

Breves observaciones sobre ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias

por

ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA
*Catedrático de Derecho Internacional Privado
en la Universidad Carlos III de Madrid (España)*

y

JAVIER CARRASCOSA GONZÁLEZ
*Profesor Titular de Derecho Internacional Privado
en la Universidad de Murcia (España)*

SUMARIO

- I. ASPECTOS GENERALES.
- II. EL CONVENIO DE LA HAYA, DE 5 DE OCTUBRE DE 1961, SOBRE LA LEY APLICABLE A LA FORMA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS:
 1. CUESTIONES GENERALES RELATIVAS AL CONVENIO:
 - A) *Carácter erga omnes.*
 - B) *Ámbito material del Convenio.*
 2. EL SISTEMA ALTERNATIVO DE PUNTOS DE CONEXIÓN.
 3. CAUSAS DE NO APLICACIÓN DE LA LEY DESIGNADA POR EL CONVENIO.
 4. CUESTIONES RELATIVAS AL TESTAMENTO OLÓGRAFO.
 5. AUTORIDADES COMPETENTES PARA OBSERVAR LA FORMA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS.
- III. PLURALIDAD DE TESTAMENTOS: TESTAMENTO PREVALENTE.
- IV. LENGUA DE REDACCIÓN DEL TESTAMENTO NOTARIAL EN ESPAÑA.
- V. CONVENIO DE WASHINGTON, DE 23 DE OCTUBRE DE 1973, SOBRE TESTAMENTO INTERNACIONAL.
- VI. CONCLUSIONES.

I. ASPECTOS GENERALES

1. El Derecho Internacional Privado es aquella rama del Derecho de cada Estado que se ocupa de la regulación jurídica de las situaciones privadas internacionales. Tales situaciones son, en el momento presente, muy abundantes. Por ello, el DIPr. de nuestros días no es ya un «Derecho de élites». En los primeros años de este siglo XXI, la sociedad se halla fuertemente internacionalizada. Las situaciones privadas internacionales son muy numerosas. Además, las situaciones privadas internacionales cubren todo el espectro del Derecho Privado (= las situaciones privadas internacionales afectan tanto al Derecho de Familia como al Derecho Patrimonial). Pues bien, la globalización económica, el progreso tecnológico, el aumento de las migraciones internacionales de trabajadores, el incremento del turismo y de las personas jubiladas que se trasladan de un país a otro, el movimiento internacional constante de estudiantes y de voluntarios, el amor, la actividad de las empresas multinacionales y el desequilibrio internacional de la natalidad, son los factores principales que han multiplicado de manera exponencial el número y la variedad de las situaciones privadas internacionales (1). El Derecho Internacional Privado vive hoy una nueva *jeunesse dorée*.

Entre tales situaciones privadas internacionales ocupa un lugar de singular relieve la sucesión *mortis causa* a través de testamento (= sucesión testada). El testamento es un acto jurídico de enorme repercusión patrimonial y personal. Por ello, la Ley exige el respeto de ciertas «formas solemnes». La mayor parte de los ordenamientos jurídicos de todos los países del mundo exigen determinadas formalidades *ad solemnitatem* para la validez del testamento. Sin embargo, cada Derecho estatal exige formalidades distintas al testamento para su validez como acto jurídico. Así, algunos Derechos estatales exigen o permiten otorgar testamento ante Notario, ante otros funcionarios públicos, ante párroco, ante capitán del buque, firmado por el testador de puño y letra, con testigos cualificados o no, testamento abierto o cerrado, ológrafo, mancomunado, testamento especial en caso de epidemia o en peligro inminente de muerte, o incluso oral, como el testamento nuncupativo austríaco (E. VITTA, B. BAREL/ST. ARMELLINI) (2). Las profundas diferencias entre los Derechos estatales explican que los conflictos de Leyes en materia de forma de los testamentos sean muy acusados. Es preciso, por tanto, determinar la Ley aplicable a la «forma del testamento» en los casos «internacionales» relativos a la sucesión testada.

(1) A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Granada, Ed. Comares, 8.ª ed., 2007, págs. 4-7.

(2) E. VITTA, *Corso di Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, UTET, 3.ª ed., 1989, págs. 291-307, esp. pág. 292; ID., *Diritto internazionale privato* (vol. II), 1979, págs. 101-203; B. BAREL/ST. ARMELLINI, *Diritto internazionale privato*, Giuffrè, Milano, 2006, págs. 173-182.

II. EL CONVENIO DE LA HAYA, DE 5 DE OCTUBRE DE 1961, SOBRE LA LEY APLICABLE A LA FORMA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

1. CUESTIONES GENERALES RELATIVAS AL CONVENIO

A) *Carácter erga omnes*

2. La Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias se determina, en todo caso, en DIPr. español, con arreglo al Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961 (*BOE* núm. 197 de 17 de agosto de 1988), cuya entrada en vigor para España se produjo el 10 de junio de 1988 (3). Explicación: el Convenio tiene un ámbito de aplicación *erga omnes*, pues determina la Ley reguladora de la forma de las disposiciones tes-

(3) Sobre este Convenio la bibliografía es amplísima. Vid. de modo sumario, W. BREEMHAAR, «Das Haager Testamentsabkommen und Art. 992 des niederländischen Zivil-gestzbuches», en *IPrax*, 1983, págs. 93-94; J. A. CARRILLO SALCEDO, «La ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias. Nota sobre el proyecto de Convenio adoptado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado», en *REDI*, 1961, vol. XIV, págs. 169-194; G. FIORE, «Intorno allo schema di convenzione sulla legge applicabile alla forma delle disposizione testamentarie», en *RDI*, 1959, págs. 578-586; J. J. FORNER DELAYGUA, «Forma de las disposiciones testamentarias. Reforma del Código Civil español y de la legislación catalana», en *REDI*, 1992, vol. XLIV, págs. 271-276; J. D. GONZÁLEZ CAMPOS, «Artículos 732 y 733 del Código Civil», en *Com.Cc. Min.Justicia*, 1991, págs. 1822-1828; I. KISCH, «La convención sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias», en *Revista Internacional del Notariado*, 1962, núm. 53, págs. 121-145; F. LLEDÓ YAGÜE, «Artículo 734 del Código Civil», AA.VV. (Coordinador: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *Comentarios a las reformas del Código Civil (Desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 1134-1148; F. A. MANN, «The Formal Validity of Wills in Case of Dual Nationality», en *ICLQ*, 1986, vol. 35, págs. 423-425; Ministerio de Asuntos Exteriores, *Tratados consulares de España vigentes en 1 de enero de 1958*, Madrid, 1958; K. H. NADELMANN, «The formal validity of wills and the Washington convention 1973 providing the form of an international will», en *AJIL*, 1974, vol. 68, págs. 365-378; A. E. VON OVERBECK, «Vers une convention internationale sur la loi applicable à la forme des testaments», en *ASDI*, 1958, vol. XV, págs. 215-242; *Id.*, *L'unification des règles de conflits de lois en matière de forme des testaments*, Friburgo, 1961; G. PARRA ARANGUREN, *Die Regel Locus regit Actum und die Formen der Testamente*, Munich, 1955; J. M. PRADA GONZÁLEZ, «Artículo 734 del Código Civil», *Com.Cc. Min.Justicia*, 1991, págs. 1828-1832; R. VANDER ELST, «Le testament international», en *Journal des Tribunaux*, 1984, págs. 257-261; P. VOLKEN, «Von der Testamentsform im IPR», en *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Friburgo, 1990, págs. 575-590; E. ZABALO ESCUDERO, «El testamento conjunto en Derecho Internacional Privado. Especial referencia al testamento mancomunado aragonés», en *RGD*, 1989, núms. 541-542, págs. 6351-6370; *Id.*, *La situación jurídica del cónyuge viudo. Estudio de Derecho Internacional Privado y de Derecho interregional*, Pamplona, Aranzadi, 1993. Todas las exposiciones generales sobre el Derecho sucesorio internacional también contienen reflexiones muy útiles sobre este Convenio internacional.

