

## Lo legal y lo justo<sup>(1)</sup>

La sentencia pone término al proceso: es para el Juez el momento más solemne y de mayor responsabilidad. Es cuando realmente encarna la Justicia y necesita despojarse de toda preocupación personal, de toda influencia extraña, de escuela, de secta, sentimental, profesional, jerárquica, popular, mediante un severo examen de conciencia que le asegure de la pureza de su corazón de juez.

El fallo ha de ser un exacto silogismo, en el cual la mayor esté representada por el texto legal aplicable al caso del pleito; la menor, por la fórmula concreta de la cuestión a resolver, y la consecuencia o conclusión, ha de ser el fallo. Tal es el orden discursivo que debe seguir el Juez; pero no la forma externa de su decisión: en la práctica, lo primero es la exposición del *hecho*, o sea de la cuestión propuesta; lo segundo, el razonamiento de la doctrina legal adaptable, y lo último, el precepto judicial decisivo. Observando el otro método en el trabajo mental, preparatorio, del Juez, se evita el riesgo de amañar inconscientemente un patrón infiel para la justa aplicación del Derecho.

Dice el Rey Sabio en la Ley XI del Título IV de la Partida III: «Verdad es cosa que los Judgadores deuen catar en los pleytos, sobre todas las otras cosas del mundo... e deuen ser acuciosos en puñar de saber la verdad dél (pleyto) por quantas maneras pudieren.» Un pleito no es otra cosa que la lucha por la verdad respecto de un hecho o de una situación: la demanda es

(1) Extracto fragmentario de un capítulo de la obra que sobre ciencia del procedimiento judicial está escribiendo nuestro distinguido compañero el Registrador de la Propiedad jubilado don Víctor Navarro. Comentario a unas sentencias en materia testamentaria.

el reto; el demandado recoge el guante; el combate se desarrolla en el período de prueba. En él ha de recoger el Juez los elementos para su convicción, analizando una por una todas las diligencias practicadas, y agrupándolas en tres categorías: desecharables, dudosas y decisivas. Descartando la confesión o reconocimiento del hecho por el litigante a quien perjudica, la cual, según el proverbio, releva de prueba, quedan como piedras de toque de la verdad, los testigos y los documentos. Respecto de los primeros hay que mirar, antes que las declaraciones, las preguntas, que, aun siendo pertinentes, pueden resultar capciosas; las condiciones de veracidad del deponente, y su disposición de ánimo. En cuanto a los documentos, lo primero es su autenticidad, comprendiendo en este concepto todas sus circunstancias de forma, fondo, lugar y tiempo. En realidad, estos instrumentos suelen ser mixtos, pues, o están avalados por testigos de presencia, cuando son privados, o impuestos por la ley como requisito solemne. A este último aspecto corresponden tres recientes sentencias judiciales que nos dan pie para discurrir sobre el contraste práctico de los precedentes principios.

Se ventiló en los tres respectivos juicios, el valor de sendos testamentos: la tramitación subió hasta el Supremo. Los fallos de éste atañen más al *derecho que al hecho*. Dejando para luego su examen, comentaremos ahora el que pronunció el Juzgado en uno de los pleitos, y que acusa una inconcebible pérdida de sentido jurídico. El primer considerando es de un augurio fatal: «Del examen del contexto del referido testamento, *prescindiendo de todo lo que está fuera del mismo*, resulta que en él aparecen cumplidos los tres requisitos esenciales que señala el art. 395 del Código civil... y, por tanto, a juzgar por este solo documento, fuera preciso declarar su perfecta validez, como expresión fiel de la última voluntad de....». Y en el considerando último corrobora esta idea al justificar la no imposición de costas, porque «los demandados no han incurrido en temeridad al sostener la validez de un testamento que aparece extendido con arreglo a la ley». ¿En qué causas, pues, «que no constan del mismo» ha podido el Juez fundar su declaración de nulidad?

