



PROPUESTA DE COMUNICACIÓN PARA EL CONGRESO INTERNACIONAL "DECLARACIÓN DE VOLUNTAD EN UN ENTORNO VIRTUAL"

TÍTULO DE LA COMUNICACIÓN: El testamento digital a propósito del peligro de muerte y los tiempos de epidemia: principio favor testamenti vs. Forma ad solemnitatem.

PANEL AL QUE SE ADSCRIBE: Panel 1.

NOMBRE Y APELLIDOS: Manuel Ángel Gómez Valenzuela.

PROFESIÓN: Abogado y Doctorando.

INSTITUCIÓN A LA QUE PERTENECE: Universidad de Cádiz.

RESUMEN:

El testamento, siguiendo a Galgano, se puede definir como el “acto jurídico unilateral el cual contiene la declaración de voluntad del testador y que está destinado a producir efectos tras la muerte de éste, como su declaración de voluntad” (Galgano, F.: *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, 1992, p. 533). Dicha definición se asemeja a la ofrecida por el artículo 667 del Código Civil (CC), que conceptúa el testamento como un acto jurídico. Sin embargo, parte de la doctrina, a la que nos adherimos, critica dicha definición, propugnando que el testamento no es un acto, sino un negocio jurídico, al estar integrado por una declaración de voluntad cuyo efecto es coincidente con aquella declaración, secundando esta tesis, *ad exemplum*, O’Callaghan, que define el testamento como un negocio jurídico por medio del cual ordena el causante el destino de su patrimonio para después de su muerte (O’Callaghan Muñoz, X.: *Compendio de Derecho Civil, Tomo V, Derecho de sucesiones*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2012, pp. 66 y 67).

Sea cual sea la definición del testamento y la categoría a la que se adscriba, es indiscutible que emana de la voluntad del causante, siendo esta “ley de sucesión” (Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2017, p. 6). Otro elemento importante del testamento, que lo caracteriza como institución, es la forma, o mejor dicho, su carácter solemne, configurándose esta como un elemento esencial del negocio. Así, la intervención del Notario en los testamentos abiertos y cerrados es fundamental, estando prevista su obligatoriedad en los artículos 694 y 707 CC, siendo hasta tal punto así que la ausencia de la intervención notarial provocará la nulidad del testamento, por mor del artículo 687 CC.



Sin embargo, el legislador contempló dos formas extraordinarias de otorgar testamento sin la presencia de Notario, viniendo motivada la dulcificación de esta exigencia en razones de urgencia. Efectivamente, el testamento en peligro de muerte y en caso de epidemia se tratan de formas testamentarias abiertas y extraordinarias, siendo tributarias de excepciones respecto al régimen general de los testamentos abiertos.

A pesar de que el testamento en peligro de muerte sea una excepción en la ladera fáctica, existen sentencias del Tribunal Supremo que han analizado las particularidades de dicho testamento, como la STS 27 junio de 2000, que estudió un supuesto en el que un Notario, que se negó a autorizar el testamento por considerar que el testador no se hallaba en peligro de muerte, compareció en función de testigo. No acontece lo mismo con el testamento en caso de epidemia, que, amén de su escasa litigiosidad, no ha sido objeto de un tratamiento profundo por parte de la doctrina, quizás por considerar numerosos

1

autores, como Lasarte, que se trata de una mera reliquia histórica, por la ausencia de terribles pandemias que diezmaran poblaciones enteras (*Id. cit.*, p. 60). A raíz del COVID 19, este tipo de afirmaciones respecto al testamento en caso de epidemia han caído por su propio peso, siendo obligado recordar la defensa que hizo Albaladejo del testamento en epidemia con aquella célebre frase “los bichos igual que se van, vuelven” (citado por López Galiacho Perona, J.: “La rabiosa actualidad del testamento en caso de epidemia”, Blog *Hay Derecho*, 20 marzo 2020), siendo así que esta forma extraordinaria de testar ha resucitado, máxime con el estado de alarma y sus sucesivas prórrogas.