tamentarias, aunque el testador tenga la nacionalidad de un Estado no parte en el Convenio o la Ley aplicable designada por el Convenio sea la Ley de un Estado no contratante (art. 6 del Convenio) (4). Los Estados Partes en el mismo son (a fecha de junio de 2007): Alemania, Antigua y Barbuda, Australia, Austria, Bélgica, Bosnia-Herzegovina, Botswana, Brunie Darussalam, China (Hong-Kong), Croacia, Dinamarca, Estonia, Fidji, Finlandia, Granada, ex República Yugoslava de Macedonia, Francia, Grecia, Irlanda, Israel, Japón, Lesotho, Luxemburgo, Mauricio, Noruega, Polonia, Eslovenia, España, Países Bajos, Suiza, Sudáfrica, Suecia, Swazilandia, Tonga, Turquía, Gran Bretaña, y Yugoslavia (= actualmente Serbia y Montenegro).

En los casos en que las normas de conflicto del Convenio designen como aplicable la Ley española, la determinación de cuál sea ésta (= Derecho Civil común o Derecho Foral), se llevará a cabo de manera directa (= a través del art. 1 del Convenio, por ejemplo, se aplicará la Ley de la unidad territorial española con Derecho propio en la que el testador tenga su domicilio), como indica el artículo 1.II del Convenio (5). Y si resulta aplicable la Ley nacional (española) del testador, pues se aplicará el Derecho que corresponda a su «vecindad civil» (art. 16 del Código Civil).

3. Debido a su carácter *erga omnes* (art. 6 del Convenio), el Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, hace inaplicables ciertos preceptos del DIPr. español de producción interna, siempre que el testador haya fallecido después del 10 de junio de 1988 (art. 8 del Convenio: fecha de entrada en vigor del Convenio para España) (6). El Convenio ha constituido el auténtico *coup de grâce* para ciertos preceptos de DIPr. contenidos en el Código Civil español. Así lo ha subrayado de modo muy correcto la RDGRN de 6 de marzo de 1997. Y no es relevante, en absoluto, que las disposiciones testamentarias hayan sido otorgadas antes de la entrada en vigor del Convenio para España o en general, ya que España no realizó la reserva recogida en el artículo 13 del Convenio. En

(4) Artículo 6 del Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961: «La aplicación de las normas de conflicto establecidas por el presente Convenio será independientemente de toda condición de reciprocidad. El Convenio se aplicará aunque la nacionalidad de los interesados o la ley aplicable en virtud de los artículos precedentes no sean las de un Estado contratante».

(5) Artículo 1.II del Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961: «A los fines del presente Convenio, si la ley nacional consiste en un sistema no unificado, la ley aplicable quedará determinada por las normas vigentes en dicho sistema y, en defecto de tales normas, por el vínculo más efectivo que tuviera el testador con una de las legislaciones que componen este sistema».

(6) Artículo 8 del Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961: «El presente Convenio se aplicará a todos los casos en que el testador haya fallecido después de su entrada en vigor».

fin, los preceptos de DIPr. sucesorio que en la actualidad reposan en el *Salon des Refusés* y que resultan inaplicables, son los siguientes (7):

1.º *El artículo 11 del Código Civil*. Este precepto regula la «forma de los testamentos». Sin embargo, el párrafo 3 de dicho precepto, que contiene la regla *Auctor Regit Actum* si el testamento se otorga ante funcionario diplomático o consular español, puede ser todavía de aplicación si el testamento fuera inválido por cuestiones de forma con arreglo a todas y cada una de las Leyes recogidas en el artículo 1 del Convenio, pero fuera válido en cuanto a la forma, con arreglo a la Ley española que corresponde a la Ley del funcionario consular o diplomático ante el que se otorga testamento (art. 3 del Convenio) (8).

2.º *El artículo 733 del Código Civil*. Este precepto prohíbe a los españoles testar mancomunadamente en el extranjero aunque lo permitan las leyes del país extranjero. Ésta es una «cuestión de forma», lo que se demuestra por dos motivos. Primero: el artículo 733 del Código Civil hace aplicable la Ley extranjera a los españoles que testan en el extranjero precisamente porque trata de evitar que la cuestión quede sujeta a la Ley extranjera del país donde se otorga testamento. Si la posibilidad de testar mancomunadamente fuera una cuestión de «fondo», el artículo 733 del Código Civil nunca habría existido, por inútil, ya que los españoles seguirían siempre sujetos a la Ley sustantiva española *ex* artículo 9.8 del Código Civil. Segundo: el artículo 4 del Convenio indica que dicho Convenio es aplicable a la forma de los testamentos mancomunados (9). Al tratarse de una cuestión de forma, la posibilidad de testar mancomunadamente se rige ahora por el Convenio de 5 de octubre

(7) A.-L. CALVO CARAVACA en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho Internacional Privado, parte especial*, 1995, págs. 393-422; ID., «Artículo 9.8 del Código Civil», en *Com.Cc. y Comp.For.*, 2.ª ed., 1995, págs. 350-391; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 9.8 del Código Civil», en *Jurisprudencia Civil comentada. Código Civil*, (Dir. M. PASQUAU LIAÑO), Ed. Comares, Granada, 2000, págs. 190-201; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 12.2 del Código Civil», en *Jurisprudencia Civil comentada. Código Civil* (Dir. M. PASQUAU LIAÑO), Ed. Comares, Granada, 2000, págs. 345-352; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 9.8 del Código Civil y al artículo 12.2 del Código Civil», en *Jurisprudencia Civil comentada. Código Civil* (Dir. M. PASQUAU LIAÑO), Ed. Comares, Granada, 2007, 2.ª ed. (en prensa); E. CASTELLANOS RUIZ, «Artículo 9.8 del Código Civil», en *Legislación de Derecho Internacional Privado, comentada y con jurisprudencia*, Madrid, Colex, 2002, págs. 57-69; ID., «Sucesión hereditaria», en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Granada, Comares, 8.ª ed., 2007, págs. 250-299.