Si destapamos el *pastel* confeccionado por ese funcionario, veremos que el relleno consiste: 1.º La conversión en considerandos

de los números de hecho de la demanda. 2.º La concesión de indubitada a una sola de las dos versiones contradictorias de unos testigos que habiendo afirmado espontáneamente con el Notario la verdad de todo el contenido del testamento, lo desmienten con posterioridad a instancia e interrogatorio del demandante, de conformidad con lo expuesto en la demanda: con lo que se hacen reos de falso testimonio, puesto que sus opuestas aseveraciones son inconciliables. 3.º Sentar como prueba judicial decisiva *el conjunto* de las declaraciones distintas de cuatro testigos de referencia respecto de la incapacidad para testar de la causante, sobre circunstancias que pudieron haber acreditado directamente las personas aludidas. 4.º Hacer argumento condenatorio, del hecho de que la testadora mantuviese válido su testamento de 1909, hasta 1922: Y 5.º Dar valor persuasivo a la protesta de los parientes preteridos y a la supuesta extrañeza del público.

Pasemos sin más comentarios a otro terreno de mayor fondo, si bien de explotación menos segura. En él influyen elementos científicos, morales y hasta de simple sindéresis. Es campo en el que se disputan la posesión, *lo Justo y lo Legal*, o dicho de otro modo, *el fondo y la forma*.

No debe ser el Juez un simple mecanismo automático que únicamente dé la nota correspondiente al registro o tecla que se pulse; ni tampoco una fuerza libre carente de disciplina, que actúe en la dirección y con la intensidad que su particular y accidental inclinación le inspiren: entre esos dos extremos se ha de colocar el ente de razón que, ni puede prescindir, en absoluto, de las normas que restringen su albedrío, ni abdicar por completo de su facultad natural de discernimiento tomando por guía la regla Alfonsina de que prevalezca la verdad «sobre todas las cosas», y como aforismo experimental, el conocido proverbio: «La letra mata y el espíritu vivifica».

Aunque no es imposible el caso de que exista desacuerdo entre la mente de la ley y su expresión gráfica, lo más común es que se hallen bien concertados constituyendo un sólido cuyos componentes sólo un análisis concienzudo, *de gabinete*, puede aislar. Tiene, por tanto, el Juez dos cometidos: *precisar la verdad e interpretar la ley*. Esta labor es la que, a mi entender, ha sido erróneamente cumplida en las tres sentencias que me permito comentar.

En las tres se decide el valor discutido de instrumentos testamentarios notariales, y en las tres se ha atendido, casi exclusivamente, al elemento literal del precepto aplicable. Yo dudo que esa jurisprudencia llegue a consolidarse, pues pienso que obedece a una momentánea obsesión formalista de los señores que actualmente conocen de los recursos civiles, criterio cuya accidental rigidez carece de la inflexibilidad de las normas básicas y perdurables.

Respecto de la sentencia que ya he comentado, acato la doctrina del Supremo recordada en su casación; pero hay que reconocer que esa misma doctrina interpretativa, demuestra que la redacción del artículo 695 no perdió su ambigüedad al ser reformada en la segunda edición del Código. «El testador expresará su voluntad al Notario y a los testigos.» Si solamente al Notario se la expresa con anterioridad al acto de la publicación de la escritura, no se cumple ese precepto tan claro: darlo por cumplido con el simple *asentimiento* del testador a la redacción definitiva del testamento, leído por el Notario, priva a los testigos de su cooperación y de su facultad de contraste, que se desprende del artículo 675, y, por consiguiente, de la rectificación de conceptos o de expresiones, que no son ya personales del autor, sino peculiares del Notario, y que pueden modificar, y hasta desvirtuar, la última voluntad del otorgante. Por último: alguna significación se debe conceder a la particularidad del artículo 696, que parece clara excepción del 695 al reducir el papel de los testigos al de meros oyentes de la lectura y de la conformidad.

Se alega como dificultad para la previa comunicación a los testigos de la voluntad testamentaria, el precepto terminante del artículo 699, que exige la unidad del acto; pero tal argumento más bien se debe aplicar al conjunto de reglas de la sección 5.<sup>a</sup> del capítulo 1.<sup>o</sup> del libro 3.<sup>o</sup> del título 3.<sup>o</sup>, que están mal coordinadas, dando ocasión a estas antinomias; pero tal dificultad puede salvarse (aunque, como dice el Supremo, a costa de tiempo y de molestias, redactando el Notario su trabajo) a medida que el testador, *en presencia de los testigos*, vaya dictando sus disposiciones.

Es de notar que en las tres sentencias que nos ocupan, se trata de cuestiones de testigos; pero en las que ahora vamos a examinar no se resuelve sobre su actuación, sino sobre su calidad; y

aquí es donde se produce, a mi entender, el conflicto entre *lo justo* y *lo legal*, entre *el espíritu y la letra*.