Siguiendo la reglamentación del Código Civil, para otorgar testamento en peligro de muerte es preciso que el testador se halle en dicha situación siempre que concurren en el otorgamiento cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario (artículo 700 CC). La jurisprudencia ha ido en línea de flexibilizar la exigencia del Notario, pues a pesar de afirmar que el testador no puede prescindir discrecionalmente del fedatario público, no debe acreditarse, para la validez del testamento, una imposibilidad absoluta, sino que basta la prueba de que no pudo encontrarse el Notario o que era difícil su presencia (SSTS 22 abril 1910, 23 febrero 1926, 12 mayo 1945 o 4 noviembre 1962). Para el testamento en epidemia el legislador también exonera al testador de la presencia de Notario, pero, al contrario del testamento en peligro de muerte, la dispensa de la intervención notarial es absoluta, no pudiéndose exigir prueba alguna de la ausencia del Notario o la dificultad de hallarlo (Lacruz Berdejo, J.L. y Sancho Rebudilla. F. A.: *Elementos de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones conforme a las leyes de 13 de mayo y 7 de julio de 1981*, Librería Bosch, Barcelona, 1981, p. 226), siendo preciso, eso sí, que concurren tres testigos mayores de dieciséis años. En relación al artículo 701 CC, que contempla esta forma “en caso de epidemia”, cabe plantearse si es preciso



que haya una declaración oficial de epidemia y que el testador esté afectado por la enfermedad. Siguiendo a Lacruz Berdejo, es suficiente la presencia masiva y en sus manifestaciones más agudas de una enfermedad epidémica con altos índices de mortalidad, de profilaxis difícil y muy contagiosa, la cual puede ocasionar abundantes defunciones, restricción de los servicios y, en definitiva, un pánico colectivo en la población (*Id. cit.*, p. 226). Por otro lado, tampoco es necesario que el testador esté afectado por la enfermedad epidémica (Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Tomo 2, Derecho de sucesiones*, Tecnos, Madrid, 2017, p. 68), pues, si atendemos a los antecedentes históricos del artículo 701 CC, podemos ver que el artículo 698 del anteproyecto del Código Civil (1882-1888) decía que el testador podía otorgar testamento en epidemia aunque este “no se halle enfermo”. Ciertamente, esta interpretación es la que cobra más sentido a raíz del COVID-19, ya que, según la Instrucción de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 15 de marzo de 2020 sobre la adopción de medidas que garanticen la adecuada prestación del servicio público notarial, se prevé que la actuación notarial se desarrolle exclusivamente en la oficina notarial.

Respecto a los testigos en el testamento en peligro de muerte y en casos de epidemia, a estos les será de aplicación las causas de idoneidad previstas en los artículos 681 y 682 CC, a excepción de la edad en el testamento en epidemia. Es importante tener en cuenta que no se tratan de testigos instrumentales, sino de conocimiento, siendo de aplicación el artículo 685 CC, pues tendrán que conocer o identificar al testador y, lo más importante, asegurar que quien otorga testamento tenga la suficiente capacidad legal necesaria para testar

2

(Albaladejo García, M.: “Algunos extremos de la regulación de los testamentos modificados por la reciente Ley de 20 de diciembre de 1991, *Actualidad Civil*, núm. 2, 1992, p. 351, y Díez-Picazo, L. y Gullón, A.: *Sistema de Derecho Civil, Volumen IV, Tomo 2, Derecho de sucesiones*, cit., p. 60).

Introduciendo dichos aportes, cabe plantearse la siguiente cuestión, que constituye el leitmotiv de esta comunicación: ¿Es posible, en estas formas extraordinarias de testar, prescindir de los testigos si el testador, ante la imposibilidad de contar con su presencia, graba un video o una nota de voz que contiene su última voluntad? Puede pensarse que estas situaciones en las que el testador se encuentra en la absoluta soledad son inverosímiles, pero, ciertamente, puede darse el caso de una persona, contagiada o no por el COVID-19, que se encuentre recluida en su casa y, por el aislamiento de rigor, no solo esté imposibilitada de acudir al Notario, sino que se encuentra en la tesitura de no encontrar el número de personas suficientes que sean testigos de su última voluntad. Por no decir de aquellos casos en los que un soldado o un reportero de guerra de nacionalidad española se encuentra en el extranjero en peligro inminente de muerte, solo ante una situación de riesgo, contando en su posesión con un dispositivo móvil o una cámara que le permitirá grabar,



mediante video, por ejemplo, su última voluntad y remitírsela telemáticamente a sus parientes más cercanos.