(8) Artículo 3 del Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961: «El presente Convenio no se opone a las normas actuales o futuras de los Estados contratantes que reconozcan disposiciones testamentarias hechas en forma de una ley no prevista en los artículos precedentes».

(9) Artículo 4 del Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961: «El presente Convenio se aplicará igualmente a la forma de las disposiciones testamentarias otorgadas en un mismo documento por dos o más personas».

de 1961 (antes del Convenio: RDGRN de 28 de octubre de 1894 y STS de 28 de mayo de 1912). Resultado: la posibilidad de testar en forma mancomunada se rige por las Leyes recogidas en el artículo 1 del Convenio y no por el artículo 733 del Código Civil.

3.º *El artículo 732.1 del Código Civil.* Este precepto permitía que los españoles pudieran «testar fuera del territorio nacional sujetándose a las formas establecidas por las leyes del país en que se hallen». El precepto siempre fue totalmente superfluo, pues el artículo 11 del Código Civil ya permitía a los españoles testar en el extranjero con arreglo a la Ley del país de otorgamiento del testamento. El precepto sigue siendo actualmente inútil además de totalmente inaplicable, pues la Ley aplicable a la forma del testamento se determina, en todo caso, por el Convenio de 5 de octubre de 1961.

4.º *El artículo 732.3 del Código Civil.* Este precepto permitía a los españoles «hacer testamento ológrafo, con arreglo al artículo 668 del Código Civil, aún en los países cuyas leyes no admitan dicho testamento». La cuestión de testar ológrafamente es una cuestión de «forma de las disposiciones testamentarias». Y como «cuestión de forma» se rige ahora por el sistema de conexiones alternativas del Convenio de 5 de octubre de 1961 y nunca por el artículo 732.3 del Código Civil.

B) *Ámbito material del Convenio*

4. En lo que se refiere al ámbito material del Convenio, de 5 de octubre de 1961, cabe recordar que el objetivo de este Convenio es la determinación de la Ley aplicable a la forma de las «disposiciones testamentarias». Es, por tanto, un Convenio internacional que contiene «normas de conflicto» y no normas de Derecho material. Su propósito es señalar la «Ley aplicable» a ciertas cuestiones relativas a la forma de las disposiciones testamentarias y no establecer una disciplina material sobre tales cuestiones. Varios aspectos deben subrayarse:

1.º El Convenio fija la Ley aplicable a las cuestiones de «forma» de todo negocio jurídico que ordena la sucesión *mortis causa* del causante. Ello comporta distintas consecuencias: a) El Convenio determina la Ley aplicable a la forma de las «disposiciones testamentarias», no a la forma de los «testamentos» (P. MAYER/V. HEUZÉ) (10). Con dicha expresión, el Convenio cubre la determinación de la Ley aplicable a la forma de las cláusulas contenidas en un «testamento», unilateral o mancomunado, en un «contrato sucesorio» (*Erbvertrag*), y en un «testamento contractual» (con criterio muy dudoso: STS de 22 de marzo de 1983); b) El Convenio se aplica, igualmente, a la forma de las cláusulas contenidas en un testamento y que presenten «contenido sucesorio».

(10) P. MAYER/V. HEUZÉ, *Droit International Privé*, París, Montchrestien, 8.ª ed., 2004, págs. 583-604, esp. pág. 586.

Ejemplos: la cláusula testamentaria que ordena la constitución de un *trust* sucesorio por el testador o la cláusula del testamento en cuya virtud se procede a la institución de heredero universal; c) El Convenio también se aplica a la forma de todas las cláusulas «testamentarias» que, según el Derecho español, no tienen carácter sucesorio. Ejemplo: una cláusula del testamento que contiene un reconocimiento de filiación. Argumento: España no ha realizado la reserva prevista en el artículo 12 del Convenio (11).

2.º El Convenio señala la Ley aplicable a las cuestiones relativas a la «forma» de las disposiciones testamentarias. Es necesario llevar a cabo una «calificación» de la cuestión debatida (= en orden a distinguir entre cuestiones sucesorias «de fondo» y «de forma», cuya Ley reguladora puede ser distinta).

El Convenio entiende que son cuestiones de «forma» y que, por tanto, se rigen por el Convenio: 1. La posibilidad de testar de forma mancomunada (*testamento congiuntivo*) y las formalidades de dicho testamento mancomunado (art. 4 del Convenio) (12). El testamento mancomunado es el que realizan varias personas en el mismo documento. El Convenio sigue la tesis de los autores que estiman que el testamento mancomunado es una cuestión de exteriorización de la voluntad de los testadores (G. BALLADORE PALLIERI, H. BATIFFOL/P. LAGARDE, A.-L. CALVO CARAVACA, y Sent. TGI, París, 24 de abril de 1980) (13). Y rechaza la tesis de los autores que sostienen que testar mancomunadamente es una cuestión de «fondo de la sucesión» (J. M. TRÍAS DE BES, E. VITTA, T. BALLARINO, A. MIGLIAZZA) (14). Y también rechaza la tesis de los que estimaban que el testamento es, en muchas legislaciones, como la italiana o la española (Derecho Civil común), un acto esencialmente unilateral, por lo que el testamento mancomunado no sería un «testamento», de modo que la

(11) Artículo 12 del Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961: «Cada Estado contratante podrá reservarse el derecho de excluir la aplicación del presente Convenio a las cláusulas testamentarias que, según su derecho, no tengan carácter sucesorio».

(12) Artículo 4 del Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961: «El presente Convenio se aplicará igualmente a la forma de las disposiciones testamentarias otorgadas en un mismo documento por dos o más personas».