El artículo 694 estatuye que el testamento abierto deberá ser otorgado ante Notario hábil para actuar en el lugar del otorgamiento y «tres testigos idóneos», y el 681 priva de esta cualidad entre otros, a «los dependientes, *amanuenses*, criados o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad del Notario autorizante». El 682 extiende la prohibición a los «parientes dentro de dichos grados, de los herederos y legatarios instituídos». Los textos son claros y precisos, fuera de los alcances de toda interpretación gramatical pero sujetos, sin embargo, a los principios de la exégesis científica. Es uno de ellos, como ya hemos dicho, el de atender al objeto o mente de la ley, que en el caso propuesto es *garantizar la verdadera voluntad del testador, haciendo imposible su simulación o su falsoamiento*. Esa voluntad es la esencia, el alma, la fuerza vital del testamento, y, su *verdad*, debe sobreponerse a todas las cosas.

Vulgar se ha hecho, de tan repetidamente invocado, el aforismo jurídico: «Lo accesorio sigue a lo principal»; y no admito la posibilidad de que alguien dude que, así en las leyes como en los documentos auténticos (que son leyes para las partes interesadas), lo principal es su fondo, lo accesorio, la forma. Aquél se constituye por una o varias proposiciones, o imperativas o condicionales, ésta, por un conjunto más o menos nutrido de detalles, que pueden ser garantigios, o de mera solemnidad, pero siempre tan acoplados al pensamiento que tienen que expresar gráficamente que él aparezca patente y completo.

Mas puede ocurrir (y con frecuencia ocurre) que de los elementos externos, no esenciales para la cabal y acertada inteligencia del objeto fundamental de la norma, sino puestos por vía de garantía o solemnidad, falle alguno por defecto u omisión, sin que por ello se oscurezca el resplandor de la verdad allí contenida. ¿Deberemos arrojar el líquido porque la vasija esté desportillada? Porque se haya quedado tuerta una cotorra ¿dejará acaso de hablar? ¿Sería acaso discreto estrangularla por esa accidental imperfección?

En la esfera de nuestra investigación, la dificultad únicamente puede consistir en la operación de separar lo principal de lo accesorio; ahí reside el nudo del problema, y ese es el trabajo más

sutil del jurista. A mi modo de ver, contra ese escollo se han averiado las tres sentencias. La del Juzgado no fué casada por la indebida confusión de ambos conceptos; antes bien, el Supremo parece corroborarla tácitamente, puesto que se concreta a rectificar la lección del inferior al artículo 694 del Código. Adviértase que en el pleito aquél nunca se impugnó directamente la voluntad consignada en la escritura, oponiéndole otra contraria o por lo menos diferente, en forma legal manifestada; la aportación de un testamento otorgado nueve años antes fué un argumento por demás pueril; el de incapacidad de la testadora, infundado y arbitrario. En esa consistencia de la voluntad testamentaria entiendo yo que estriba el verdadero fundamento de la validez del instrumento que la contiene, aunque realmente hubiera sido necesaria la presencia de los testigos en el acto de ser aquélla manifestada al Notario: ellos la aseveran bajo su firma.

Más clara aparece la situación en las otras dos sentencias, pues en ellas se razona y se decide, no sobre la forma de expresarse la voluntad, sino respecto de la calidad de los testigos, lo cual, en mi opinión, es todavía más accesorio que lo otro. Se da por cumplido el artículo 695, pero se declara quebrantado el 694 en relación con el 681 en uno de los casos, y con el 682 en el otro, aplicándose a ambos el 687. Este último es terminante, y para los esclavos de la letra no hay más remedio que pronunciar la nulidad del acto en que tales incorrecciones se cometieron. Así, el Supremo. Mas, séame permitido, sin ofensa ni mengua de mi respeto a tan alto Tribunal, exponer algunas consideraciones inspiradas en el mismo Código, en apoyo de mi teoría opuesta a ese modo de interpretar la ley.

Es indiscutible que el propósito que palpita en todo el capítulo 1.<sup>o</sup> del título 3.<sup>o</sup> del libro 3.<sup>o</sup> de dicho cuerpo, es facilitar a los ciudadanos los medios de expresar su postrera voluntad, de modo que quede permanente y a salvo de tergiversación y de falsoamiento; empero, vamos a ver que en el desarrollo de ese doble fin no se acertó a combinar el concurso de estos tres elementos: lógica, equidad, moral.

