

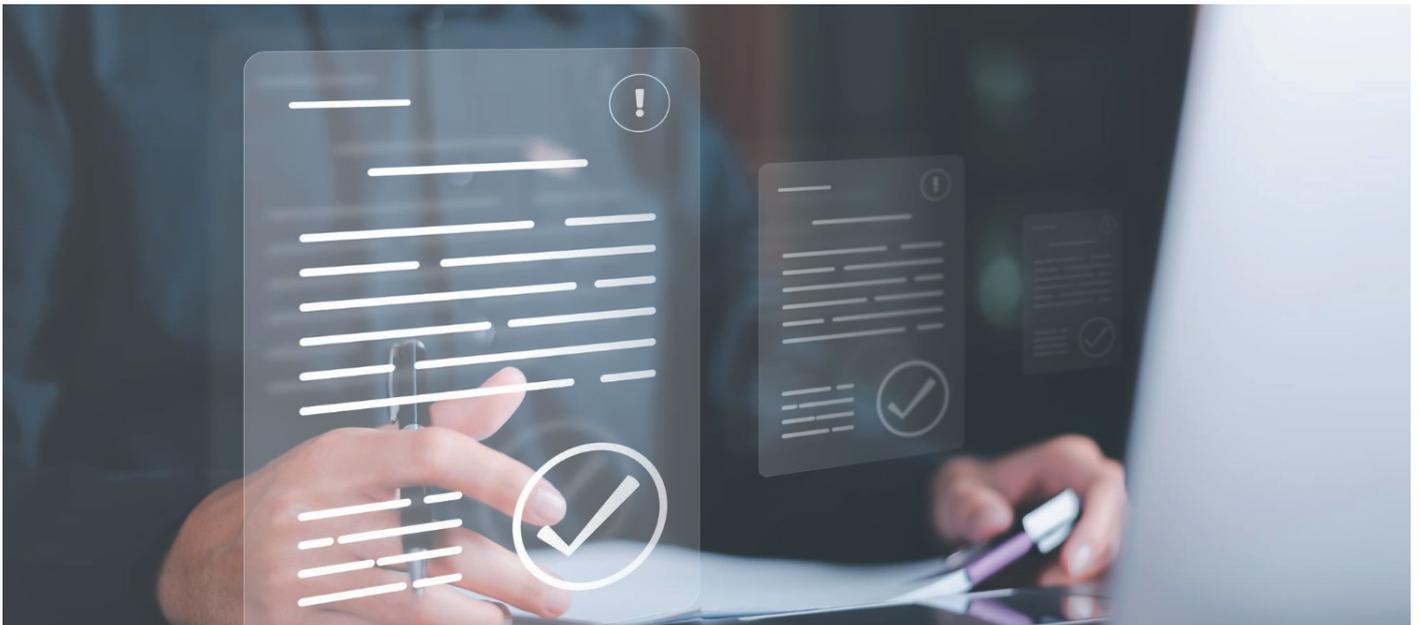
Nuevas Tecnologías

El testamento: una institución milenaria ante el reto electrónico

JAVIER SERRANO COPETE

Notario de Barcelona

Profesor Asociado de la Universitat Pompeu Fabra



Sumario: 1. A MODO DE INTRODUCCIÓN O SOBRE ALGUNAS CURIOSIDADES HISTÓRICAS ACERCA DEL TESTAMENTO. 2. EL TESTAMENTO OLÓGRAFO (PLANTEAMIENTO Y CRÍTICA, HISTÓRICA Y ACTUAL). 3. EL TESTAMENTO EN SOPORTE ELECTRÓNICO EN DERECHO COMPARADO. 4. EL “TESTAMENTO ELECTRÓNICO” EN DERECHO ESPAÑOL. 5. ANÁLISIS Y CRÍTICA DE LOS REQUISITOS DEL “TESTAMENTO ELECTRÓNICO”. 5.1. El asesoramiento. 5.2. El juicio de capacidad. 5.3. Identificación y firma. 5.4. Soporte y conservación. 5.5. Revocación. 6. ALGUNAS REFLEXIONES FINALES.

1. A modo de introducción o sobre algunas curiosidades históricas acerca del testamento

Es común citar a TÁCITO (c. 55 — c. 120 d.C.) en su clásica “*Germania*”, considerado el primer estudio etnográfico del que tenemos noticia, cuando habla, refiriéndose a los pueblos germánicos, que “*nulla apud eos testamenta*”. Si bien la intención del autor, en todo el opúsculo, fue enaltecer la naturalidad y pureza (libre y sin perversión, una suerte de antecedente del mito del “buen salvaje”) de las gentes germánicas (no digamos ya el manipulador uso del texto dado por el régimen nacionalsocialista alemán

hitleriano), la cita latina no deja de ser una forma de contraponer una institución netamente romana, como es el testamento, a la sucesión propia de los bárbaros.