(13) G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto Internazionale Privato*, en «Trattato di diritto civile e commerciale», Ed. Giuffrè, 1974, págs. 199-209; H. BATIFFOL/P. LAGARDE, *Droit International Privé*, t. I, 8.ª ed., LGDJ, París, 1993, págs. 480-486. También M. REVILLARD, *Droit International Privé et Communautaire: pratique notariale*, Defrénois, 6.ª ed., París, 2006, págs. 308-312; A.-L. CALVO CARAVACA en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho Internacional Privado, parte especial*, 1995, págs. 393-422; Id., «Artículo 9.8 del Código Civil», en *Com.Cc. y Comp.For.*, 2.ª ed., 1995, págs. 350-391; Id., «La sucesión hereditaria en el Derecho Internacional Privado español», en *RGD*, 1986, págs. 3103-3138.

(14) T. BALLARINO/A. BONOMI, *Diritto Internazionale Privato*, 3.ª ed., Cedam, 1999, págs. 501-540, esp. págs. 504-506; A. MIGLIAZZA, «La divisione ereditaria nel diritto internazionale privato», en *Comunicazioni e Studi*, Univ. Milano, 1952; J. M. TRÍAS DE BES, *Derecho Internacional Privado*, Madrid, Ed. Reus, 1934, Barcelona, págs. 32-34.

cuestión de decidir si se trata de un problema de fondo o de forma, es irrelevante porque el acto es inexistente (H. LEWALD) (15); 2. Las prescripciones que limitan las formas admitidas de disposiciones testamentarias referidas a la edad, nacionalidad u otras circunstancias personales del testador (art. 5 del Convenio) (16). Ejemplo: la cuestión de saber si un sujeto menor de edad puede testar o si un menor de dieciocho años puede o no otorgar testamento ológrafo, son cuestiones de «forma» de las disposiciones testamentarias y se rigen por el Convenio, y no es una cuestión de capacidad. Se resuelve así un problema clásico del DIPr: el «testamento ológrafo del holandés». En el Derecho holandés anterior a 1982 (art. 992 *Burgerlijk Wetboek*), los holandeses no podían redactar testamentos ológrafos y se consideraba que dicha limitación era una cuestión de «capacidad». Pues bien, con el Convenio de La Haya ya en vigor para Holanda desde 1982, se considera que ésta es una cuestión de «forma» que no debe regirse por la Ley nacional del testador (M. REVILLARD) (17); 3. Las circunstancias que deben poseer los testigos requeridos para la validez de una disposición testamentaria (art. 5 del Convenio).

Por otra parte, en relación con las cuestiones de calificación debatida (= se duda si son cuestiones «de fondo» o «de forma») pero respecto de las cuales nada expresa el Convenio, cabe recordar que la calificación para decidir la norma de conflicto aplicable debe realizarse siempre con arreglo al Derecho material español (art. 12.1 del Código Civil). Con arreglo a dicho criterio de calificación *lege fori*, puede afirmarse lo siguiente (E. VITTA) (18): son cuestiones sucesorias de «forma» no reguladas por el artículo 9.8 del Código Civil y sujetas por tanto al Convenio, todas aquellas cuestiones que se refieren al modo de exteriorizar o manifestar la voluntad de los sujetos que intervienen en una sucesión (B. BAREL/ST. ARMELLINI) (19): testamento ológrafo, cerrado, abierto, mancomunado, oral, sacramental, testamento contractual, forma de la partición hereditaria, de la aceptación, etc. (RDGRN de 6

(15) H. LEWALD, «Questions de droit international des successions», en *RCADI*, 1925, vol. 9, págs. 15-225.

(16) Artículo 5 del Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961: «A los efectos del presente Convenio, las prescripciones que limiten las formas admitidas de disposiciones testamentarias y que se refieren a la edad, la nacionalidad u otras circunstancias personales del testador, se considerarán como cuestiones de forma. Tendrán la misma consideración las circunstancias que deban poseer los testigos requeridos para la validez de una disposición testamentaria».

(17) M. REVILLARD, *Droit International Privé et Communautaire: pratique notariale*, Defrénois, 6.ª ed., París, 2006, págs. 301-425.

(18) E. VITTA, *Corso di Diritto Internazionale Privato e Processuale*, Torino, UTET, 3.ª ed., 1989, págs. 291-307, esp. pág. 292.; Id., *Diritto Internazionale Privato* (vol. II), 1979, págs. 101-203.

(19) B. BAREL/ST. ARMELLINI, *Diritto Internazionale Privato*, Giuffrè, Milano, 2006, págs. 173-182.

de marzo de 1997) (20). En DIPr. español, el «fondo» de las sucesiones se rige por la Ley designada a través del artículo 9.8 del Código Civil (21), visto que el Convenio de La Haya, de 1 de agosto de 1989, sobre la Ley aplicable

(20) Al respecto, vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 9.8 del Código Civil», en *Jurisprudencia Civil comentada. Código Civil* (Dir. M. PASQUAU LIAÑO), Ed. Comares, Granada, 2000, págs. 190-201; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 12.2 del Código Civil», en *Jurisprudencia Civil comentada. Código Civil* (Dir. M. PASQUAU LIAÑO), Ed. Comares, Granada, 2000, págs. 345-352; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, «Comentario al artículo 9.8 del Código Civil y al artículo 12.2 del Código Civil», en *Jurisprudencia Civil comentada. Código Civil* (Dir. M. PASQUAU LIAÑO), Ed. Comares, Granada, 2007, 2.^a ed. (en prensa).