Para el artículo 64.3 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862 (Ley Notariado) según la redacción dada por la Disposición final undécima de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), las nuevas tecnologías están presentes en la protocolización de los testamentos, pues la dicción legal prevé que en la solicitud de protocolización de los testamentos otorgados en forma oral pueda acompañarse “la nota, la memoria o el soporte en el que se encuentre grabada la voz o el audio y el video de con las últimas disposiciones del testador, siempre que permita su reproducción, y se hubieran tomado al otorgarse el testamento”, diciendo a su vez el artículo 65.5 que “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”. *Prima faice*, parece que el legislador contempló un resquicio para que el testador puedan grabar su última voluntad, sin embargo, dicha posibilidad no es óbice para que deba cumplirse todas las formalidades legales, pues aunque el artículo 64.3 de la Ley del Notariado permita la incorporación en la protocolización de un audio o video, en ningún momento menciona que se podrá prescindir de los testigos, sino todo lo contrario, ya que, en el párrafo siguiente dice que, aun acompañándose los citados soportes, “se expresarán los nombres de los testigos que deban ser citados por el Notario para que comparezcan ante él a los efectos de su otorgamiento”, debiéndose relacionar dicho precepto con el artículo 704 CC, que dispone que los testamentos otorgados sin la autorización del Notario serán ineficaces “si no se elevan a escritura pública y se protocolizan en la forma prevenida en la legislación notarial”. Como argumentos en contra de la posibilidad de prescindir de los testigos, se podrá decir, en relación a lo dicho, que los testigos en estas formas extraordinarias de testar no son instrumentales, sino de conocimiento, dando fe tanto de la identidad del testador como de

3

su capacidad para otorgar testamento, aspecto este último que no garantiza un video donde figure el testador relatando su última voluntad, pudiendo ser que, en dicho momento, no se hallara en su cabal juicio, además de que es jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo que en estos testamentos deben cumplirse “rigurosamente las formalidades y requisitos establecidos en la Ley” (SSTS 27 junio 2000 y 10 junio 2005). A lo que debe añadirse el riesgo de manipulación de los archivos digitales como el video o el audio donde esté reflejada la última voluntad; a nuestro juicio, el riesgo de falsedad del soporte digital no debe ser un obstáculo insalvable para protocolizar, ya sea actualmente o en el futuro, el testamento, pues del mismo modo que en el testamento ológrafo el Notario podrá acordar, a falta de testigos y si lo estima conveniente, la práctica de una prueba pericial caligráfica (artículo 62.5 de la



Ley del Notario), lo mismo se podría hacer respecto a las declaraciones *mortis causa* virtuales.

