

Y el artículo 23 indica que

Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial.

Se han eliminado casos que en el régimen anterior constituían incapacidades; el artículo 24 reza:

Personas incapaces de ejercicio. Son incapaces de ejercicio:

- a) la persona por nacer;
- b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo;
- c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión.

En adición, se ha establecido un sistema de salvaguardias y apoyos que el juez deberá designar, conforme a lo instituido por el artículo 32. Cabe advertir una vez más que las personas con discapacidad auditiva no son consideradas incapaces, puesto que no lo son desde ningún punto de vista. Va de suyo que, si bien la cuestión de las salvaguardias y apoyos se encuentra regulada en los pasajes atinentes a la restricción de la capacidad, también resulta de utilidad señalar que el mentado sistema de apoyos no está relacionado específicamente a ello, conforme surge de la interpretación de la CDPD. En efecto, dicho sistema deviene en un mecanismo que funcionaría como intercomunicador para que las personas con discapacidad puedan formular su voluntad en su máxima expresión.

2.5. El otorgante con discapacidad auditiva en el Código Civil y Comercial de la Nación

Resulta necesario recalcar que en este nuevo sistema se ha tomado en cuenta cierta terminología que no resulta peyorativa, por lo que los términos utilizados en el régimen

anterior han sido eliminados de raíz –para bien y, esperamos, para siempre–. Luego de las distintas modificaciones que se suscitaron a fin de aprobar el Código que regiría las vidas de las personas que habitan la República Argentina, el caso del otorgante con discapacidad auditiva quedó plasmado en el artículo 304 con gran discrepancia de lo que establecía [en sus inicios](#), enunciando lo siguiente:

Artículo 304. Otorgante con discapacidad auditiva. Si alguna de las personas otorgantes del acto tiene discapacidad auditiva, deben intervenir dos testigos que puedan dar cuenta del conocimiento y comprensión del acto por la persona otorgante. Si es alfabeto, además, la escritura debe hacerse de conformidad a una minuta firmada por ella y el escribano debe dar fe de ese hecho. La minuta debe quedar protocolizada.

Del análisis de dicho precepto podemos destacar cinco grandes e importantes diferencias que, a nuestro entender, han obscurecido y marchitado el principio que se intentaba proteger:

- a) no se determina el alcance de la denominada “discapacidad auditiva”, pudiendo comprender así a quien aun teniendo un problema auditivo pueda escuchar;
- b) no se hace mención de que el otorgante deba leer el acto por sí mismo;
- c) siempre deben intervenir dos testigos, sea el otorgante alfabeto o analfabeto;
- d) no se exige que dichos testigos posean la cualificación y aptitud suficientes para determinar si el otorgante da cuenta del conocimiento y comprensión del acto;
- e) se exige que, si el otorgante es alfabeto, además de suscribir la escritura, debe firmar una minuta insistida.

En efecto, podemos ver a simple vista que el articulado vigente contradice los principios y obligaciones adoptados por la República Argentina, que han sido mencionados en apartados anteriores.

De forma preliminar, consideramos que sería prudente utilizar el término *intérprete* y no *testigo* para estos casos. Aclarado dicho extremo, en cuanto al punto a) de las cinco diferencias apuntadas, creemos que resulta necesario determinar el alcance de la expresión “discapacidad auditiva”, ya que existen personas con esta limitación sensorial que pueden, aun en un grado mínimo, escuchar. Dicha cuestión se encontraba zanjada por su anterior enunciación al expresar “limitaciones auditivas significativas”.

En relación con el punto b), no entendemos la eliminación de este requisito, toda vez que si el otorgante se encuentra capacitado para leer y escribir, puede comprender y consentir el acto que pretende otorgar. Dicho esto, y analizando en forma conjunta el punto c), la carga de la participación de dos testigos en el caso de la persona alfabeto deviene ilógica.