Los pueblos germánicos, al igual que el resto de civilizaciones anteriores en el tiempo, no conocieron la institución testamentaria tal y como la creó el Derecho Romano clásico (teniendo en la Ley de las XII Tablas su primera manifestación). Sabido es que en la antigua Mesopotamia el Derecho surgió junto a la escritura, sin embargo, la sucesión testamentaria fue desconocida al modo romano, pues regía la más estricta consanguinidad (principio que

seguirían también los derechos egipcio y judío, con ecos en la propia Biblia y la institución del primogénito). Todo ello sin perjuicio, de que el Código de Hammurabi (c. 1692 a.C.) sí regulara una suerte de “mejora” a favor del hijo preferido “agradable a su ojo” (art. 165) o que permitiera, en casos extremos (*nasaum*: erradicar), la desheredación (KLIMA). Tampoco cabe considerar como testamento al documento hitita conocido como “*Testamento de Hattusili I*” (c. 1640–1610 a.C.): único en la literatura cuneiforme y que parece guardar parecido más con algunos textos didácticos egipcios (así, por

ejemplo, este documento debía leerse al hijo del rey hitita cada mes...).

Con todo, un primer precedente de testamento, anterior al Derecho Romano, se ha querido ver en las Leyes de Solón (siglo VI a.C.), si bien, limitado al caso en que el testador no tuviera hijos varones y se hallase en su sano juicio y sin coacción o manipulación alucinógena alguna. Algunos autores, quizá sosteniendo tesis algo superadas con el tiempo, vieron en la institución del “testamento griego” una medida antieconómica que fomentaba la concentración de la riqueza en pocas manos, llegándose a afirmar, así lo hizo JANNET, que la introducción del testamento en Esparta “fue causa de su miseria”. Con todo, LICURGO (c. siglo IX a.C.) defendió los conceptos de familia y de propiedad colectiva. De hecho, ARISTÓTELES (384 a.C. – 322 a.C.) no veía en la prohibición de disponer del patrimonio, propio de la propiedad familiar, sino una razón económica tendente a evitar la pobreza de la población y la desproporción de las fortunas.

Ya en el germen de la institución testamentaria surgió, en no poca medida, uno de los binomios clave en toda discusión sucesoria: libertad de testar frente a la institución de las legítimas. Simplemente apuntar, pues no es objeto de análisis en este trabajo, que de las fricciones entre la libertad de testar (propiamente romana como concepto) y la sucesión propiamente legal (familiar en origen, pues se recordará que en la “*sippe*” germánica el jefe sólo tenía la “*gewere*”, perteneciendo la propiedad a la familia), surgió nuestro sistema sucesorio.

ULPIANO (c. 170 – 228 d.C.) definió al testamento como: “la *manifestación de nuestra voluntad, realizada ante testigos y conforme a Derecho, y de manera solemne, para que valga después de nuestra muerte*”. Siglos después, sostuvo BONFANTE que la visión romana del testamento no era la misma que la actual, ya que tenía como misión, *no tanto la transmisión de un patrimonio, como la de transmitir la soberanía sobre la familia, concebida ésta como un organismo*

político. Criticando al célebre autor, el romanista MIQUEL GONZÁLEZ ya constató que en el propio Derecho Romano existieron la institución de los “*heredes sui*” y la “*Querela inofficiosi testamenti*” (muestra de “*officium pietatis*”, de finales de la República Romana, por la que había de dejarse a sus parientes más próximos, al menos, una cuarta parte) y que la novela 115 de Justiniano I (482 – 565 d.C.) (fundió las limitaciones formales (que habían arrancado de la sucesión de los *sui*), con las de contenido material (propias del régimen de la *querela*). Es por ello que defender la más absoluta libertad para testar por parte de los romanos es una inexactitud. De hecho, valga el paréntesis, en verdad no existe hoy en día ningún Derecho europeo continental que prescinda de las legítimas (véase la *Sentencia de 19 de abril de 2005 del TC alemán* en la que se invoca el art. 6.1 de la Ley Fundamental de Bonn: “*El matrimonio y la familia se encuentran bajo la protección especial del orden estatal*”, y la “*solidaridad familiar entre generaciones*” para defender su amparo, incluso, constitucional).

En verdad no existe hoy en día ningún Derecho europeo continental que prescinda de las legítimas

Por más que hubiere una cierta decadencia en la institución, y un predominio de las máximas germánicas amparadas por la máxima de que “sólo Dios puede hacer herederos”, el testamento, incluso patrocinado por la Iglesia y las mandas pías, se consolidaría como la forma más convincente de morir honorablemente; pues, como escribió GREGORIO LÓPEZ (1496 – 1560), en su glosa a *Las Partidas* de Alfonso X el Sabio, el bien espiritual del testador consistía no sólo en que quedara más tranquilo su ánimo después de haber testado, sino que también podía de esta forma dedicarse en sus últimos momentos a

la preparación espiritual para afrontar el trance. Reconocido y fomentado por la legislación histórica española, no dejó de ser poco excusable, ya se afirmaba en la época (sin tener que acudir al socorrido y actualísimo argumento de la necesaria reforma del arancel), no hacer testamento ante la abundancia de escribanos y su bajo coste de realización.

Sabido es que el testamento abierto notarial es el único por sí mismo con pleno valor sin necesidad de ningún trámite posterior. No obstante lo cual, es interesante que analicemos algunos de sus retos más significativos, sea ya con cierto arrastre histórico, o simplemente decantados por la más inmisericorde, y “*per se*” tecnológica, actualidad.