Respecto del primero, basta, para advertir su ausencia, cotejar las disposiciones relativas al testamento ológrafo con las que regulan el abierto: en aquél se ha relajado de tal manera el con-

trasté de la autenticidad, que, por sumisión a una disposición gubernativa, se suprimió el racional requisito de que el papel timbrado en que se escribiese el documento fuese del mismo año que el declarado en la fecha del otorgamiento. Como fianza de la verdad sólo queda la deleznable autentificación del puño y firma del otorgante, y sería suficiente que cualquier pariente preterido los negase para que todo quedase en alto. En cambio, en el segundo de dichos testamentos se han amontonado las solemnidades, las asistencias, las cortapisas y los requilarios, de tal modo que lo de menos en él parece ser la voluntad del testador, supeditada a la forma externa de su expresión. A fuerza de quererla asegurar y proteger se la estrangula.

Tampoco encuentro lógica la inhabilitación de los parientes hasta el cuarto grado, como testigos del testamento. No es ese el caso del testimonio en causa civil o criminal. Aun en ellas, queda al arbitrio del Juez la estimación de la tacha, o el valor de la declaración de quien desde luego se confesó pariente de la parte que lo presenta. Anular preventivamente y en general, por causa de parentesco, el concurso de un testigo en el testamento, bajo el supuesto de un hipotético peligro de sugerición o coacción moral, es extender la desconfianza a los otros dos testigos y al Notario, sin cuya complicidad sería imposible el amaño.

Sobre ese tema de los testigos, nos brinda nuevo e inesperado aspecto interpretativo la última de las sentencias en estudio. Resulta de ella que el parentesco no fué ya directo con el heredero efectivo, sino con un primer instituído que se frustró, porque lo había sido bajo el supuesto condicional de que sobreviviese al testador, y le premurió. Previendo esta eventualidad, se nombraron sustitutos, los cuales, a la muerte del causante, entraron en posesión de la herencia. Años después descubre un individuo (probablemente comprendido en la escala de la sucesión legítima) que uno de los testigos que concurrieron a la formalización del testamento era pariente de la persona designada condicionalmente en primer lugar; y fundándose en tan estupendo defecto legal, formula demanda de nulidad. El Juez y la Audiencia la desestiman, entendiendo que fallada la condición esencial de supervivencia había quedado sin efecto el nombramiento en ella cimentado, consolidándose, en cambio, el de los sustitutos, con quienes ningún pa-

rentesco tenía el testigo tachado. Pero el Tribunal Supremo considera, por el contrario, que es de aplicación al caso el artículo 694, porque la tacha había quedado incorporada a la herencia y la transmitía con ella sin consideración a la persona del heredero efectivo.

Excusado me parece advertir que voto con el Jugado y con la Sala.

Se halla harto extendida la creencia de que la equidad sólo ha de entrar en función a falta o por deficiencia de una ley aplicable al caso enjuiciado, y aunque es cierto ese carácter supletorio, no lo es su exclusivismo; muy al contrario. La acción de la equidad comienza desde el momento en que en la mente del legislador brota el germen del nuevo precepto; lo acompaña sin cesar durante su desarrollo, y es su piedra de toque una vez formulado. En este sentido, la equidad es el símbolo de la justicia. Ley inicua, ley injusta. Su vicio de iniquidad será el virus congénito que, tarde o temprano, la matará. Así murieron la parricida potestad paterna de los romanos, la esclavitud, los señoríos, los mayorazgos; y así se tambalean actualmente el capitalismo industrial, el territorialismo agrario...

Ahora bien: nadie podrá convencerme de que es equitativa una disposición que derrumba todo un edificio jurídico laboriosamente construido, solamente por haberse desprendido una de las molduras que adornan su fachada. La solidez de un testamento se halla sobradamente asegurada sobre los cimientos de la espontaneidad del testador, atestiguada por el Notario y los dos testigos que restan si se invalida el tercero: es absurda su anulación.

Este criterio que sustentamos de máximo respeto a la voluntad manifiesta del testador, o sea su preponderancia sobre cualquier deficiencia parcial en alguna de las formalidades prescritas por el Código, lo vemos aplicado por él mismo en muchos de sus artículos. El número 2 es el adoptado en los siguientes casos: intérpretes del testamento en lengua extraña (684); identificación del testador desconocido del Notario (685); lectura del documento al otorgante completamente sordo (697); testamentos militar y marítimo (716, 720 y 722). En tiempo de epidemia se puede prescindir del Notario, y, por fin, ¡el colmo!, en el cerrado se da completa fe a la persona que, a ruego del otorgante que no sabe escribir, lo redacta, lo firma y rubrica todas las hojas (706).

