

Testamentifacción activa de los sordomudos que no saben leer ni escribir

P O R

TOMAS ALBI AGERO

N O T A R I O

En el primitivo derecho romano se negaba la *testamenti factio activa*, no solo al sordomudo, sino al simplemente sordo.

Es preciso llegar a la Instituta de Justiniano, para encontrar la admisión del testamento otorgado por el sordo, condicionado por la posibilidad de expresión de voluntad, verbalmente o por escrito, y la previa autorización del Príncipe.

Las Partidas distinguen entre sordomudos de nacimiento, o por accidente que no sepan escribir, a los que se prohíbe en absoluto testar y sordomudos por accidente que sepan escribir, a los que se permite testar, si escriben por sí el testamento, o si obtuvieron autorización real para que otro lo haga por ellos.

Nuestro Código civil, a diferencia de tales precedentes y de otras legislaciones, no contiene precepto alguno que incapacite para testar a los sordomudos.

Siguiendo el principio «Todos aquellos a quien non es defendido por las leyes desde nuestro libro, pueden facer testamento» contenido en la ley 13, título 1.º de la Partida 6.ª, sienta la regla general, de que pueden testar todos aquéllos a quienes la ley no lo prohíba expresamente (artículo 662), pero se aparta de las Partidas, al señalar las excepciones, contenidas en ellas en gran número y reducidas en él a dos: menores de catorce años y los que habitual o accidentalmente no se hallaran en su sano juicio (artículo 663).

No existiendo prohibición legal para que testen los sordomudos que no sepan leer ni escribir, hay que examinar si se encuentran imposibilitados de hacerlo, por no poder cumplir las solemnidades que para las distintas formas testamentarias establece el Código civil.

El testamento ológrafo les será imposible, puesto que la necesidad de escribirlo de su propia mano es esencial, y no pueden llevarla.

Tampoco el testamento cerrado les será de aplicación, ya que el artículo 709 solo permite otorgarle a los sordomudos e imposibilitados de hablar, si saben escribir.

En cuanto al testamento abierto, se permite al sordo, sin ninguna especialidad, siempre que no sea enteramente sordo, considerándose que no le es, aquél que puede oír, hablándole en alta voz o por aparatos acústicos, criterio aplicable también a los testigos testamentarios, que reiteradamente sostiene el Tribunal Supremo a partir de su sentencia de 18 de junio de 1896.

El enteramente sordo puede también testar siempre que lea por sí el testamento, o en otro caso designe dos personas que lo lean en su nombre ante Notario y testigos. (Artículo 697).

El problema agudo se plantea con respecto al enteramente sordo que no sabe o no puede hablar, leer ni escribir.

Nuestro Código civil basándose en el criterio espiritualista del Ordenamiento de Alcalá, condensado en la frase famosa, «de cualquiera manera que aparezca que uno quiso obligarse, quede obligado», se aparta de las fórmulas sacramentales del derecho roma-

no y entiende con preferencia a la intención, a la voluntad, sobre la materialidad de la forma de expresión.

Tal criterio se muestra en sus artículos 1.281 y 675, sobre interpretación de contratos y de testamentos, respectivamente.

No exige que el testador manifieste su voluntad de palabra o por escrito, se limita a decir el artículo 679 que la *manifieste* y el 695, que la *exprese*, sin que tampoco imponga, que se nombre al heredero, porque si se omite ese nombre, pero lo *designa* de modo que no puede dudarse quien sea el instituido, valdrá la institución, a tenor del 672.

Sin que se prohíba en ese cuerpo legal, la mímica como medio de comunicación legal con los sordomudos, antes al contrario, el artículo 697, permite testar al enteramente sordo, aunque no sepa leer, debiendo en tal caso, designar dos personas que lean el testamento en su nombre. ¿Cómo le será posible hacer esa designación, no sabiendo leer ni escribir? No podrá hacerlo más que por señas. ¿Y cómo será posible enterarle de que tiene que hacer esa designación? Solamente con la mímica. Vemos, pues, que no está proscribida esta forma de comunicación con los sordomudos que no sepan leer ni escribir. Y si esto sucedía el año 1889 en que se publicó el Código civil, cuando no había escuelas especiales para enseñar a hablar a estos sujetos. ¿Qué sería hoy, que pueden aprender a comunicarse con sus semejantes?

Tampoco se les prohíbe realizar acto tan importante como el de contraer matrimonio, en el que han de expresar su voluntad de casarse con persona determinada y han de asentir a la otorgación del acto propuesto por el autorizante del mismo.

Por eso entiendo que no estando prohibido testar a los sordomudos que no sepan leer ni escribir, no es lícito negarles en términos absolutos la testamentifacción activa, como hacen la mayoría de los tratadistas. Lo que importa, para evitar los peligros que

se señalan a los testamentos de estos sujetos, es que puedan expresar su voluntad a notario y testigos, en forma indubitada para éstos.

Cuando la disposición testamentaria es compleja, resultará difícil o imposible esa expresión, pero cuando es sencilla y natural, limitándose por ejemplo a instituir heredero universal al cónyuge, que le acompaña y ayuda, sería iniquidad privarle de la facultad de testar, si puede expresarla indubitadamente, ordenándola en forma tal que su testamento pueda cimentar su dicha, mientras que el no otorgarlo labraría su desgracia, al privarle del estímulo de protección y ayuda de personas que se han decidido a unir su suerte a la suya, cuidándole y asistiéndole en sus necesidades, y dejándole tal vez a merced de una protección titular oficial, que muchas veces resultará fría y estéril.

Si el testador comparece acompañado de su esposa, con el certificado de casamiento de ambos, siendo conocidos además de notario y testigos, a quienes les consta que conviven en buena armonía y que por añadidura no existen otros herederos abintestato que sobrinos, que nunca se ocuparon del sordomudo, a quien tal vez no conocen, y con señas indubitadas para notario y testigos señala a su esposa, *expresa* (artículo 695) que al morir él quiere que todo sea para ella, la entrega incluso sus títulos de propiedad, en fin, gesticula con la mímica tan expresiva de los sordomudos y todos los que lo presencian quedan convencidos de que su voluntad es dejar heredera a su esposa, ese testamento debe autorizarse, so pena de cometer una grave injusticia y un profundo trastorno en la familia, del cual resultaría el sordomudo el primer perjudicado.

Lo mismo sucedería si el testador tuviera un solo hijo y compareciera acompado de él.

Por consiguiente, no puede rechazarse absolutamente la testi-

mentifacción activa del sordomudo que ño sepa leer ni escribir, aunque el notario y testigos deben proceder con gran cautela, y solo lo autorizarán cuando no les quepa la menor duda de la intención del testador.

El mecanismo de este testamento, será el mismo que el del sordo que no puede leer, o sea que se dará lectura al testamento tres veces, una por el Notario y otra por cada una de las dos personas que el testador designara para que lo lean, siempre ante notario y testigos instrumentales. (Artículo 697). Si el sordomudo no sabe leer ni escribir, pero sí estampar su firma, como es frecuente, deberá hacerlo, consignándose por el notario esta circunstancia.

Avilés mayo 1942.