Con respecto al punto d), relacionándolo con c), en el caso de la persona alfabeto aplica lo dicho anteriormente. Ahora bien, en la situación de la persona analfabeto, ¿qué cualidades puede tener un testigo, llamémoslo “simple”, para dar cuenta de que el otorgante comprende debidamente el acto que está celebrando si no posee la idoneidad necesaria? La solución se encontraba dada, a nuestro entender, de manera correcta en el anterior enunciado del artículo 304⁴ al requerir la experticia del testigo. Ante tal pro-

4. Tratado en el punto 3 del presente ensayo.

ceder, se evidencia la discriminación practicada por el nuevo enunciado, al no tener en cuenta las disposiciones en materia de derechos humanos vigente.

En adición, trayendo a colación lo explicado para el punto b), el requisito de la suscripción de una minuta por parte del otorgante alfabeta resulta a todas luces contradictorio. En cuanto al otorgante analfabeta, resultaría correcto, debiendo ser suscripta también por quien le apoye, conforme su experticia, a fin de que el sujeto comprenda el acto y preste su conformidad.

Por último, a modo de brindar un mayor entendimiento de lo analizado, corresponde recordar que, si bien el artículo 1000 del [Código Velezano](#) no lo indicaba, la doctrina notarial opinaba que resultaba de buena práctica que el otorgante con discapacidad auditiva leyera el acto por sí y el escribano autorizante dejara ello debidamente asentado en el instrumento. Sentimos que no ha sido correcto dejar de lado la expresión de tal corriente doctrinaria cuando incluso se ha mantenido el sistema de la minuta insistida. De todas formas, corresponde que el notario haga leer al otorgante por sí y deje constancia instrumental del hecho. Por ello, proponemos lo siguiente:

- a) En caso de ser otorgante que sepa leer y escribir, a los dos testigos requeridos no se les debería exigir cualidad alguna.
- b) En caso de no saber leer y escribir, consideramos necesario que por lo menos uno de los testigos tenga aptitudes de interpretación, a efectos de poder “trasladar” la voluntad del otorgante al escribano.

3. Comparación con otras figuras

El artículo 302 [CCCN](#) reza:

Idioma. La escritura pública debe hacerse en idioma nacional. Si alguno de los otorgantes declara ignorarlo, la escritura debe redactarse conforme a una minuta firmada, que debe ser expresada en idioma nacional por traductor público, y si no lo hay, por intérprete que el escribano acepte. Ambos instrumentos deben quedar agregados al protocolo.

Los otorgantes pueden requerir al notario la protocolización de un instrumento original en idioma extranjero, siempre que conste de traducción efectuada por traductor público, o intérprete que aquél acepte. En tal caso, con el testimonio de la escritura, el escribano debe entregar copia certificada de ese instrumento en el idioma en que está redactado.

A nuestro entender, los criterios utilizados producen un trato desigual entre las dos figuras que contraponemos. En el caso de la persona no oyente que lee y escribe, es claro que conoce el idioma nacional, por lo que, como hemos dicho anteriormente, suscribir una minuta es imponerle un trato desigual sin fundamento alguno más que el de un capricho del legislador.

A distinta situación nos enfrentamos cuando el otorgante no sabe leer ni escribir: cabe advertir que no es correcto concebir que, si una persona no sabe leer ni escribir, no puede comprender el acto que está otorgando. Nos preguntamos entonces, ¿por qué si el otorgante no tiene discapacidad auditiva y es analfabeta, no se le exige también que concurren uno o dos testigos idóneos –por su experticia– y que se suscriba una minuta? En

tal situación, no encontramos diferencia entre analfabeta no oyente y analfabeto oyente, más que su desigualdad sensorial, lo que de ningún modo puede ser tomado como excusa para establecer que no comprende el acto porque no escucha.

Por otro lado, es evidente que en el caso de que el otorgante no conozca el idioma nacional, tenga una discapacidad auditiva significativa y sea analfabeto, deberá componerse un sistema simbiótico que entrelace sendas normas (arts. 302 y 304), solicitando dos intérpretes calificados (un traductor y un intérprete de personas no oyentes), y otorgándose dos minutas, una en idioma nacional y otra en idioma extranjero.

