

¿Es plausible un testamento ológrafo electrónico?

Proyecto
DER2016-79363-R

Grupo
“DE IURE” (S26_17R)

fppt.com

Aurelio Barrio Gallardo
Acr. Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza

Revolución Tecnológica

- SI ALGO CARACTERIZA LA CENTURIA QUE NOS HA TOCADO VIVIR ES LA INFORMATIZACIÓN
- LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS HAN IRRUMPIDO EN LOS DIVERSOS ÁMBITOS DE LA VIDA TANTO PÚBLICA COMO PRIVADA



Una Nueva Fe Revelada

- LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA ES LA GRAN PANACEA DEL S. XXI
- PARECE QUE CUALQUIER ACTO O NEGOCIO JURÍDICO QUE PUDIERA CELEBRARSE DE FORMA “TRADICIONAL”
- TIENE SU RÉPLICA INMEDIATA EN EL MUNDO VIRTUAL GRACIAS A UNA FE CIEGA EN LA SEGURIDAD QUE PROPORCIONAN CLAVES Y ALGORITMOS
- ESTE POSIBILIMISMO HA CONDUCIDO AL LEGISLADOR A REALIZAR UNA PROCLAMA GRANDILOCUENTE EN EL ART. 3 DE LA LEY 59/2003, DE 19 DE DICIEMBRE (LFE)

Principio de Equivalencia Funcional



“La firma electrónica reconocida tendrá respecto de los datos consignados en forma electrónica el mismo valor que la firma manuscrita en relación con los consignados en papel” (art. 3.4 LFE).



ESCEPTICISMO FRENTE AL CREDO TECNOLÓGISTA



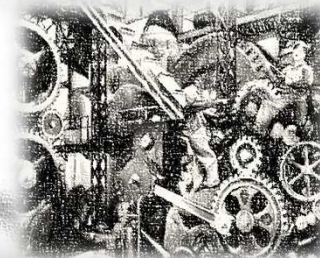
LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL AVANZA, PERO NI UNA MÁQUINA ES UNA PERSONA NI PUEDA HACER SUS VECES POR MUY PERFECCIONADA QUE SEA NI DESARROLLADO SE ENCUENTRE EL ESTADO DEL ARTE



SIMPLIFICAR GESTIONES, AUTOMATIZAR PROCESOS, FACILITAR EL TRABAJO DEL SER HUMANO... PERO SIN LLEGAR A SUPLANTARLO... NO TODO PUEDE SOLUCIONARSE CON UN "ORÁCULO"



ES CIERTO QUE ALGUNOS TRABAJOS POCO CUALIFICADOS SE PUEDEN REALIZAR A TRAVÉS DE DISPOSITIVOS AUTOMÁTICOS... AUNQUE NO RESULTA NADA HALAGÜEÑO CONCEBIR QUE EL MAQUINISMO DEL S.XXI LLEGARÁ A DESTRUIR SEGÚN ESTIMACIONES ENTRE EL 11% Y 12% DEL EMPLEO ACTUAL



SIN EMBARGO, LA INTERMEDIACIÓN DIRECTA E *IN SITU* QUEDA A SALVO;

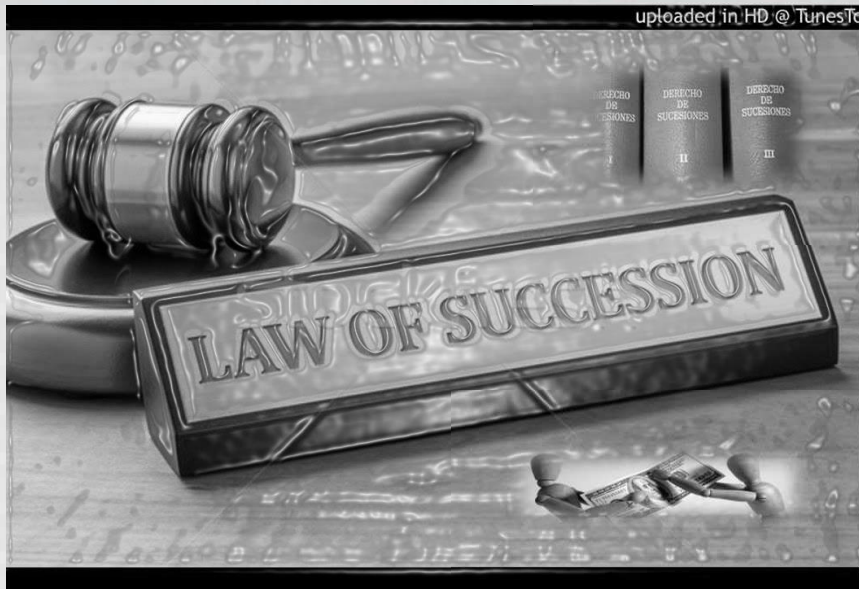
CUALQUIER ELEMENTO QUE IMPLIQUE UN JUICIO DE DISCRECIONALIDAD REQUERIRÁ CUANDO MENOS DE LA SUPERVISIÓN DE UN PERITO (UN INGENIERO... UN JURISTA... JUEZ, NOTARIO...).