2. El testamento ológrafo (planteamiento y crítica, histórica y actual)

Valga la jocosidad, el testamento ológrafo es, en cierto modo, el “presunto Atila de los notarios”: un documento que emana directamente de la personalidad del causante, a bajo coste para él, y sin intermediación alguna, o eso fácilmente se acostumbra a decir desde el desinterés más interesado, y la prensa menos informada. La referencia al rey de los hunos no es baladí habida cuenta de que su origen histórico se atribuye a una Novela de Valentiniano III (hijo de Gala Placidia (388/393 – 450) y Emperador del Imperio Romano de Occidente en tiempos de la invasión de Atila el Huno (425-455 d.C.)) por la que se reconoció validez al testamento “*per holographam scripturam*” o “*per holographam manum*” (Novela 21,2,1 año 446 Teodosio II y Valentiniano III). La *constitutio* trató de dar solución al problema de no poder testar ante la imposibilidad de encontrar testigos, salvaguardando la voluntad del testador. Para el caso que motivó la misma, ya en aquellos tiempos, no deja de ser indicativo, que la voluntad se mantuviera secreta hasta el momento de la muerte... encargándose su custodia a un tribuno y notario, hijo de su hermano.

Esta figura no pasaría al *Corpus Iuris Civilis* y sólo se admitió por una



Constitutio de Justiniano (Nov. 107.1) del año 541 la forma ológrafa del *testamentum parentum inter liberos* (de los padres en favor de los hijos); ello sería recogido por Las Partidas (6.1.7), pero después abolido por las Leyes de Toro. Con ello quiero decir que esta figura, ajena a nuestra tradición histórica, precedente, en su caracterización contemporánea, de Francia (a través del Proyecto de Código Civil de 1851) acontece un “*trasplante jurídico*” en terminología de WATSON, que, no prescinde, en última instancia, al ser adverbado y protocolizarse, del Notario.

Poca duda cabe que, por más que el art. 688 “*ab initio*” del Código Civil español y el art. 421-17.1 CcCat exijan, la mayoría de edad el primero y la emancipación el segundo, como garantía, además de autografía total (de ahí que haya quien defienda llamarlo testamento “autógrafo”, y de hecho así le llama la legislación del Estado mejicano de Veracruz) y de que su coste sea nulo para el testador en el momento de hacerlo, nos encontramos ante un testamento que ni produce plenos efectos sin intervención notarial posterior ni cumple con los más estrictos controles de capacidad, asesoramiento y conservación (piénsese que ni queda constancia obligatoria de su otorgamiento en el RGAUV ni se conserva en el protocolo notarial, por más que sí pueda solicitarse que se levante el acta, por el Notario, del art. 3.b. del Anexo II del Reglamento Notarial, para dejar constar en el RGAUV de su otorgamiento) que sí cumplen los testamentos notariales, cuestiones estas que en breve analizaremos con mayor detenimiento al tratar del presunto “testamento digital”.

La exigencia “manuscrita” puede ser interpretada, en favor de las personas con discapacidad, debiéndose aceptar el testamento otorgado por personas que escriben con la boca o con el pie (PEÑASCO VELASCO), no obstante lo cual, sabido es que, aún en esos casos, el Notario también puede autorizarles testamento notarial, en despacho o, incluso, para el caso de discapacidades motrices graves,



desplazándose al lugar donde se halle el testador.

Una cuestión a traer a colación es que ni el Cc ni el CcCat exigen, expresamente, que el testamento conste en soporte papel. El Código Civil italiano (art. 602), en términos equivalentes, sólo habla de que el testamento ológrafo debe “*essere scritto per intero, datato e sottoscritto di mano del testatore*”. Es evidente que en la *mens legislatoris* se tuvo siempre en consideración al papel como soporte (de hecho, CASTÁN justificó la exigencia del requisito de la mayoría de edad en que, de lo contrario, los menores podrían abusar, irreflexivamente de las facilidades de esta forma de testar, y lo que cabe destacar aquí, que hasta la pubertad, defendió el autor, no suelen estar bien consolidados los rasgos y carácter de la escritura). Aunque dichas leyes no lo exijan expresamente sí se deriva de la redacción del art. 62 LN cuando se refiere, en relación con la adverbación, en su apartado 4º, a testigos que conozcan la “*letra y firma del testador*” o el recurso a la prueba pericial caligráfica.

3. El testamento en soporte electrónico en Derecho Comparado

Encarando la posibilidad de que el testamento ológrafo conste en formato electrónico, iremos de los tiempos del Bajo Imperio Romano (con la *Constitutio* de Valentiniano III citada) a la Australia actual y el interesante *caso tratado por la Corte Suprema*

de Queensland de 6 de noviembre de 2013 (Juez: Peter Lyons J) en el que se discutió sobre la validez, o no, del testamento electrónico redactado en Word y almacenado en un iphone.

Resumiendo el supuesto de hecho, el señor Karter Yu se suicidó el 2 de septiembre de 2011 dejando un archivo en formato Word, almacenado en un iphone, en el que él manifestaba que era su última voluntad. En el archivo, además de disponer sobre todos sus bienes, y de manifestar su “intención de testar” (comenzando el documento: “*This is the last Will and Testament*”), se nombraba albacea (“*executor*”), si bien sabemos que la institución en el mundo anglosajón (basado en la liquidación y no en la continuación) no es equivalente a la nuestra.

Como punto de partida valga recordar que Australia forma parte del sistema de “*Common Law*” y que no existe la institución notarial, razón por la cual no puede hablarse de un equivalente del testamento abierto. El “*will*” anglosajón se caracteriza por realizarse sin la presencia de notario. Refiriéndose al testamento inglés, ANDERSON afirma que los requisitos del mismo son: a) que conste por escrito, siendo indiferente el soporte; b) que sea firmado por el testador o bien en su presencia o bajo su dirección; c) el testador debe, bajo su firma, pretender la efectividad del testamento; d) el testador debe firmar ante la presencia de dos o más testigos simultáneamente;



e) éstos deben firmar o reconocer la firma del testador.