(21) Sobre el precepto, vid., en general, A.-L. CALVO CARAVACA, en J. D. GONZÁLEZ CAMPOS Y OTROS, *Derecho Internacional Privado, parte especial*, 1995, págs. 393-422; ID., «Artículo 9.8 del Código Civil», en *Com.Cc. y Comp.For.*, 2.^a ed., 1995, págs. 350-391; ID., «La sucesión hereditaria en el Derecho Internacional Privado español», en *RGD*, 1986, págs. 3103-3138; E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada, Comares, 2001; ID., «Artículo 9.8 del Código Civil», en *Legislación de Derecho Internacional Privado, comentada y con jurisprudencia*, Madrid, Colex, 2002, págs. 57-69; ID., «Sucesión hereditaria», en A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (Directores), *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Granada, Comares, 8.^a ed., 2007, págs. 250-299; A. MARÍN LÓPEZ, en A. MARÍN LÓPEZ Y OTROS, *Derecho Internacional Privado*, II, 1994, págs. 235-260; ID., *Las sucesiones en Derecho Internacional Privado, con especial referencia al Derecho español*, Granada, 1957; A. MIAJA DE LA MUELA, *Derecho Internacional Privado*, II, 1987, págs. 521-543 (revisado por N. BOUZA VIDAL); J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, en M. AGUILAR NAVARRO Y OTROS, *Lecciones de Derecho Civil Internacional*, Serv. Publ. Facultad de Derecho, Univ. Complutense, Madrid, 1982, págs. 289-335; J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, en M. AGUILAR NAVARRO Y OTROS, *Derecho Civil Internacional*, Serv. Publ. Facultad de Derecho, Univ. Complutense, Madrid, 4.^a ed., 1975 (reimpresión en 1979), págs. 729-785; M. AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, «Artículo 9.8.^o del Código Civil», en *Com.Cc. y Comp.For.*, 1978, págs. 189-194; S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Dos cuestiones de actualidad en el reciente Derecho Internacional Privado de sucesiones: los derechos del cónyuge supérstite y el reenvío», en *Estudios de Derecho Civil. Homenaje al Profesor F. J. Serrano García*, Valladolid, 2004, págs. 131-157; M. DE ÁNGULO RODRÍGUEZ, «Artículo 9.8 del Código Civil», en *CRef.Cc.*, 1977, págs. 481-489; L. ARECHEDERRA ARANZADI, «Artículo 9.8 del Código Civil», AA.VV. (Coordinador: R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *Comentarios a las reformas del Código Civil (desde la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre)*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 470-504; P. BLANCO-MORALES LIMONES, «¿Existe en nuestro Derecho una acción para pedir la declaración de la aplicación de la Ley española a la sucesión de un inglés fallecido en España? Comentario a la sentencia 294/95, de 11 de julio, de la AP de Badajoz (S. 1.^a)», en *RGD*, 1995, págs. 11341-11347; A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «Artículo 9.8 del Código Civil», en *Com.Cc. Min.Justicia*, 1991, págs. 95-98; ID., «Los testamentos especiales y los extranjeros. La reforma de la Compilació. El sistema successorio. Materials III», *Jornades de Dret Català a Tossa*, Esplugues de Llobregat, 1985, págs. 111-120; A. BORRÁS RODRÍGUEZ/J. GONZÁLEZ CAMPOS, «Sucesión hereditaria (DIPrivado)», en *EJB*, IV, 1995, págs. 6405-6409; E. CASTELLANOS RUIZ, *Unidad vs. pluralidad legal de la sucesión internacional*, Granada, Comares, 2001; ID., «Artículo 9.8 del Código Civil», *Legislación de Derecho Internacional Privado, comentada y con jurisprudencia*, Madrid, Colex, 2002, págs. 57-69; ID., «Reenvío, unidad de la sucesión y armonía internacional de soluciones en el Derecho sucesorio», en *Internacional Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, diciembre-2003, págs. 211-259; ID., «Reenvío, unidad de la sucesión

a las sucesiones por causa de muerte no está en vigor para España (22). El artículo 9.8 del Código Civil indica, exclusivamente, cuál es la Ley aplicable, al «fondo» o «sustancia» de la sucesión. No se aplica a las cuestiones de «forma» de la sucesión *mortis causa*.

3.º El Convenio se aplica también para determinar la Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias que revoquen una disposición testamentaria anterior (art. 2 del Convenio) (23).

2. EL SISTEMA ALTERNATIVO DE PUNTOS DE CONEXIÓN

5. El Convenio acoge un sistema de puntos de conexión «alternativos». Objetivo: procurar que el testamento tenga amplias posibilidades de ser válido en cuanto a la forma (24). De ese modo, se tratan de evitar los llamados

y armonía internacional de soluciones en el Derecho sucesorio: antes y después de la STS de 23 de septiembre de 2002», en A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (dirs.), *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Madrid, Colex, 2004, págs. 239-269; P. DIAGO DIAGO, «La sucesión y el fenómeno migratorio desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español», en J. L. COLLANTES GONZÁLEZ/F. SERRANO MIGALLÓN, *El Derecho español y europeo. Derecho Civil a 200 años del Código de Napoleón*, Ed. Porrúa - UNAM, México, 2005, págs. 671-692; M. PONS GONZÁLEZ y M. A. DEL ARCO TORRES, *Título preliminar del Código Civil (Concordancias, comentarios y jurisprudencia)*, Granada, 1990, págs. 605-617; A. RODRÍGUEZ BENOT, «Sucesión *mortis causa* y modelos de familia en el tráfico jurídico externo», en A.-L. CALVO CARAVACA/E. CASTELLANOS RUIZ (Dir.), *El Derecho de Familia ante el siglo XXI: aspectos internacionales*, Colex, Madrid, 2004, págs. 675-704; V. L. SIMÓ SANTONJA, *Derecho sucesorio comparado. Conflicto de leyes en materia de sucesiones*, Madrid, 1968; Id., «Normas de Derecho Civil Internacional sobre donaciones y sucesiones», en *Academia Matritense del Notariado. Estudios*, tomo I, vol. II, Madrid, 1977, págs. 41-82.

(22) Sobre dicho texto, vid. A. BORRÁS RODRÍGUEZ, «La ratificación por Holanda del Convenio de La Haya de 12 de agosto de 1989, sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte», en *REDI*, 1996-II, págs. 363-354; G. A.-L. DROZ, «Sizième session et session extraordinaire de la Conférence de la Haye de droit international privé», en *RDIDC*, 1989, vol. 66, págs. 76-83; Id., «Note introductive à la convention de La Haye sur la loi applicable aux successions à cause de mort», en *Revue de Droit Uniforme*, 1989, págs. 213-216; P. LAGARDE, «La nouvelle convention de La Haye sur la loi applicable aux successions», en *RCDIP*, 1989, vol. 78, págs. 249-275; A. E. VON OVERBECK, «La convention du premier août sur la loi applicable aux successions pour cause de mort», en *ASDI*, 1989, vol. XLVI, págs. 138-152; E. SCOLES, «The Hague Convention on Succession», en *AJCL*, 1994, págs. 85-124; J. A. TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE, «La convención de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte», en *RJ La Ley*, de 13 de junio de 1989, núm. 2249, págs. 1-5.

(23) Artículo 2 del Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961: «El artículo primero será aplicable a las disposiciones testamentarias que revoquen una disposición testamentaria anterior. La revocación también será válida en cuanto a la forma si responde a una de las leyes en virtud de la cual, de conformidad con el artículo primero, la disposición testamentaria revocada era válida».