... LA INFALIBILIDAD TÉCNICA NO DEBE CONFUDIRSE CON LA SEGURIDAD JURÍDICA...

CUANDO LA PROCLAMA GENERAL DEL ART. 3 LFE 2003 INTENTA LLEVARSE A LA PRÁCTICA Y SE DESCENDE A LA REALIDAD DE LOS HECHOS... FRACASA...



UN ÁMBITO CONCRETO: LA SUCESION MORTIS CAUSA



Sucesión testamentaria

UNO DE TANTOS CASOS DONDE LA MÁXIMA GENERAL DEVIENE IRREALIZABLE SERÍA EL TESTAMENTO OLÓGRAFO (arts. 668 y ss. CC).

SE TRATA DE UNA MODALIDAD TESTAMENTARIA CONOCIDA EN TODOS LOS PAÍSES ROMANIZADOS...

AUNQUE HAN EXISTIDO MERITORIOS Y DENODADOS ESFUERZOS POR LA DOCTRINA EXTRANJERA EN PRO DE SU ADMISIÓN EN LOS DERECHOS DE ESTIPRE LATINA...

“En la actualidad las TIC nos brindan un sinnúmero de posibilidades para poder plasmar nuestras ideas y darlas a conocer al mundo exterior. Son estos avances los que nos permiten plantearnos la cuestión y posibilidad de exteriorizar nuestra voluntad, con el empleo de mensajes de datos, en un documento electrónico, que, siguiendo las medidas de seguridad que nos otorga la firma electrónica avanzada, constituya nuestro testamento electrónico” (BECERRIL GIL, 2015: 101)



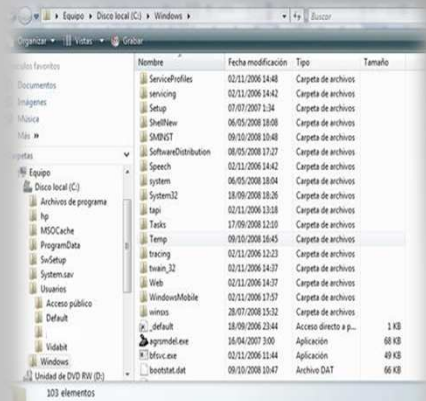
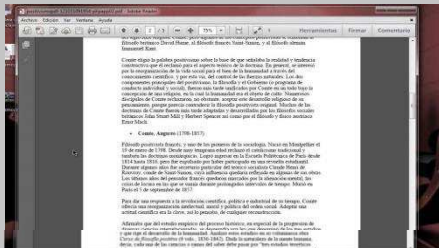
¿QUÉ SERÍA UN TESTAMENTO OLÓGRAFO ELECTRÓNICO?

LO QUE NOS PREGUNTAMOS CON ESTA MODALIDAD PRIVADA ES SI UNO, EN LA SOLEDAD DE CASA, DURANTE UNA FRÍA NOCHE DE INVIERNO PUEDE...

... ABRIR UN ARCHIVO DE TEXTO, ESCRIBIR DOS LÍNEAS ATRIBUYENDO P. EJ. UN LEGADO A FAVOR DE SU CUIDADOR...