Siguiendo estas premisas, la Section 10 de la Succession Act 1981 de Queensland prevé, en esencia, como requisitos para que el testamento (“Will”) sea válido: 1) estar *escrito*; 2) *firmado por el testador o por otra persona en su presencia y bajo su dirección*; 3) que la firma sea hecha o reconocida por el testador *en presencia de dos o más testigos presentes al mismo tiempo*; 4) *al menos dos de los testigos deben dar fe y firmar el testamento en presencia del testador*, pero no necesariamente en presencia del otro; 5) *ninguno de los testigos tiene por qué saber que el documento atestiguado y firmado es un testamento*; 6) *las firmas deben constar al final del testamento*; 7) la firma del testador debe hacerse *con intención de que el testamento “se ejecute”* (piénsese que en el sistema anglosajón no se habla de la continuidad en el patrimonio (sistema romano) sino de la ejecución del mismo tras la muerte del causante); 8) si firmara persona distinta del testador, hecha en presencia del mismo y bajo su dirección, deberá hacerse *con la misma intención de ejecutar*; 9) el testamento no precisa de una “*attestation clause*” (o cláusula de certificación); 10) Una persona que no puede ver y dar fe de que un testador ha firmado un documento no puede actuar como testigo de un testamento.

El Juez Peter Lyons, para el supuesto que analizamos, considera en su fallo que el documento contenido en el iPhone *constituye un testamento*, pretende *declarar las intenciones testamentarias de la persona fallecida*, y además, existió voluntad de que el testamento fuere *realmente operativo* (pretender la “efectividad” de la que se hablara antes). De hecho, por extraño que nos parezca, la propia sentencia cita la *sentencia Alan Yazbek v Ghosn Yazbek & Anor [2012] NSWSC 594* por la cual Slattery J sostuvo que un documento de Microsoft Word creado en una computadora portátil era un documento testamentario a los fines de la legislación de Nueva Gales del Sur. Es decir, en esta sentencia se afirmó que el carácter informal del texto no impidió que fuera testamento. En definitiva, y siempre dentro de una óptica australiana (y por ende anglosajona) el “will” electrónico está perfectamente admitido, no tanto como una modalidad especial de testar sino como algo consustancial a una institución no necesariamente, según vemos, equiparable al testamento de herencia romana.

Australia no es jurídicamente una isla aislada. El testamento hecho en forma electrónica se reconoce también en algunos Estados de Estados Unidos, y va en aumento. Ante de analizar la regulación de algunos de estos Estados, es imprescindible citar la existencia de la “*Uniform Electronic Wills Act*”

(UEWA) aprobada en 2019 por la comisión “armonizadora/unificadora” del derecho estadounidense (la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws). Pasando a analizar la regulación en algunos de los Estados de EEUU:

En Nevada (NEV. REV. STAT. § 133.085 (2020)), por ejemplo, se exige su *creación y mantenimiento en soporte electrónico, fechado y firmado electrónicamente* y, además, con al menos uno de los siguientes requisitos: 1) un signo “*de autenticación característica del testador*” (“*authentication characteristic of the testator*”), como puede ser el escáner de retina; 2) firma electrónica con el sello del Notario que se halle en presencia física o remota con el testador; o 3) la firma electrónica de dos o más testigos que se hallen de forma física o remota (por videollamada).

En Arizona (ARIZ. REV. STAT. ANN. § 14-2518 (2020)) se hace especial hincapié, no sólo en la presencia de testigos, fecha y tener que acompañarse de copia del documento de identidad, sino en su *conservación*. Se afirma que debe ser “*electronically notarized*” (“notarizado electrónicamente”) y dejado siempre, y en exclusiva, ante un custodio cualificado. En Indiana (IND. CODE. § 29-1-21-1 (2020)) se recomienda pero no se exige tal custodio.

Por su parte, Florida (FLA. STAT. § 732.522 (2020)), con una regulación algo más garantista, exige unos requisitos equivalentes al testamento (“Will”) tradicional, debiendo firmarse al final ante la presencia de dos testigos, admitiéndose la videollamada, pero sólo bajo la supervisión de un notario. Una exigencia, cuando menos curiosa, es que el testador debe declarar no hallarse bajo la influencia de las drogas o el alcohol, así como declarar quién se halla en la sala con él. De forma similar a lo analizado para Arizona, se exige su depósito ante un custodio cualificado.

En cuanto a Canadá, aplicando la sección 58 de la “*British Columbia’s Wills, Estates and Succession Act*” (WESA) la Corte Suprema de la Columbia Británica (Canadá), en su decisión “*Hubschi Estate*” (2019, BCSC 2040), admite la validez de un



documento electrónico almacenado en dispositivo que no cumple con los requisitos formales de firma y testimonio alegando la importancia del contexto fáctico, la validez de un documento registrado digitalmente y no exigiendo como *conditio sine qua non* que conste la intención de que el testamento sea tal. Como en seguida analizaremos, ya algunos juristas desde la propia Canadá critican la “chabacanería” jurídica del testamento electrónico en estos términos, dejando el acto dispositivo indefenso ante las captaciones de voluntad y el desconocimiento jurídico por falta de asesoramiento (TODD).