En correspondencia con todo esto, resulta de sumo interés que, en la parte dedicada a las disposiciones generales de las sucesiones testamentarias, el artículo 2467 CCCN establezca que resulta nulo el testamento o, en su caso, la disposición testamentaria

e) por ser el testador una persona que padece limitaciones en su aptitud para comunicarse en forma oral y, además, no saber leer ni escribir, excepto que lo haga por escritura pública, con la participación de un intérprete en el acto;⁵

Aquí, la norma transcrita en su parte pertinente exige un intérprete en el acto. Da cuenta de la aptitud del sujeto que le servirá como medio idóneo al otorgante para prestar su voluntad. Entonces, de conformidad con el artículo 304, para el caso de los testamentos otorgados por sujetos de tales características, ¿serían tres sujetos los que deben concurrir además del otorgante, el intérprete y dos testigos que den cuenta de que comprende el acto? En tal caso, los testigos ¿actuarían como intérpretes también? Como dijimos anteriormente, los testigos dan cuenta de que el acto sucedió, pero no pueden dar testimonio de que el otorgante comprende el acto o no, porque carecen de dicha aptitud.⁶

Un *intérprete*, según la definición de la Real Academia Española, es una “persona que explica a otras, en lengua que entienden, lo dicho en otra que les es desconocida”. En una entrevista realizada al traductor Walter Kerr,⁷ este dijo:

A mí me gusta hacer un contraste entre la traducción y la interpretación; siempre tomo el primer término sobre la base de sus raíces: la idea de llevar algo al otro lado. Esta idea no sólo se refleja en los idiomas latinos, sino también en los idiomas germánicos; en alemán tienen una palabra muy gráfica para describir la traducción: *Übersetzung*, literalmente “poner del otro lado”, es decir, tomar algo, en este caso, un mensaje, y colocarlo “del otro lado del río”, para que otra persona, con otro código lingüístico, pueda recibirlo y entender de qué se trata. Y haciendo referencia al tema de la interpretación destaco que, etimológicamente, *interpretar* sugiere un rol activo; no ya tomar el mensaje y ponerlo del otro lado, sino también mediar en ese mensaje de otra manera. De todas formas, tanto en el caso de la traducción como en el de la interpretación, traductores e intérpretes cumplen con esa función de mediadores para sostener la comunicación, si bien de distinta manera.⁸

5. El destacado nos pertenece.

6. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española online*. [Última consulta: 11/10/2017].

7. Abogado y traductor por la Universidad de Buenos Aires (UBA), traductor oficial de la Presidencia de la Nación, director de la Dirección de Traducciones del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto.

8. KERR, Walter C., “Entrevista al traductor Walter Kerr” [realizada por Natalia Rezzonico y Mariano Vitetta], en *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, N° 87, 2009, pp. 355-372. Puede verse [aquí](#) [última consulta: 29/9/2017].

Llama la atención la parte en que se refiere a “otro código lingüístico”. Todos nos comunicamos de una manera u otra, dentro de nuestras posibilidades, y en ciertos casos será necesario un sujeto que actúe –utilizando las palabras del doctor Kerr– como un mediador del mensaje.

Las personas no oyentes pueden comunicarse a través de un lenguaje de señas y para ello será necesaria la intervención de un intérprete que le ayude a comunicar su voluntad –en el caso que atañe– al escribano. Entonces, ¿cuál es la diferencia entre una persona no oyente y una que no puede comunicarse oralmente, más allá de tal impedimento físico? Si ambos saben leer y escribir, pueden expresar su voluntad sin inconveniente alguno. Si no saben darse a entender por escrito, ambos necesitarán de un intérprete para tal fin. No logramos comprender el fundamento de la diferenciación realizada al exigir sujetos que obren de “testigos” sin ningún tipo de cualidad especial para quien sufre de una discapacidad auditiva, menos para quien sabe comunicarse por escrito.