... GUARDARLO EN PDF Y, CON UN CERTIFICADO DIGITAL DE PERSONA FÍSICA, COLOCAR EN ÉL DE FORMA INDELIBLE, UNA FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA...

... Y QUE CUANDO MUERA, EL SOBRINO QUE LE HA ATENDIDO EN SU VEJEZ, EN VEZ DE HACERLO SUS HIJOS, RECIBA EL ARCHIVO EN SU EMAIL Y CON ÉL PUEDA RECLAMAR LA MANDA CONTRA LOS HEREDEROS.



Testamento Ológrafo: Características

TESTAMENTO PRIVADO Y SECRETO: SE OTORGA AISLADO, SIN CONCURRENCIA de testigos NI AUXILIO DE NINGUNA AUTORIDAD (v. gr. notario)

ES MÁS PRÁCTICO, PERO OFRECE MENOS GARANTÍAS (frente p. ej. a casos de extravío, destrucción...).

SE ES MÁS EXIGENTE CON LOS REQUISITOS FORMALES Y DE CAPACIDAD (18 años, art. 688.1 CC); LO MISMO CABE DECIR DE LA FECHA (STS 11.04.1945 [RJ 540])

LA JURISPRUDENCIA HA INSISTIDO EN QUE LA FORMA ES SUSTANCIAL COMO REQUISITO DE VALIDEZ (*ad solemnitatem*).

HA APLICADO EL ART. 687 CC (“será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades” (...) prescritas por la Ley CON MAYOR RIGOR A LA FORMA OLÓGRAFA (STS 10.12.1956 [RJ 3860]; STS 18.06.1994 [RJ 6022]; STS 04.11.2009 [RJ 5835]).

SIN LAS SOLEMNIDADES DEBIDAS (art. 688 CC) DECAE SU VALIDEZ: UNA NULIDAD QUE DA PASO A LA PROXIMIDAD DE GRADO DEL ABINTESTATO



“
Todas las acciones cumplidas sin ostentación y sin testigos me parecen más loables.
— Cicerón —
”

Testamento Ológrafo: Autografía

Buenos Aires 26 Marzo 1949
RAMÓN Gómez de la Serna
Testamento Ológrafo

En vísperas de mi viaje a España con Luisa Soforich que es ante notario mi heredera universal y por si falleciéramos los dos en naufragio u otra calamidad, dejo la propiedad de todo mis bienes, incluye la propiedad de todos los libros que publique, al hijo de Luisa Soforich, D. Eduardo Ghidli Soforich, nombrando a la vez albacea testamentario a mi tío el Dr. Bernardo Soforich.

En Buenos Aires el día 26 de Marzo de 1949

RAMÓN Gómez de la Serna

*Buenos Aires 26 Marzo 1949
RAMÓN Gómez de la Serna*

ETIMOLOGÍA: “OLOS” “GRAPHOS”, SIGNIFICA “ESCRITO” “ENTERO”; CON EL SIGNIFICADO DE TOTALMENTE ESCRITO POR EL TESTADOR (CASTÁN TOBEÑAS, 1979: 67; ALMAGRO NOSETE, 2011).

SE TRATA DEL TESTAMENTO QUE EL TESTADOR HA ESCRITO POR SÍ MISMO (art. 678 CC).

CON MAYOR PRECISIÓN, SUELE REFERIRSE A SU CARACTERÍSTICA ESENCIAL INDICANDO QUE ES AQUEL REDACTADO “DE PUÑO Y LETRA” POR EL CAUSANTE.

“PARA QUE SEA VÁLIDO ESTE TESTAMENTO DEBERÁ ESTAR ESCRITO TODO ÉL Y FIRMADO POR EL TESTADOR” (art. 688.II CC).

SE DEDUCE DE LA ADVERACIÓN, AL DECLARAR LOS TESTIGOS “QUE NO ABRIGAN DUDA RACIONAL DE HALLARSE EL TESTAMENTO ESCRITO Y FIRMADO DE MANO PROPIA DEL [TESTADOR]” (antiguo art. 691 i.f.)