“*Common Law*” al margen es de interés reseñar la regulación del “testamento abierto electrónico” en el Código Civil de México D.F. (hoy Ciudad de México). El 4 de agosto de 2021, la Gaceta Oficial de la Ciudad de México publicó diferentes reformas al Código Civil para el Distrito Federal (CCDF) al permitir y regular el otorgamiento de testamentos a través de la firma electrónica avanzada y por medio de dispositivos electrónicos. Esta opción solamente se puede utilizar: ante peligro inminente de muerte, estando el testador sufriendo una enfermedad grave o contagiosa, sufrir lesiones que pongan en riesgo su vida o encontrarse en una situación excepcional en que no se pueda acceder en persona al Notario, siendo posible esta modalidad, única y exclusivamente, cuando las personas sean mudas o tengan sordera.

4. El “testamento electrónico” en Derecho Español

Siguiendo a la más autorizada doctrina al respecto (LLOPIS BENLLOCH) el testamento electrónico/digital, como tal, no existe en nuestro ordenamiento (a excepción del testamento cerrado electrónico regulado por el art. 421-14.2 CcCat y fuertemente criticado por la doctrina, al no poderse garantizar la perdurabilidad del soporte, *software* o la caducidad del certificado digital (JOU MIRABENT), ni estar a salvo del *hacking* de nuestros datos digitales (VAQUER ALOY)).

Con todo, antes de proseguir debemos hacer una distinción capital

(GARCÍA HERRERA) entre lo que es: 1.- el testamento “*on line*” o “electrónico” y 2.- el testamento en el que se dispone del “patrimonio digital”. Haciendo referencia a este último, por él entendemos a aquel documento, impropriamente denominado “testamento” (MORALEJO IMBERNÓN) por el que el “testador” legitima el acceso a sus “contenidos digitales” una vez difunto. De forma innovadora, la *Ley catalana 10/2017, de 27 de junio*, de voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña prevé en su art. 441-10 que el “testador” pueda expresar sus “voluntades digitales” designando a una persona para ejecutarlas que actuará frente a los prestadores de servicios de la sociedad de la información. En caso de no haber realizado tal designación, corresponderá al heredero o albacea universal. Los preceptos relativos a la posibilidad de hacer tal disposición en documento extra-testamentario, así como la creación de un nuevo registro electrónico en el que inscribirse, fueron anuladas por la STC 7/2019, de 17 de enero de 2019. Por su parte, el art. 96.1.a) de la *Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales* (LOPD) prevé una “presunción de consentimiento” a favor de las personas en ella señaladas, utilizándose, aún si cabe, de forma más equívoca el término “testamento digital”. Como afirma MORALEJO IMBERNÓN ni debe confundirse este “testamento digital” con el presunto “testamento *on line*”, ni los contenidos digitales a los que se refiere la LOPD constituyen siempre bienes “transmisibles” que puedan ser objeto de sucesión *mortis causa*, además, las personas a las que se refiere este “testamento” son más “interlocutores” y no herederos propiamente.

Más allá de si el “patrimonio digital” es algo ajeno al patrimonio individual. Cabe discutir la conveniencia, o no, del instrumento testamentario para tales menesteres. ROSALES DE SALAMANCA RODRIGUEZ opina que sería más positivo diseñar, y

ofrecer al público, un servicio notarial de alojamiento o host para nuestros nombres de usuarios, contraseñas... y que dichos archivos estuvieran depositados ante el propio notario, siendo un extremo a comunicar al Registro General de Actos de Última Voluntad. Como afirma el autor, no sería sino hacer notarialmente lo que pretenden hacer algunas *start up* actualmente, integrando todo el procedimiento dentro de los servicios ofrecidos por la Agencia Notarial de Certificación.

Tal y como defiende también LLOPIS BENLLOCH, es especialmente interesante la idea de PRENAFETA de la “memoria testamentaria digital”: una suerte de complemento del testamento (similar al regulado por el Código Civil de Cataluña en su art. 421-20, que las admite firmadas digitalmente), sin embargo, autores como GARCÍA HERRERA, opinan que la utilización de instrumentos diferentes al testamento pudiera traer dudas sobre la prevalencia temporal o funcional de una u otra designación, así como el fraccionamiento de la sucesión de la persona.

El testamento hecho en forma electrónica se reconoce también en algunos Estados de Estados Unidos, y va en aumento

CÁMARA LAPUENTE opina que el testamento es el medio idóneo (debiéndose explorar, incluso, la figura del heredero de confianza), también para el llamado “patrimonio digital”, al igual que SOLÉ RESINA. De hecho, si el poder preventivo, en una adecuada redacción de su clausulado, ya contempla a este “patrimonio digital” ¿por qué hacer la distinción cuando se trata de disposiciones de última voluntad? En lo que a Cataluña se refiere, el propio art. 411-10 CcCat prevé que las voluntades digitales puedan constar en “*testamento, codicilo o memorias testamentarias*”.

5. Análisis y crítica de los requisitos del “testamento electrónico”

Por lo que hace referencia al verdadero “TESTAMENTO ON LINE” o ELECTRÓNICO las principales cuestiones que se plantean son, en esencia:

5.1. El asesoramiento

¿Cómo tiene lugar el asesoramiento notarial consustancial a la institución testamentaria? ¿Por videollamada? Al respecto es capital destacar que la Ley de Digitalización (*Ley 11/2023, de 8 de mayo*) no incluye entre los supuestos susceptibles de realizarse por videoconferencia (art. 34 que da una nueva redacción al art. 17 ter Ley del Notariado (LN)) los testamentos, salvo en el caso de epidemia mientras haya confinamiento.