(24) El funcionamiento de los puntos de conexión alternativos puede seguirse en H. BAUM, *Alternativanknüpfungen*, Tübingen, 1985, *passim*; G. BEITZKE, «Alternative Ank-

«testamentos claudicantes» (= testamentos que son válidos en un país pero nulos en otros países por meras cuestiones de forma). El Convenio indica que una disposición testamentaria es válida en cuanto a la forma si se ajusta a cualquiera de las «Leyes internas» recogidas en el artículo 1 del Convenio, que son las siguientes (25):

6.a) Ley del lugar en que el testador hizo la disposición (= *Lex Loci Actus*). Se trata de un punto de conexión tradicional en materia de forma de los actos, muy utilizado en relación con la forma de los testamentos desde hace siglos: STS de 6 de noviembre de 1867, STS de 24 de mayo de 1886, STS de 12 de julio de 1889, STS de 27 de mayo de 1913, STS de 13 de febrero de 1920 [testamento otorgado en Cataluña con arreglo a las formalidades del Derecho catalán], SAT de Zaragoza, Civil, de 10 de abril de 1987 [testamento de venezolano otorgado en España], STS de 27 de abril de 1978 [validez formal de testamento otorgado en España por mejicano], y en el ámbito del Derecho interregional: STS de 8 de junio de 1904, STS de 21 de diciembre de 1921, STS de 23 de febrero de 1922, STS de 22 de junio de 1948, STS de 14 de febrero de 1969. Este punto de conexión es operativo también en relación con el testamento ológrafo. Ahora bien: puede ocurrir que el testador no indique el lugar en el que redacta su testamento (= además, dicha mención no es obligatoria a tenor del art. 688 del Código Civil). Ello podría plantear ciertos problemas, porque el punto de conexión *Locus Testamenti* está diseñado con principal atención a los testamentos otorgados ante autoridad pública (= testamento notarial abierto o cerrado, o testamento militar, por ejemplo). En efecto, si no queda claro el lugar donde se redactó el testamento ológrafo, no se podrá aplicar ninguna Ley estatal a título de *Lex Loci Testamenti*. Por otro lado, si el testador redacta su testamento ológrafo en diferentes países (= ya que el testamento ológrafo puede no ser redactado en «unidad de acto»), la ley aplicable a la forma del testamento ológrafo será

nüpfungen», en *Konflikt und Ordnung, Festschrift M.Ferid*, München, 1978, págs. 39-60; L. M. BENTIVOGLIO, «Sulla natura dei criteri di collegamento utilizzati dalla norma di diritto internazionale privato», en *Comunicazione e Studi*, vol. VIII, 1957, págs. 141-156; A. BUCHER, *Grundfragen der Anknüpfungsgerechtigkeit im internationalen Privatrecht*, Basel, 1975; F. SCHWIND, «Die funktionelle Anknüpfung im Internationalen Privatrechts», en *Festschrift für F.Müller-Freienfels*, Baden-Baden, Nomos, 1986, págs. 547-558; F. VISCHER, «Connecting Factors», en *IECL*, vol. III, 1999.

(25) Artículo 1 del Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961: «Una disposición testamentaria será válida en cuanto a la forma si ésta responde a la ley interna: a) Del lugar en que el testador hizo la disposición, o b) De la nacionalidad poseída por el testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o c) Del lugar en el cual el testador tenía su domicilio, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o d) Del lugar en el cual el testador tenía su residencia habitual, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento, o e) Respecto a los inmuebles, del lugar en que estén situados [...]».

diferente para cada disposición testamentaria (= cada disposición testamentaria se regirá por la Ley del país en cuyo territorio fue otorgada).

7.b) Ley del Estado de la nacionalidad ostentada por el testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento (= *Lex Patriae*). También esta conexión ha sido empleada, antes de la entrada en vigor del convenio, por la jurisprudencia española: STS de 6 de junio de 1873 [testamento ológrafo redactado en España por nacional francés con arreglo a las formas previstas en Derecho francés]).

8.c) Ley del lugar en el cual el testador tenía su domicilio, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento (*Lex Domicilii*).

9.d) Ley del lugar en el cual el testador tenía su residencia habitual, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento (STS de 29 de marzo de 1962).

10.e) Respecto a los inmuebles, Ley del lugar en que estén situados tales inmuebles (*Lex Rei Sitae*).

11.f) Ley del país a la que conducen las normas de conflicto españolas si éstas recogen algún punto de conexión no contemplado en el artículo 1 del Convenio para regular la forma de las disposiciones testamentarias (art. 3 del Convenio) (26). En tal sentido, el testamento puede ser válido en cuanto a la forma, también, si se ajusta a lo previsto en cualquiera de estas Leyes: 1. Ley del país del que depende el funcionario diplomático o consular español ante el que se otorga la disposición testamentaria. Es la regla *auctor regit actum* recogida en el artículo 11.3 del Código Civil y en el artículo 734 del Código Civil; 2. Ley del país cuya bandera extranjera enarbola un buque durante su navegación en alta mar, siempre que se trate de testamento de españoles (art. 732.2 del Código Civil).

12. Pueden realizarse varias observaciones sobre el sistema alternativo de los puntos de conexión recogido en el artículo 1 del Convenio:

1.º En el caso de que una disposición testamentaria sea válida con arreglo a varias Leyes de las recogidas en el artículo 1 del Convenio, debe estimarse que la Ley aplicable a la forma de dicha disposición es la Ley «más favorable» a la validez formal de tal disposición. Es decir, la Ley que, en relación con el extremo o extremos debatidos, contemple un régimen jurídico más favorable para la validez formal de la disposición testamentaria. Ejemplo 1: si se debate la cuestión de la Ley aplicable a los plazos de la acción de impugnación del testamento debe preferirse aquella Ley de las designadas

(26) Artículo 3 del Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961: «El presente Convenio no se opone a las normas actuales o futuras de los Estados contratantes que reconozcan disposiciones testamentarias hechas en forma de una ley no prevista en los artículos precedentes».

por el artículo 1 del Convenio que establezca plazos más breves, pues ello beneficia en mayor medida la validez formal del testamento. Ejemplo 2: si se cuestiona la Ley aplicable a la posibilidad de subsanación de los defectos formales del testamento, debe preferirse aquella Ley de las designadas por el artículo 1 del Convenio que establezca las posibilidades más amplias para subsanar tales defectos formales, pues ello potencia la validez formal del testamento.

2.º Una disposición testamentaria considerada válida en cuanto a la forma por la Ley designada con arreglo al artículo 1 del Convenio, será considerada válida en todos y cada uno de los Estados partes en el Convenio (= principio del «tratamiento formal uniforme de la sucesión»).

3.º Es suficiente con que la disposición testamentaria se ajuste a la forma de una cualquiera de las Leyes relacionadas en el artículo 1 del Convenio para que se deba considerar como válida en cuanto a su forma (erróneamente: STS de 17 de diciembre de 1991; correctamente, pero antes de la entrada en vigor del Convenio: RDGRN de 17 de enero de 1981 y RDGRN de 8 de junio de 1970).