SE DISCUTE SI DEBE SER CURSIVA; CABE LETRAS DE IMPRENTA (MAYÚSCULAS); EL CC NO EXIGE UNA DETERMINADA AUNQUE EN LA PRÁCTICA PODRÍA OFRECER PROBLEMAS POR FALTA DE MÍNIMA HABITUALIDAD

Caligrafía habitual del causante

EL TESTADOR DEBE DEJAR SU IMPRONTA PERSONAL EN EL INSTRUMENTO.

LA PECULIAR CALIGRAFÍA DE CADA INDIVIDUO SIRVE PARA ATRIBUIR AUTENTICIDAD (evitar su falsificación) Y AUTORÍA (prevenir suplantaciones de identidad) AL TESTAMENTO...

ES CIERTO QUE SU PAPEL COMO ATRIBUCIÓN DE AUTORÍA PUEDE RESULTAR MÁS SECUNDARIO ANTE EXTENSAS PIEZAS DE ESCRITURA (testamento más largo que ofrece una muestra más amplia para el contraste...).

SE RECOMIENDA QUE SEA LA LETRA HABITUAL PARA EVITAR IMPUGNACIONES (cfr. no obstante, STS 05.05.2011 [RJ 2012\1101]; STS 25.11.2014 [RJ 6006])

Huella

Dactilar



Impresión Digital



Máquina escribir

Recortable
MENSAJES
con Letras
RECORtadas



Ordenador



Imprentilla



Caligrafía

SAP Granada 19.06.2009 (AC 1462)
STSJ Navarra 31.10.2008 (RJ 2009\1450)

SAP Madrid 17.04.2002 (JUR 2003\46666)
SAP Toledo 28.01.2000 (AC 133)

CUALQUIER MECANISMO DE REPRODUCCIÓN MECÁNICA DE LA ESCRITURA O EL USO DE UNA TIPOGRAFÍA ESTÁNDAR QUE CONLLEVE LA “DESPERSONALIZACIÓN” DE LOS TRAZOS HARÍA NULO EL TESTAMENTO...

Firma manuscrita

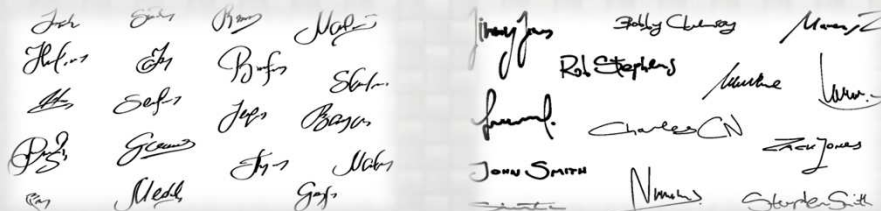
Sucesión testamentaria

LA FIRMA CONVIERTE EL BORRADOR EN TESTAMENTO; ATRIBUYÉNDOLE CARÁCTER DEFINITIVO A AQUELLO QUE HASTA ENTONCES ERA UN MERO PROYECTO.

OPERA COMO CIERRE Y EXPRESIÓN DE VOLUNTAD DE QUE LO DISPUESTO VALGA COMO TAL TESTAMENTO (STS 08.07.1940 [RJ 689]) OTORGÁNDOLE AL ESCRITO LA NATURALEZA DE NEGOCIO JURÍDICO

RESULTA IMPRESCINDIBLE; SU FALTA HACE NULO EL TESTAMENTO OLÓGRAFO

MEJOR SI ES COMÚN-HABITUAL, PERO BASTARÍA CON PODER IDENTIFICAR AL CAUSANTE (recognoscibilidad=autoría).



HA DE SER AUTÓGRAFA (STS 10.11.1973 [RJ 4163]) o MANUSCRITA (AL IGUAL QUE EL RESTO DEL TESTAMENTO) PARA PODER CALIFICARSE COMO «FIRMA DEL TESTADOR» (R. 13 febrero 1986); Y NO PUEDE SER SUSTITUIDA POR OTRO SIGNO, SELLO, IMPRESIÓN DIGITAL (Lacruz, 2009: 191);

CABRÍA AQUÍ INCLUIR LA FIRMA ELECTRÓNICA, ASIMILADA A UN SELLO-ESTAMPILLA (RODRÍGUEZ ADRADOS, 2004; GONZÁLEZ-MENESES, 2010).