A lo expuesto podría decirse que, ante la soledad del testador por este tipo de situaciones, podría otorgar, en todo caso, testamento ológrafo. Sin embargo, hemos de tener en cuenta que durante el confinamiento más estricto provocado por el COVID-19 todos los establecimientos no esenciales permanecieron cerrados, siendo posible que el testador, ante la inexistencia de un bolígrafo en su domicilio o una caligrafía insufrible e ininteligible, recurra a un procesador de texto. La casuística que se ha dado en relación al testamento ológrafo y su redacción por ordenador y la firma electrónica va en la senda de interpretar rigurosamente la forma y sus requisitos, al igual que en el testamento en peligro de muerte y en epidemia, pues pese a que el Código Civil dice que debe ser escrito, no mencionando que la redacción sea manuscrita, tanto los Tribunales como la doctrina se han mostrado reacios a la hora prescindir del requisito de la autografía, diciendo que, aunque algunos pasajes del texto puedan estar redactados con letras de imprenta o con un procesador de texto, la firma debe ser de puño y letra (Lasarte Álvarez, C.: *Derecho de sucesiones, Principios de Derecho Civil VII*, cit., p. 6). Es curioso, en este sentido, que cualquier ciudadano pueda perfeccionar todo tipo de contratos, incluso que comprometa su patrimonio, o relacionarse y dar su consentimiento para todo tipo de actos con la Administración Pública o la Administración de Justicia, mediante una firma electrónica, y no pueda reflejar de este modo su última voluntad. Así, si la firma electrónica ha alterado la concepción tradicional de forma en los contratos, teniendo como valores la autenticidad del emisor del documento, su integridad, su confidencialidad y la posibilidad de acreditar la fecha y hora en que ha sido emitido (Rogel Vide, C.: *Derecho de obligaciones y contratos*, Cálamo, Barcelona, 2002, pp. 120 y 121) ¿por qué no interpretar la forma del testamento ológrafo al compás de la realidad social del tiempo en que deben ser aplicados los requisitos previstos en el Código Civil?

Aunque lógicamente el testamento ológrafo no represente el nudo gordiano de esta comunicación, sirva el argumento expuesto para patentar la desidia del legislador en no adaptar las normas sucesorias a los tiempos actuales (no sucede lo mismo en otros ámbitos, como por ejemplo, la protección de datos, donde el legislador, a través del artículo 96 de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, ha reconocido el derecho al testamento digital para que el causante establezca *mortis causa* la administración y destino de su contenido personal gestionado por prestadores de servicios de la sociedad de la información), agravándose la crítica si tenemos

4

en cuenta que el Código Civil se publicó a finales del Siglo XIX, donde las nuevas tecnologías todavía no habían hecho su aparición.

Ergo, el razonamiento en relación al testamento ológrafo y la firma electrónica podría ser extensible al uso de medios digitales a la hora de testar en peligro



de muerte y en caso de epidemia, máxime cuando las normas de Derecho de sucesiones entronizan con el *principio de favor testamenti* que, como principio general en el ámbito sucesorio, debe operar como canon hermenéutico en la aplicación de sus normas, a lo que podría añadirse el elemento sociológico, cristalizado en el artículo 3 CC, que podría coadyuvar a interpretar en la senda digital las normas relativas a la forma del testamento. Estos elementos, *principio favor testamenti* y elemento sociológico en sede de interpretación, no han resultado ajenos al Derecho de sucesiones, como pudimos comprobar en sede de desheredación, pues si en el pasado el Tribunal Supremo reiteró hasta la saciedad que las causas de desheredación debían ser objeto de una interpretación restrictiva, apelando a la naturaleza sancionadora de la desheredación y la protección a ultranza del sistema legitimario, hemos visto como, recientemente, el Alto Tribunal, sirviéndose del principio *favor testamenti* y de una “interpretación flexible conforme a la realidad social”, maneja una tesis aperturista con la voluntad del causante, consagrando el maltrato psicológico como causa que permite privar de la legítima al heredero forzoso (entre otras, SSTS 3 junio 2014 o 30 enero 2015). Por ende, de la misma manera que los Tribunales han exceptuado, por conducto de la desheredación y sirviéndose del *favor testamenti* y de la interpretación sociológica, la legítima, cabe indagar si dicha exégesis puede ser extrapolable a la forma *ad solemnitatem* de los testamentos otorgados en peligro de muerte y en tiempos de epidemia.

Esbozadas, *grosso modo*, estas ideas, el desarrollo de la comunicación gravitará en torno a ofrecer un análisis, tanto de *lege lata* como de *lege ferenda*, del uso de medios digitales a la hora de testar en peligro de muerte y en tiempo de epidemia, resultando pertinente, por no decir imprescindible, esta investigación en un contexto en el que, parafraseando a Albaladejo, los bichos han vuelto, adquiriendo las nuevas tecnologías, en todos los ámbitos, una importancia sin precedentes.