4.º Una disposición testamentaria que nació inválida por defectos de forma con arreglo a todas las Leyes relacionadas en el artículo 1 del Convenio, puede resultar válida en el futuro si se produce un cambio en las circunstancias del testador que conduzca a una Ley estatal con arreglo a la cual la disposición testamentaria es ahora válida (B. AUDIT) (27). Ejemplo: el testamento ológrafo otorgado y firmado por un español pero escrito a máquina, nació inválido por defecto de forma con arreglo al Derecho sustantivo español (art. 688 del Código Civil), pero antes de fallecer el causante, éste adquirió la nacionalidad inglesa, país con arreglo a cuyas leyes sucesorias, ese testamento ológrafo es formalmente válido.

5.º El reenvío está tácitamente prohibido por el artículo 1 del Convenio. Dicho precepto hace aplicable, en todo caso y exclusivamente, las disposiciones «materiales» de la Ley designada por sus normas de conflicto, disposiciones a las que denomina, de modo poco exacto, «Leyes internas». Pero en fin, hasta los mejores legisladores dejan escapar algún error, pues como escribía HORACIO: *Quandoque bonus dormitat Homerus*. En suma: ello impide toda consulta de las normas de conflicto de la Ley designada por el Convenio.

6.º El artículo 1 del Convenio emplea el verbo «disponer». La expresión no es correcta, pues en relación con las disposiciones testamentarias, el testador no «dispone», sino que «otorga». Ejemplo: el artículo 1.b) del Convenio indica que «una disposición testamentaria será válida en cuanto a la forma si ésta responde a la ley interna (...) de la nacionalidad poseída por

(27) B. AUDIT, *Droit International Privé*, Economica, París, 4.ª ed., 2006, págs. 726-728.

el testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento». La versión francesa del Convenio, versión auténtica, nada resuelve, pues emplea el verbo «*disposer*». La versión inglesa, más exacta, utiliza la expresión «*to make a disposition*», lo que encaja mejor con la realidad jurídica sucesoria.

3. CAUSAS DE NO APLICACIÓN DE LA LEY DESIGNADA POR EL CONVENIO

13. Diversos motivos impiden aplicar la Ley estatal designada por las normas de conflicto del Convenio:

14.a) No se aplicará la Ley extranjera designada por el Convenio si su aplicación «es manifiestamente incompatible con el orden público» español (art. 7 del Convenio) (28). No será frecuente que una Ley extranjera resulte manifiestamente incompatible con el orden público internacional español en una materia como la forma de los testamentos. Ejemplo 1: la Sent. Trib. Belluno (Italia), de 22 de diciembre de 1997, indica que la forma oral del testamento nuncupativo austríaco no vulnera el orden público internacional italiano. Lo mismo se podría decir en relación a España. Ejemplo 2: la forma mancomunada de testar permitida por un Derecho extranjero no puede nunca ser considerada contraria al orden público internacional español, ya que el testamento mancomunado se admite en el Derecho Foral aragonés y navarro.

15.b) El artículo 11 del Convenio también permite a un Estado no aplicar la Ley designada por el Convenio si el Estado en cuestión realiza una reserva a tenor de la cual no reconocerá «ciertas formas de disposiciones testamentarias otorgadas en el extranjero», cuando concurren, cumulativamente, las condiciones siguientes (29): 1. Que la disposición testamentaria no sea válida en cuanto a la forma más que según una ley competente únicamente

(28) Artículo 7 del Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961: «No podrá eludirse la aplicación de cualquiera de las leyes declaradas competentes por el presente Convenio más que si es manifiestamente incompatible con el orden público».

(29) Artículo 11 del Convenio sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, hecho en La Haya el 5 de octubre de 1961: «Cada Estado contratante podrá reservarse el derecho de no reconocer, en virtud de lo prescrito al respecto en su propia ley, ciertas formas de disposiciones testamentarias otorgadas en el extranjero, cuando concurren las condiciones siguientes: a) Que la disposición testamentaria no sea válida en cuanto a la forma más que según una ley competente únicamente por razón del lugar donde el testador hizo la disposición. b) Que el testador tuviera la nacionalidad del Estado que haya formulado la reserva. c) Que el testador estuviera domiciliado en dicho Estado o tuviera en el mismo su residencia habitual. d) Que el testador haya fallecido en un Estado distinto de aquél en el que haya hecho la disposición. Esta reserva surtirá efecto solamente por lo que respecta a los bienes que se encuentren en el Estado que la haya formulado».

te por razón del lugar donde el testador hizo la disposición; 2. Que el testador tuviera la nacionalidad del Estado que haya formulado la reserva; 3. Que el testador estuviera domiciliado en dicho Estado o tuviera en el mismo su residencia habitual; 4. Que el testador haya fallecido en un Estado distinto de aquél en el que haya hecho la disposición. Esta reserva sólo cubre los bienes que se encuentren en el Estado que haya formulado la reserva. Este artículo 11 del Convenio es inaplicable por los tribunales y autoridades españolas, pues España no formuló la reserva a la que se refiere dicho precepto.

4. CUESTIONES RELATIVAS AL TESTAMENTO OLÓGRAFO

16. El testamento ológrafo (*testamentum holographum*) es aquel testamento redactado de puño y letra del testador, sin intervención de funcionario público ni autoridad de ningún tipo. El testamento ológrafo es una de las *vedettes* con mayor éxito en el panorama del Derecho sucesorio internacional. Es una fuente inagotable y eterna de cuestiones controvertidas. Varios aspectos deben diferenciarse:

17.a) La posibilidad de testar a través de testamento ológrafo es una cuestión de «forma» del testamento (SAT de Palma de Mallorca, de 21 de mayo de 1985). Por tanto, la Ley aplicable a la validez formal de un testamento ológrafo se determina con arreglo al Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961. En consecuencia, cualquier persona, y no sólo los españoles, pueden testar en forma ológrafa si así lo permite cualquiera de las Leyes a las que conduce el artículo 1 del Convenio. Y ello aunque su Ley nacional prohíba testar ológrafamente a los nacionales o prohíba testar a los menores de cierta edad.

18.b) Cuando la Ley que rige la validez formal del testamento otorgado en forma ológrafa es, en virtud del artículo 1 del Convenio, la Ley española, varias observaciones son necesarias:

Primera. Los extranjeros podrán otorgar testamento ológrafo en su propio idioma (art. 688.IV del Código Civil). Esta regla afronta el «supuesto normal»: un extranjero que testa ológrafamente en su propio idioma. Para los supuestos más infrecuentes, el precepto debe ser sometido a un *interpretatio optima* que conduce a su entendimiento expansivo, pues el artículo 688.IV del Código Civil, *minus dixit quam voluit*. Así pues, la regla debe ser interpretada de modo amplio. Es una «regla aclaratoria». Dicha disposición significa que los extranjeros pueden otorgar testamento ológrafo en idioma español o en cualquier otro idioma. Incluso aunque no sea su «propio» idioma.