LO QUE MUEVE A LAS VOCES MÁS SOBRESALIENTES EN LA MATERIA A EXCLUIR SU USO EN EL TESTAMENTO OLÓGRAFO.

Firma... ¿electrónica?

«En la actualidad e íntimamente relacionado con la firma puesta por el testador surge la novedad de la Ley 59/2003, de 19 diciembre de Firma Electrónica. Si ésta tiene la condición de reconocida, le otorga la ley la equivalencia funcional de la firma manuscrita, si bien respecto de los actos configurados en forma electrónica. ¿Puede ser considerado firmado el documento testamentario con esta firma reconocida?

Aun con esa equivalencia pensamos que le faltaría su consideración como elemento esencial -artículo 688.2 CC, no está en el texto escrito- aunque pudiera cumplir la finalidad de servir de medio de prueba de la identidad del testador en la fase de validez del testamento posterior a su muerte, artículo 691 CC, aunque no como prueba única a tenor de los artículos 1.2 y 3.3 LFE. No cabe aplicar artículo 196 RN (según RD 45/2007, de 19 enero) sobre firma electrónica reconocida» (TORRES GARCÍA, 2011: 393).




«El testamento escrito a lápiz resulta *per se* (...) sumamente frágil y lo mejor es no aceptarlo *a limine* por razones de seguridad jurídica. Algo similar cabe afirmar respecto del denominado testamento ológrafo electrónico, a mi juicio algo radicalmente incompatible con la vigente regulación codicial» (GARCÍA CANTERO, 2014: 261-262).

EL PATRIMONIO SUCESORIO
Reflexiones para un debate reformista

GARCÍA CANTERO

SopORTE



LA DOCTRINA EXTRANJERA ES MUY PERMISIVA EN CUANTO A LA ADMISIÓN DE LA MATERIA Y EL INSTRUMENTO; P. EJ. CASO PILOTO DE AVIACIÓN ORIUNDO DE MANCHESTER QUE TESTÓ SOBRE LA CÁSCARA DE UN HUEVO (SLOAN, 2017: 112)

(Hodson v. Barnes, 1926)



LA ESPAÑOLA, EN CAMBIO, ES MUCHO MÁS ESTRICTA NORMALMENTE PAPEL (común, en vez de timbrado o sellado) EL SOPORTE DEBE SER APTO PARA PODER RECIBIR LA ESCRITURA, P. EJ. PERGAMINO, MADERA, TELA...

(TORRES GARCÍA, 1977: 188)

¿PEN-COMPUTER?



(ROMERO PAREJA, 2009: 8/28)

POCO MÁS TRANSIGENTE SE MUESTRA LACRUZ: CUALQUIER MATERIA APTA PARA RECIBIR LOS CARACTERES CALIGRÁFICOS (O EQUIVALENTES) CONSERVANDO LA PERSONALIDAD DE LA GRAFÍA

(RAMS ALBESA, 2007: 188)


Tela



Cartón



Pergamino



Madera



Papel

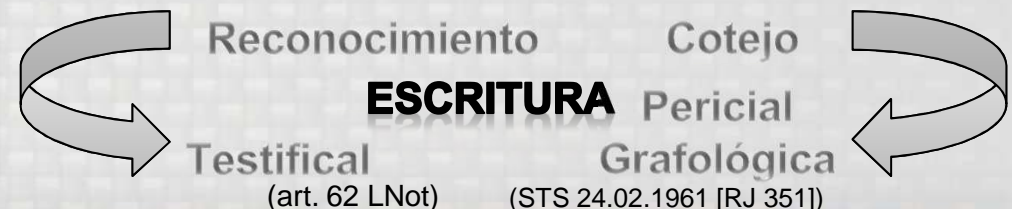


Adveración y Protocolización



NO TIENE EXACTAMENTE EL MISMO VALOR EN EL TRÁFICO QUE UN DOCUMENTO PRIVADO; DEBE PRESENTARSE A LA AUTORIDAD; SI EN 5 AÑOS NO SE HACE, CADUCA (ART. 689); PROCOLIZADO SE CONVIERTE EN DOC. PÚBLICO (STS 27.04.1940 [RJ 303])