Como afirma MARIÑO PARDO, no estamos ante el clásico testamento en tiempo de epidemia (ante tres testigos mayores de dieciséis años y sin intervención de notario, art. 701 Cc) sino ante un testamento abierto notarial que se otorga por videoconferencia que no elimina el clásico testamento en tiempo de epidemia no notarial.

Ello no constituye por sí mismo una innovación plena, ya que el art. 65.5 LN como consecuencia de la LJV 2015 en cuanto a los testamentos orales en peligro de muerte (art. 700 Cc) prevé, cara a la adverbación y protocolización de estos testamentos: “5. Si la última voluntad se hubiere consignado en nota, memoria o soporte magnético o digital duradero, en el acto del otorgamiento, se tendrá como testamento lo que de ella resulte siempre que todos los testigos estén conformes en su autenticidad, aun cuando alguno de ellos no recuerde alguna de sus disposiciones y así se reflejará en el acta de protocolización a la que quedará unida la nota, memoria o soporte magnético o digital duradero”. ¿Es ello un reconocimiento del testamento electrónico en nuestro país en sí mismo?

El asesoramiento no sólo consiste en asistir al testador en la plasmación de su voluntad, sino, lo que no es menos importante en sí mismo, provocar la reflexión en el mismo. Como señala GOMÁ LANZÓN, el ciudadano

medio tiende a comportarse de manera más seria y reflexiva ante la presencia del Notario, la “ejemplaridad” del fedatario influye y aleja el fantasma del “*iocandi causa*” en un eventual testamento sin notario.

Con todo, es importante citar la existencia, e implantación en auge, del Portal Notarial del Ciudadano (puesto en marcha por el Consejo General del Notariado) que permite a los ciudadanos acceder a la sede electrónica notarial, iniciar la gestión de su testamento e incluso recibir por videoconferencia asesoramiento previo (RAMOS MEDINA).

El testamento electrónico o digital, como tal, no existe en nuestro ordenamiento

Por otra parte, una cuestión no menor a considerar, tal y como precisa MARTÍNEZ CALVO es lo concerniente a lo acotado de la jurisdicción al Distrito Notarial y cómo casaría ello con el otorgamiento telemático.

5.2. El juicio de capacidad

Con la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, se ha eliminado la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, evitando todo proceso de “especificación” respecto a las personas con discapacidad, optando, conforme a los postulados de la *Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006*, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007, por un proceso de “generalización”, cambiando el paradigma de la “sustitución” al “apoyo”, respetando que toda persona, por el mero hecho de serlo, pueda ejercer su capacidad en condiciones de igualdad, conforme a su voluntad, deseos y preferencias. Como dice, muy gráficamente, la STS de 6 de mayo de 2021 (Ponente: SEOANE SPIEGELBERG) se abandona un régimen de “talla única” para que la resolución judicial pueda responder al paradigma de “traje a medida” mediante la adopción de concretos apoyos. Ello se ha plasmado en la

testamentifacción, donde el papel del Notario se centra, a día de hoy, más en el control del consentimiento que en el de la capacidad, o hablando en propiedad, en que el testamento se haya otorgado conforme a un consentimiento informado, ajeno a toda “influencia indebida” (arts. 249, 248 y 270 Cc) (ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA).

Todo testamento electrónico, en esencia, dificulta este control. Además de las cuestiones relativas al asesoramiento, ya analizadas, se impide toda inspección por parte del Notario y todo juicio acerca de la aptitud del testador para prestar el consentimiento informado al margen de toda influencia indebida (valga la “broma extrema”, el ordenador impide constatar que el testador no esté siendo apuntado por una pistola o que al otro lado no exista alguien captando su voluntad manifiestamente). En cualquier caso, amparándome en la mayor, la abundancia y fuerte implantación del Notariado a lo largo de la geografía española dificulta justificar la falta de desplazamiento del testador a la oficina notarial donde este juicio, además del asesoramiento, podrá efectuarse correctamente.

5.3. Identificación y firma

Prescindiendo de una eventual duplicidad faustiana, no existe a efectos testamentarios una presunta identidad digital ajena a la normal, la personal. El ser humano no cambia de unicidad por el hecho de haber cambiado de tecnología, y ello hace que los mecanismos de identificación deban existir, sea cual sea el medio utilizado, pues el objetivo, el otorgamiento individual, siempre es lo buscado.

Hemos comentado antes que en Nevada el testamento electrónico debe contener fecha y firma electrónica y algún elemento de identificación del testador sobre la base de un elemento biológico o un acto físico del testador (VAQUER ALOY). Algunos autores (SILVERIO SANDOVAL) propugnan el uso de la firma biométrica, es decir, la firma manuscrita sobre un soporte digital, sosteniendo que con ella se salvaguardan de mejor manera las



garantías que deben respetar cualquier firma: 1) la *veracidad en la autoría*; 2) garantizar la *inexistencia de manipulaciones posteriores (e integridad)* y 3) que el documento *pueda ser comprobado y presentado en tiempo y forma para que surja todos los efectos oportunos*. La firma biométrica no deja de ser una firma electrónica que incorpora datos biométricos personalísimos del firmante tales como aceleración, velocidad de escritura y trazo. En tanto que firma electrónica estaría incluida dentro del Reglamento (UE) 910/2014, eIDAS.