Ante todo lo estudiado, creemos correcto que en el caso de una persona analfabeta y con discapacidad auditiva, se conceda una minuta que contenga, asimismo, la conformidad de un tercer sujeto que posea la idoneidad necesaria para dar cuenta de que el otorgante comprende el acto al que se pretende dar vida.

4. Función del notario

Algunas de las funciones del notario, como bien sabemos, son las de receptor la voluntad de las partes e interpretarla, para así calificar el acto que ellas pretenden realizar y darle forma jurídica. Explica Abella⁹ que en el acto intelectual de interpretar que realiza el escribano, en principio, toma conocimiento mediante la rogación, interpreta el mensaje y explica, asesorando jurídicamente a las partes sobre las consecuencias jurídicas del acto que desean realizar, para que adecuen esa voluntad a los negocios y formas jurídicas que resulten más convenientes a sus intereses. Estas etapas tienden al logro de la seguridad jurídica.

El notario no es otro sino el sujeto de carácter imparcial que, por su actividad profesional, presta sus conocimientos y técnicas al deber de la justicia y seguridad jurídica. En relación con tal función, ejerce el deber de juzgar la capacidad de los otorgantes, pero nunca en carácter similar al del juez. Al respecto, Etchegaray recuerda el VI Congreso Internacional del Notariado Latino (Montreal, 1961) y destaca que en el capítulo 2 del trabajo presentado por el equipo argentino –del cual formó parte–, en primer lugar se expone la siguiente regla:

Con prescindencia de que las normas contenidas en los ordenamientos jurídicos obliguen o no al notario hacer constar en el texto del instrumento la capacidad legal de los comparecientes y de las partes, es su deber cerciorarse de la misma dentro de los límites de hecho y de derecho que en el desempeño de sus funciones le permitan apreciarla o reconocerla.¹⁰

9. ABELLA, Adriana N., *Derecho notarial. Derecho documental. Responsabilidad notarial*, Buenos Aires, Zavallía, 2010, p. 83.

10. Ver ETCHEGARAY, Natalio P., “El notario y el juicio de capacidad del requirente frente al Código Civil y Comercial de la Nación” [online], en *Revista del Notariado*, N° 924, 2016; quien cita a AA. VV., [trabajo de la delegación

Como bien se detalla, dicha acción debe ser ejercida “dentro de los límites de hecho y de derecho”. Por ello, y conforme a lo analizado en apartados anteriores, entendemos que resulta necesario que el notario, en cumplimiento de sus funciones, recurra al apoyo de otras disciplinas a fin de alcanzar el máximo grado de certeza, exactitud y fidelidad en la interpretación de la voluntad del otorgante. A tal fin, le corresponde al Estado Nacional realizar los actos necesarios para que ello pueda ser ejercido, en pos de la seguridad jurídica y del cumplimiento de los más fundamentales principios de los derechos humanos.

5. El caso de la anticonvencionalidad e inconstitucionalidad de la norma

Vistos los argumentos hasta el momento exployados, corresponde preguntarse ahora qué sucedería en el caso de que dicho artículo fuera declarado nulo por encontrarse en plena contradicción con la Constitución y los tratados internacionales. En efecto, el artículo 309 CCCN establece que serán nulas las escrituras que no tengan las firmas de las partes, o la firma a ruego cuando no sepan leer ni escribir, y la de los dos testigos cuando su presencia es requerida, entre otros requisitos que no atañen al presente tema.

Se llama *testigo* a una persona que está presente en un acto o en una acción, con o sin intención de dar testimonio de lo que ha ocurrido. Asimismo, se conoce como *testigo instrumental* al que en documentos notariales afirma junto con el notario el hecho y el contenido del otorgamiento.

