

## ¿Pueden, en los testamentos, ser los testigos instrumentales a la vez de conocimiento?

Un querido amigo mío, Enrique Taulet, ha suscitado en estas prestigiosas páginas (número 82) la cuestión que encabeza estas líneas, a cuyo esclarecimiento quiero contribuir con los modestos medios con que me es dable hacerlo.

A mi juicio, los casos que, respecto a identificación, pueden ocurrir en el artículo 685 del Código civil son éstos :

A) Testador conocido por todos :

1.º El Notario y los testigos instrumentales, o aquél y dos de éstos, conocen al testador. Nada hay que observar especialmente.

B) Testador desconocido por todos :

2.º Precisa dos testigos más que, conociendo al testador, lo sean a su vez por el Notario y *dos* (más adelante, en las *Observaciones*, diré por qué) de los instrumentales.

3.º Testador desconocido por el Notario y dos testigos, sin que sea posible identificarlo por el medio del caso anterior. El Notario, y si éste no interviene en los casos previstos por la ley, los testigos lo expresarán así, consignando las señas personales del otorgante y los documentos que, para darse a conocer, presente. Si el testamento fuere impugnado por ese motivo, la carga de la prueba de la identidad del otorgante pesará sobre el que alegue la validez del instrumento público.

C) Testador no conocido por alguno de los que intervienen :

4.º Que el Notario conozca al testador, pero no dos, al me-

nos, de los testigos instrumentales. Este caso, poco contemplado por los autores, requiere, a mi ver, dos testigos de conocimiento que, conociendo al testador, sean conocidos por dos, al menos, de los instrumentales, pues la identificación que éstos hagan del otorgante la ha de expresar el Notario en el testamento.

5.º Testador conocido por los testigos, pero no por el Notario. Este es el caso álgido del artículo que comento. ¿Pueden los testigos instrumentales ser a la vez de identificación?

*Posición racional: afirmativa.*—Pueden serlo, por todo lo que ha dicho una inteligente jurisprudencia, y porque el Código parece exigir los dos testigos supletorios cuando nadie de los que intervienen conoce al compareciente; véase el verbo en plural: «y si no lo *conocieren* (el Notario y dos testigos instrumentales)... dos testigos que le conozcan y sean conocidos, etc.».

Lo del secreto entre cinco es una agudeza del señor Taulet que refuerza esta tesis.

Es la posición firmísima en el derecho constituyente, es racional y simplificadora. El señor Castán la calificó de «trascendental... atenta, más que a la letra, al espíritu del precepto legal y a sus concordancias con la legislación notarial». Después ha sido menos indulgente con esta tendencia.

*Observaciones.*—Entiendo que si los instrumentales han de serlo de conocimiento, con dos testigos está observado cuanto el Código exige.

No creo ajustado al texto del artículo 685 que los testigos de identificación, cuando intervengan, hayan de ser conocidos por los tres instrumentales, porque la ley concede igual fuerza a este conocimiento indirecto que al directo, y parece satisfecha con que el fedante y dos testigos de solemnidad conozcan sin intermediarios al que otorga. Con lo que justifico mi parecer en el caso segundo.

Cuando los instrumentales actúen como de conocimiento, ¿han de hacerlo los tres, como el señor Taulet sostiene? Lo creo dudoso. Aquí se atiene este parecer del culto Notario de Valencia demasiado a la letra del precepto, y luego se olvida de ésta unificando en unas mismas personas la solemnidad y la identificación. O la letra o el espíritu de la ley; mitad y mitad, no; hay que ser lógicos.

Es decir, si hay—se afirma—testigos especiales, bastan dos; pero si son los mismos testigos para todo, han de identificar los tres. Esta es la doctrina que respeto, cuya argumentación no me ha persuadido.

*Posición legalista: negativa.*—No pueden identificar, para el Notario, los testigos instrumentales.

En defensa de ella cabría, a primera vista, sacar un argumento del artículo 699: «El Notario dará fe, al final del testamento... de conocer al testador o a los testigos de conocimiento en su caso», lo que parece reforzar esta corriente, pero sólo lo parece, porque se incurriría, de aceptarla, en una petición de principio.

No es admisible que el legislador haya perseguido una posible validez subsidiaria con la intervención de los testigos especiales: «si acaso—dice el señor Taulet—el Notario *ha patinado* en el testamento, cabría convertir éste en un ante cinco testigos».

Aquí yerra, según lo más probable, el criterio del articulista. No es bastante para ese testamento el mero número de oyentes; es esencial, para su validez, la *inminencia* en el peligro de muerte. Y todo lo que en este extremo se hile delgado por los Tribunales, será poco; la jurisprudencia es plausible en esta institución. Esa inminencia falta muchas veces, y es nulo el acto si no se escribió pudiendo hacerse, dice sabiamente el Supremo, en guardia contra fraudes probabilísimos.

Los colegas que utilizan como identificadores a los testigos instalados, pueden estar tranquilos, pues el Tribunal Supremo les ha dado la razón, y en la práctica esa doctrina, legal ya, es la ley misma.

Nunca he empleado los testigos instrumentales para identificar, porque creo que esa es la posición sólida en el derecho constituido, por mi inclinación a la cautela en defensa de los intereses que se me confían, por ser la posición del Centro directivo, y porque es un remedio que no se ha autorizado expresamente—y estamos en derecho formal—, aunque no tenga nada que reprochar a los que practican una teoría que, como la de enfrente, cuenta con refrendo tan alto y secuaces tan distinguidos.

LUIS HERNÁNDEZ GONZÁLEZ,

Notario.