La ley peruana 31338, publicada en Diario Oficial el 11 de agosto de 2021, modificó el Código Civil del Perú (art. 696), admitiendo la identificación mediante “*medios de identificación biométrica establecidos por el Reniec*”, o lo que es lo mismo, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (que es el organismo público autónomo encargado de la identificación de todos los peruanos por su DNI). Si bien es cierto, que no obstante regular tal “modernidad”, se sigue exigiendo en tal ordenamiento la presencia de testigos para testar.

Tal y como constata VAQUER ALOY, en cualquier caso, en ningún caso es admisible el testamento cerrado o la memoria en que se inserta un archivo de imagen con una firma manuscrita escaneada.

5.4. Soporte y conservación

La defensa de la firma biométrica, por quienes así lo hacen, no deja de estar en correlación con el soporte material donde plasmarse el testamento electrónico. CÁMARA LAPUENTE sostiene que sí parece posible, y admisible, por nuestro ordenamiento el testamento ológrafo digital que incluyese firma manuscrita en la pantalla de un dispositivo (biométrica), dado que el art. 688 Cc no establecer requisitos sobre el soporte, o incluso con firma electrónica a la que el ordenamiento otorga el mismo alcance que a la firma manuscrita, siempre y cuando se cumplan el resto de requisitos del citado artículo. Un argumento a su favor, sin lugar a dudas, es la admisión, por el Código Civil de Cataluña,

de las memorias testamentarias con firma electrónica. No falto de razones, MARIÑO PARDO afirma que estos soportes electrónicos suelen permitir la alteración del contenido de lo escrito (suprimiendo una parte del contenido del testamento, por ejemplo), no dejando ningún rastro, por lo que no acaban de ser equiparables a la escritura en papel (de hecho, esta discusión se predica igualmente sobre la conveniencia, o no, de mantener los voluminosos protocolos en papel, cuestión que mantiene en términos equivalentes a los practicados en la actualidad la *Ley 11/2023, de 8 de mayo* de digitalización).

Hemos de excluir también cualquier admisibilidad del testamento electrónico como testamento “*per relationem*”, figura especialmente reprobada por el Código Civil Español y que única y exclusivamente debe reducirse a su consideración (y dentro de sus límites) como memoria testamentaria (incluso firmada digitalmente) por el CcCat (art. 421-21). Al respecto recordar que el CC español, en su art. 672 Cc prevé que: “*Toda disposición que sobre institución de heredero, mandas o legados haga el testador, refiriéndose a cédulas o papeles privados que después de su muerte aparezcan en su domicilio o fuera de él, será nula si en las cédulas o papeles no concurren los requisitos prevenidos para el testamento ológrafo*”

A mi modo de ver, quizá la mayor garantía del eventual reconocimiento de esta forma de testar sería su conservación (siempre que no se haga a través de terceros, como en Nevada, y sí a través de la propia plataforma informática del notariado). Cómo pudiere configurarse tal conservación será objeto de análisis y práctica con la implantación de la recién aprobada *Ley 11/2023*, al respecto tener en cuenta ya no la regulación de la “matriz electrónica” en sí sino la implantación del “protocolo electrónico” conforme a la nueva ley. Con todo, toda plasmación electrónica del documento público debe garantizar, como defiende BRANCÓS NÚÑEZ: salvaguardas contra el hackeo, garantizar la conservación de los archivos a muy largo plazo (para

ello la nueva *Ley 11/2023* prevé en su art. 34 (que da nueva redacción al 17.2 LN) que: “*las medidas de encriptación y conservación íntegra que permita la legibilidad de su contenido, con independencia del cambio de soporte electrónico, serán adoptadas por el Consejo General del Notariado que las comunicará para su aprobación a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública*”) y dar solución al problema de acreditar judicialmente la inalterabilidad del procedimiento de migración.

Es discutible la admisión de un eventual “testamento electrónico” en virtud de la actual redacción del art. 706 Cc (en redacción dada por la *Ley 8/2021, de 2 de junio*), donde se cita el testamento cerrado redactado en soporte electrónico y firmado con firma electrónica reconocida (art 706 Cc). FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS encuentra que un problema a su admisión como testamento “electrónico” es que la firma electrónica, una vez trasladada a papel, carece de autenticidad, no habiendo “*off line*” posibilidad de verificación, además de que, por su propia naturaleza, los certificados digitales caducan.

5.5. Revocación

Un principio fundamental de la sucesión testamentaria es la esencia revocable de las mismas. El problema es que, al no exigirse un testamento de la misma forma que el anterior, la revocación puede verse motivada por cualquier disposición testamentaria (véase la STS de 25 nov 2014 que admitió la *revocación parcial tácita* de un testamento ante notario por una nota escrita con posterioridad a éste, que fue considerada como testamento ológrafo). Como ya señalara PASTOR RIDRUEJO, el problema que se plantea es que el testamento en “forma inferior”, posterior en el tiempo, revoca el anterior en forma notarial, pero éste, hasta que no haya sido protocolizado, no constará en el Registro General de Actos de Última Voluntad. Además, si el testamento inferior (no notarial) no es protocolizado dentro del plazo legal, no llegará a surtir efectos. ¿Qué sucedería de existir los testamentos

electrónicos? ¿Qué debería entenderse como “testamento o cláusula revocatoria”?