Al decir el artículo 304 CCCN que “deben intervenir dos testigos que puedan dar cuenta del conocimiento y comprensión del acto por la persona otorgante”, los coloca en una posición, en un peldaño –por decirlo de otra manera– distinto que el de un simple testigo instrumental. No aseveran acerca del acto sino que se los exige –por ponerle un nombre– como un sistema de aseveración de capacidad.

Conforme a las reglas establecidas en cuanto a la capacidad de las personas, nadie tiene facultades para restringir la capacidad más que un juez mediante un proceso judicial. Ergo, una norma no puede establecer una suerte de sistema de apoyo sin mayor fundamento que una discapacidad sensorial. Ello resulta en restringir la capacidad al exigir requisitos que no son de carácter probatorio del acto sino de la capacidad misma de la persona. Otorgarle tal facultad a un simple testigo resulta completamente ilógico. En tal sentido, no pueden desde ningún punto de vista dar cuenta del conocimiento o comprensión del acto, solo pueden dar testimonio de que ese hecho que están presenciando sucede tal y como se da en el ámbito fáctico.

¿Qué aptitudes puede tener un simple testigo para interpretar la voluntad y dar testimonio de que el otorgante comprende el acto? Ninguna. Tal podría ser el caso –por decir un descabellado ejemplo– de un ávido fumador que, justo por ir a comprar cigarrillos en la esquina de donde se asienta la escribanía, dirigiéndose a su destino, pase marchando por la puerta en un momento inadecuado para cumplir con su objetivo, se le solicite ser testigo y se preste a dar testimonio de que el sujeto *comprende* el acto que está otorgando, sin haberlo visto jamás en su vida. Creemos que tal proceder deviene en

argentina], en *VI Congreso Internacional del Notariado Latino*, t. 1, Montreal, Unión Internacional del Notariado Latino, 1961, p. 291.

un requisito de exceso formal, sin sustento alguno, que contraviene los más elementales derechos humanos.

El artículo 27 de la [Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969](#) (aprobada en Argentina por Ley 19865) expresa que “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”. Nos encontramos ante la disyuntiva de no aplicar una norma que exige requisitos cuyo incumplimiento acarrearán la nulidad formal del acto y cumplir con la normativa internacional, o bien aplicarla y contradecir así de manera arbitraria todas las bases fundacionales del derecho actual en materia de derechos humanos. Lamentablemente, mientras no se discuta esta temática, deberá procederse conforme a lo establecido en el CCCN, vulnerando así derechos inherentes y reconocidos supranacionalmente. En definitiva, lo que prohíbe el artículo 27 anteriormente mencionado es lo que está sucediendo actualmente en el derecho interno argentino. Todo ello, por el atropello de adjudicarse conquistas políticas cuando correspondería trabajar en pos del bien social. Por otro lado, en el artículo 295 CCCN, el cual establece quiénes no pueden ser testigos en instrumentos públicos, nada se dice acerca de los sujetos no oyentes. Así, el requisito de testigos “porque sí” es incomprensible.

Entendemos que el otorgante alfabeto puede ser testigo sin ningún tipo de inconveniente, mas no quien es analfabeto, cuyo impedimento para ser testigo no se relacionaría con su discapacidad física sino más bien con una cuestión plenamente instrumental.

6. Lineamientos generales

Así pues, a efectos de dejar en claro estas ideas, corresponde sintetizar lo interpretado en este ensayo:

1. Resulta anticonvencional y, por ende, inconstitucional el tratamiento del otorgante con discapacidad auditiva en el CCCN. Al ser persona humana capaz, la cuestión de incorporar a dos testigos sin cualidad alguna para “que puedan dar cuenta” de la comprensión del acto resulta contrario a todos los principios básicos del hombre, debiendo modificarse los términos utilizados.
2. El notario, en cumplimiento de sus funciones, ejerce el juicio de capacidad de los otorgantes del acto. En tal caso, debería encontrar sustento en sujetos que actúen de intérpretes a fin de complementar dicha tarea si es que la persona no sabe ni leer ni escribir. Así, en el caso del otorgante no oyente que no sepa ni leer ni escribir, sería preferible que uno de los testigos tenga idoneidad como intérprete a efectos de percibir su voluntad con el mayor grado de exactitud posible.
3. En el caso del otorgante que sepa leer y escribir, es importante continuar con la práctica cotidiana, consistente en que lea la escritura por sí y dejar asentado ello. Lamentablemente, mientras se encuentre vigente el artículo 304 con la actual redacción, deberán requerirse los dos testigos instrumentales y la suscripción de una minuta.
4. El Estado Nacional, en función de las obligaciones y directrices impuestas en el marco del derecho internacional, debe arbitrar los medios necesarios para facilitarle

al otorgante analfabeto un apoyo preciso para expresar su voluntad con fidelidad y, asimismo, para que comprenda las consecuencias jurídicas del acto que pretenda otorgar.

7. Cuestión de *lege ferenda*

En el hipotético caso de que en un futuro incierto la presente cuestión sea objeto de modificaciones, creemos que el artículo 304 debería ser redactado de la siguiente manera:

Artículo 304. Otorgante con discapacidad auditiva. Si alguna de las personas otorgantes del acto es alfabeto y tiene discapacidad auditiva significativa, debe leer por sí misma la escritura y el escribano debe dejar constancia antes de la firma de esa lectura y de la conformidad con el contenido de aquella. Si alguna de las personas otorgantes es analfabeta, deberá intervenir un intérprete calificado por su experticia profesional y/o reconocida dentro del ámbito de la comunidad no oyente, que pueda dar cuenta del conocimiento y comprensión del acto por parte del otorgante. En tal caso, la escritura debe hacerse de conformidad a una minuta firmada por el otorgante y el intérprete, debiendo el escribano dar fe de ese hecho. La minuta debe quedar protocolizada.

8. Conclusión

- La redacción del actual artículo 304 CCCN constituye un retroceso en la materia; su anterior enunciación resultaba concordante con la evolución del derecho en lo atinente a personas con discapacidad.
- Una temática de tan importante magnitud debe ser estudiada y discutida a fondo, además de incluir activamente a las asociaciones de personas con discapacidad auditiva, ya que, a fin de cuentas, son ellos quienes se encuentran más capacitados para determinar cuál es el más correcto mecanismo a aplicar y, así, arribar a una solución que logre armonizar los principios más elementales del derecho con lo actualmente legislado, como así también con las obligaciones contraídas por el Estado Nacional en materia de promoción, inclusión y protección de las personas con discapacidad.
- Corresponde, entonces, y en cumplimiento de los compromisos asumidos internacionalmente, que el Estado arbitre los medios necesarios para regular e implementar los mecanismos que les permitan a las personas con discapacidad auditiva acceder a la educación en sistemas de comunicación como el lenguaje de señas, incluyéndolos en todos los aspectos de la vida cotidiana, y que puedan ejercer sus derechos sin restricciones paradójicas, como resulta de la actual enunciación del artículo 304 CCCN.
- Es necesario que dicho articulado se declare inconstitucional y anticonvencional, a fin de que la normativa interna resulte acorde a la internacional, y que eso conlleve a su reformulación teniendo en consideración todas las cuestiones anteriormente expuestas.

9. Bibliografía

ABELLA, Adriana N., *Derecho notarial. Derecho documental. Responsabilidad notarial*, Buenos Aires, Zavalía, 2010.

BIDART CAMPOS, Germán J., *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa*, Buenos Aires, EDIAR, 1995.

ETCHEGARAY, Natalio P., “[El notario y el juicio de capacidad del requirente frente al Código Civil y Comercial de la Nación](#)” [online], en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, N° 924, 2016.

KERR, Walter C., en “Entrevista al traductor Walter Kerr” [realizada por Natalia Rezzonico y Mariano Vietta], en *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, N° 87, 2009, pp. 355-372.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española versión web*.