LA LJV 15/2015 PARA DESCONGESTIONAR LOS TRIBUNALES HA ALTERADO LA AUTORIDAD COMPETENTE PARA LA ADVERACIÓN . EL PROCESO, SEA ANTE FEDATARIO PÚBLICO O FUERA ANTE EL JUEZ, TIENE IDÉNTICA FINALIDAD Y NO SE VE OTRA VÍA PARA PARA ALCANZAR EL RESULTADO



Testifical
(art. 62 LNot)

Pericial Grafológica
(STS 24.02.1961 [RJ 351])

Conclusiones

La esencia del testamento ológrafo es la propia confección del instrumento por el causante; estar “escrito” “entero” del puño y letra del testador; la autografía es total: se extiende tanto al contenido de las disposiciones como a la firma y rúbrica del difunto.

La atribución de autenticidad descansa sobre los particulares rasgos grafológicos de la escritura de cada persona; el soporte que los contenga debe ser apto para su recepción pensando además en el acta posterior de protocolización.

No caben, por tanto, medios fonográficos, mecánicos, tipográficos ni ortopédicos, que despersonalizan la caligrafía del causante y tampoco resultarían susceptibles de un contraste pericial.

La jurisprudencia recaída a propósito de la máquina de escribir y el empleo del ordenador es perfectamente extrapolable al soporte telemático que sirve de base instrumental a la firma electrónica.



Conclusiones

La caligrafía y firma manuscrita permiten reconocer la autoría (identidad del causante) durante la fase de adverbación a través de la declaración testifical y, en su caso, proceder al cotejo pericial de letras; que son realizados ante un notario tras la LJV 2015 (arts. 691 CC y art. 62 LNot).

En la medida que el uso de la firma tanto electrónica como digitalizada se asimilan jurídicamente a un sello o estampilla, no se cumplen los requisitos formales establecidos por el Derecho civil español para la validez del testamento ológrafo.

Lo que conlleva en la práctica el archivo del expediente sin protocolizarse el testamento (art. 693.ii CC) y la posterior declaración judicial de nulidad en aplicación de los arts. 678, 688.2ª y 687 CC si se acude a los tribunales.

La doctrina española más autorizada rechaza además la versión electrónica de esta modalidad testamentaria a pesar de la consagración del principio de equivalencia funcional (art. 3.4 LFE) y de la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas (art. 3.1 CC). Un parecer mayoritario que suscribo íntegramente.



Bibliografía

ALMAGRO NOSETE, J., “La firma del testamento ológrafo”, *Diario La Ley*, nº 7676, 19 julio 2011.

BECCERRIL GIL, A., “El testamento electrónico”, *Temas selectos. Hacia el ámbito del Derecho Privado*, Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México, 2015, pp. 88 ss.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, VI-2, Reus, Madrid, 1979, pp. 67 ss.

FERNÁNDEZ HIERRO, J.M., “Testamento ológrafo”, *Los testamentos*, Comares, Granada, 2005, pp. 1178 ss.

GARCÍA CANTERO, G., “El testamento ológrafo: transformarse, o morir?”, *El patrimonio sucesorio*, Dykinson, Madrid, 2004, pp. 235 ss.

GONZÁLEZ MENESES, M., *La firma electrónica como instrumento de imputación jurídica*, Colegio Notarial de Madrid, 2010.

RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil, V. Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 187 ss.

RIPOLL JAÉN, A., “Adveración de testamento ológrafo”, en *notariosyregistradores.com*, 5 julio 2015.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A., *La seguridad de la firma electrónica*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2005.

ROMERO PAREJA, A., “Testamentos electrónicos”, *Diario La Ley*, nº 7151, 7 abril 2009.

SLOAN, B., *Borkowski’s Law of Succession*, OUP, Oxford, 2017.

TORRES GARCÍA, T.F., *El testamento ológrafo*, Montecorvo, Madrid, 1977.

- “Del testamento ológrafo”, *Código Civil Comentado*, Civitas, Madrid, 2011, pp. 382 ss.