En EEUU, la UEWA antes citada no prevé ningún sistema de revocación en especial (graso y manifiesto error y síntoma de debilidad de lo regulado a mi parecer) y se limita a establecer que se entenderá derogado el testamento electrónico cuando *se pruebe la intención revocatoria* por preponderancia de la evidencia (o por disposición posterior), estableciendo como “actos revocatorios”: eliminar un archivo, imprimir el documento y escribir “revocado” en el documento impreso, teclear “revocado” en el electrónico... Sin lugar a dudas un perfecto monumento a la incoherencia e inseguridad jurídica.

Desde un prisma europeo continental no podemos dejar de sonrojarnos ante las recomendaciones de la UEWA. ¿Qué sucede con las copias masivas que puedan haberse producido del archivo? ¿Hay sistemas para identificar el documento original en el sistema anglosajón? ¿Se pretende prescindir de la presencialidad para luego exigir un documento escrito con el “sello revocado”? ¿Destruir a martillazos el disco duro es muestra de intención revocatoria irrefutable puestos a admitir tal “*numerus apertus*” de incoherencias?

6. Algunas reflexiones finales

La efectiva, y eficiente, implantación del Notariado por la geografía nacional, que conlleva su fácil acceso, unido al escaso coste del testamento abierto notarial, hacen de difícil motivación la necesidad de regular el testamento electrónico en nuestro país, salvo por motivos de urgencia justificados (tales como el caso del testamento en tiempo de epidemia habiendo confinamiento). ¿Podiera plantearse como la forma de testar en los casos de peligro de muerte, a la vista de la actual LN, como hemos visto?

Desde luego, no podemos menospreciar, sino al contrario, poner en valor, el firme papel de la informática como “lengua franca”, que en palabras del italiano LISERRE, valga universalmente consiguiendo la desaparición de las fronteras entre ordenamientos y el

valor unívoco de la relación jurídica, cual si de una operación matemática se tratase, invocándose la célebre afirmación de Galileo Galilei de que, en verdad, las matemáticas son el lenguaje de la naturaleza. Pero ello jamás puede justificar una enmienda a la totalidad de las fuertes formalidades testamentarias, conllevando su difuminación en pro del argumento tecnológico, socavando su esencia.

Podría llegarse a contemplar el testamento ológrafo electrónico en la forma propuesta por algunos autores, pero siempre acompañándole de los mismos recelos que siempre han seguido al manuscrito (uniéndosele el riesgo de hackeo), pero jamás deberá considerarse una relajación de las formas testamentarias tales que nos lleven al sistema del *Will* electrónico anglosajón, pieza ajena al sistema propugnado por la tradición romano-germánica y ajena a toda defensa posible desde un mínimo juicio de seguridad jurídica.

Es cierto que el testamento, y el propio derecho de sucesiones, está sufriendo una cierta crisis (ZOPPINI), y de ello puede hablarse en base a:

1. La “depolitización” del fenómeno sucesorio: al no transmitirse ya un “poder o legitimación social” sobre el clan familiar (piénsese en los mayorazgos o en las antiguas concepciones del fideicomiso, no digamos ya en el propio origen romano del testamento y el poder casi omnímodo del *pater familias*).
2. El debilitamiento de su función asistencial: función que hoy desempeña el Estado a través de los mecanismos del Estado del Bienestar.
3. La anticipación de la transmisión intergeneracional de la riqueza a través de la liberalidad: todo ello motivado por el prolongamiento de la esperanza de vida; ya que mediante la conocida como “*sucesión anticipada*”, los padres transmiten en vida su riqueza a los hijos imputándoseles en la futura herencia y reservándose éstos,

al mismo tiempo, una fuente de sostenimiento para vivir y una cierta forma de control sobre el patrimonio del cual han dispuesto.

4. El recurso a instrumentos de delaciones alternativas al testamento. De hecho, conexo a las estrategias de planificación hereditaria es el surgimiento de un “*sistema sucesorio paralelo*” por efecto de formas de delación “triangular” que prescinden y “sustituyen” el testamento. Nos estamos refiriendo a instrumentos que permiten lograr la transmisión en vida del causante, con actos *inter vivos*, aunque tengan efectos *post mortem* o *trans mortem* (PALAZZO se refiere a estos últimos como a los actos que, sin ser *mortis causa*, producen efectos aplazados o condicionados a la muerte del disponente. Ejemplos: el beneficiario del seguro de vida o de la hipoteca inversa).

En todo caso, sea por su carácter intrínsecamente íntimo y personalísimo, sea por su sencillez cuasi perfecta en cuanto a esquema (que no necesariamente en cuanto al contenido), por más que razones práctico-económicas intenten esquivar la sucesión “*mortis causa*”, y por ello, a su más leal y útil adalid, no hay esquema ni sucesión (al llegar siempre la muerte) que escuse a la institución testamentaria, sea en su concepción primigenia o en su vertiente actualizada, como imprescindible instrumento de cierre.

* Este artículo es el guion que sirvió para la conferencia pronunciada el 21 de junio de 2023, a las 19:30, en el Ilustre Col.legi de Notaris de Catalunya. “WebiNot 61 — El testamento: una institución milenaria ante el reto electrónico”. Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=gLguf8Q_6KA

A su vez, es una versión abreviada de mi obra, ya disponible: *Los testamentos digital y electrónico: una visión de Derecho internacional y comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024. ■