Las precedentes consideraciones, y otras muchas, son aplicables también al total contexto del artículo 681; pero limitado mi propósito a poner de relieve el conflicto que necesariamente se ha de producir en la conciencia del juzgador al tener que optar entre lo legal y lo justo, o sea, entre la ley y la verdad, solamente hablaré del número 8 del citado artículo, tomando pie de su aplicación a la nulidad de cierto testamento, declarada por el Tribunal Supremo, por ser uno de los testigos amanuense del Notario autorizante. Punto es éste en que la práctica desmiente a la ley, sin perjuicio para nadie, y en armonía con la verdad. De él sólo quiero decir, que me parece evidente que la interdicción no hiere al humilde subalterno, sino a su jefe. ¿Qué influencia puede ejercer el pobre escribiente sobre el testador, que casi siempre le es desconocido? ¿Cómo es posible que en presencia de su patrono, y sin el consentimiento de éste, se atreva a torcer la voluntad del otorgante? ¿Cabe acaso que al trasladarla al papel la tergiverse? ¿No lo advertirían al tiempo de la publicación el Notario y los otros testigos? Ni aun la complicidad por el silencio en la comisión de algún fraude sería nunca espontánea, sino impuesta: de modo que, como dejo dicho, la deshabilitación del amanuense como testigo, se funda únicamente en su dependencia del Notario, a cuya voluntad es natural que se vea supeditado con abstracción de la propia. No es, pues, del instrumento, y sí de quien lo maneja, de quien hay que recelar: y sobre él recae en realidad, aunque indirectamente, el recelo de la ley.

Moral.—En este aspecto da el tono la ineludible presunción de que tan solamente la codicia o el despecho de un preterido a quien correspondería la herencia abintestato, pueden suscitar el interés de contraponerse a la voluntad bien manifiesta del testador, suplantándola con el ejercicio de su eventual derecho, implícitamente denegado en el testamento (1).

(1) Tal vez se infiera que soy partidario de la libertad de testar, y no es así. En un Congreso sociológico que se celebró en Valencia el año 87 o el 88 de la próxima pasada centuria, formulé la tesis de que la sucesión hereditaria debe reducirse a la línea directa, ascendente y descendente, sin más arbitrio que el de las mejoras reguladas por la ley.

## CONCLUSIONES

Las formulo como síntesis y para justificación del espíritu doctrinal que me ha sostenido a través de este largo y algo difuso comentario.

1.<sup>a</sup> No es privativa del enjuiciamiento penal la facultad de atenuación de las demás de ciertos preceptos coercitivos: también en el civil es conveniente y hasta necesario su uso.

2.<sup>a</sup> Tampoco es indispensable que esa facultad se halle expresamente consignada en los textos legales: sobre que ella dimana de un orden superior a la legislabilidad humana, suele hallarse latente en los mismos textos. Si estos tienen forma articular y están además divididos en partes especiales al artículo que contiene el precepto tiránico, se deben contraponer los que dentro (o fuera) del mismo tratado parcial lo relajan o suprimen, en satisfacción de algún apremio trascendental; porque así se demuestra que aquel rigor no es de esencia para la constancia de la verdad y el triunfo de la justicia.

3.<sup>a</sup> El rígido *dura lex sed servanda*, se contrarresta con el más flexible y humano *summum jus summa injuria*; y con la sabia definición del derecho *ars aequi et boni*. «No hay justicia cuando la razón humana, ley del hombre, quebranta la armonía esencial que la debe unir con la razón suprema, que es la verdad.» (Ríos Rosas). «No basta ser íntegro, es necesario además ser equitativo y justo; la integridad por sí sola, puede ser patriomonio de un hombre muy limitado; mas la equidad lo es solamente de quien esté dotado de rectitud, de luces y de discernimiento.» (Escríche).

¿Forma? Adoptar por los fundamentos expuestos a lo largo del precedente estudio el criterio de *no uso*, para ir constituyendo por vía de jurisprudencia una judicial y semiauténtica *costumbre contra ley*.

VÍCTOR NAVARRO.