Segunda. Los españoles también pueden testar en forma ológrafa en idioma español o en cualquier otro idioma extranjero (RDGRN de 22 de noviembre de 1916, RDGRN de 11 de mayo de 1932, RDGRN de 30 de marzo de 1931).

Tercera. El testamento ológrafo sólo puede otorgarse por personas mayores de edad (art. 688.I del Código Civil). El legislador español conecta automáticamente la «mayor edad» a la posibilidad de testar en forma ológrafa. Esta exigencia responde a dos justificaciones: *a)* Un menor de edad podría no tener conocimiento suficiente de la importancia de otorgar testamento sin asesoramiento técnico jurídico alguno; *b)* La letra del testador puede no estar bien formada antes de la mayor edad, de modo que sería muy difícil «identificar» la autenticidad de la letra de un testador menor de edad, que bien podría cambiar de aspecto con el paso del tiempo. Pues bien: para determinar cuándo un sujeto es mayor de edad, debe consultarse su Ley nacional (art. 9.1 del Código Civil). Esta solución no vulnera la prohibición de aplicación de las normas de conflicto de los Estados partes en el Convenio y que se contiene en el artículo 1 del Convenio. Explicación: *a)* Lo que el artículo 1 del Convenio prohíbe es aplicar una norma de conflicto española que sujete el testamento ológrafo a una u otra Ley estatal, y, en efecto, el artículo 688.I del Código Civil no es una norma de conflicto que determine «la Ley aplicable al testamento ológrafo». Es una norma material que establece que sólo los «mayores de edad» pueden otorgar testamento ológrafo; *b)* El legislador español bien podría haber establecido, como hace en incontables preceptos relativos a otras materias, que el testamento ológrafo sólo puede ser otorgado por el «mayor de dieciocho años». Pero no lo hace, sino que exige la mayor edad del sujeto, lo que implica la necesaria consulta de la Ley nacional del testador (art. 9.1 del Código Civil).

Ejemplo 1: un sujeto de diecinueve años y nacionalidad china, con domicilio y residencia habitual en Pekín, otorga testamento ológrafo en España durante un viaje de negocios en mayo de 2007. El documento queda en España en manos de un amigo suyo español. El testador fallece en junio de 2007. Los beneficiados por dicho documento tratan de protocolizarlo ante la autoridad española correspondiente. Dicho testamento será válido en cuanto a la capacidad, si la Ley nacional del testador (Ley china) otorga capacidad testamentaria activa al testador en cuestión (art. 9.8 del Código Civil), será válido en cuanto al fondo si se ha respetado lo previsto en la Ley sustantiva china (art. 9.8 del Código Civil), y será válido en cuanto a la forma si la forma ológrafa de testar se admite en la Ley china (Ley nacional y de la residencia y domicilio del testador) o en la Ley española (Ley del país en el que se otorga el documento), como indica el artículo 1 del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 (Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias). Si con arreglo al Derecho chino este sujeto podía otorgar válidamente testamento ológrafo, dicho testamento será válido en cuanto a la forma. Pero si con arreglo al Derecho chino el testamento ológrafo no era válido, todavía podría serlo si la Ley española (Ley del lugar del otorgamiento) lo considera válido. El artículo 688 del Código Civil exige que el sujeto

sea mayor de edad. Y como el sujeto no es mayor de edad, porque la mayoría de edad se rige por la Ley nacional (art. 9.1 del Código Civil), el testamento ológrafo otorgado en España no es válido en cuanto a la forma con arreglo al Derecho español. El testador tiene diecinueve años pero es menor de edad, ya que en China se exigen veintiún años.

Ejemplo 2: un sujeto islandés de diecisiete años, con domicilio y residencia habitual en Reijjavik, otorga testamento ológrafo en España durante unas vacaciones. El testador fallece. Se suscita la cuestión de la validez formal del testamento en forma «ológrafo». Pues bien: visto que el testamento se ha otorgado en España, la forma ológrafa es válida, ya que la Ley española admite tal forma (art. 1 del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961). En aplicación de la Ley española, el artículo 688 del Código Civil exige que el testador sea «mayor de edad». Muy bien: para determinar la «mayor edad» del testador, es aplicable la Ley nacional del testador (art. 9.1 del Código Civil). Y como en Islandia se alcanza la mayor edad a los dieciséis años, resulta que el testador es mayor de edad. En consecuencia, el testamento ológrafo otorgado en España es válido en cuanto a la forma.

19.c) Las concretas formalidades o solemnidades que debe reunir un testamento ológrafo para ser válido en cuanto a la forma —testigos, firma autógrafa, fecha escrita en el documento con dígitos o letras, protocolización ante ciertas autoridades y en tiempo limitado, etc.—, se rigen por la Ley que sea aplicable a la validez de la forma ológrafa del testamento según el artículo 1 Convenio.

20.d) Las solemnidades del testamento ológrafo exigidas por la Ley antes mencionadas pueden ser realizadas ante autoridades de cualquier Estado y no necesariamente ante autoridades del país cuya ley rige la validez formal del testamento ológrafo (STS de 23 de junio de 1977, SAT de Palma Mallorca, de 21 de mayo de 1985, STS de 15 de marzo de 1955, ATS de 7 de febrero de 1955). No obstante, tales solemnidades deben ser «intrínsecamente equivalentes» a las exigidas por la Ley aplicable a la forma del testamento ológrafo (RDGRN de 22 de noviembre de 1916, RDGRN de 30 de marzo de 1931, y RDGRN de 11 de mayo de 1932). Ejemplo: la protocolización del testamento ológrafo cuya forma se rige por el Derecho español, puede realizarse ante tribunal extranjero, pero dicho tribunal debe realizar funciones similares a las que un tribunal español desarrolla cuando protocoliza un testamento ológrafo, tales como «acreditar la identidad del testador» (art. 693.I del Código Civil).

21.e) El testamento ológrafo protocolizado en país extranjero no precisa *exequatur* en España (ATS de 7 de febrero de 1955). Es suficiente que el testamento ológrafo protocolizado por acto judicial extranjero se presente traducido a idioma oficial español y convenientemente legalizado o apostillado (arts. 144 y 323 LEC).

5. AUTORIDADES COMPETENTES PARA OBSERVAR LA FORMA DE LAS DISPOSICIONES TESTAMENTARIAS

22. El Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, no regula la cuestión relativa a las autoridades competentes para cumplir con las «solemnidades» exigidas por la Ley reguladora de la forma de las disposiciones testamentarias según el artículo 1 del Convenio. Ejemplo: si a tenor de la Ley sustantiva española el testamento debe ser otorgado en «documento público», el Convenio no obliga a que el testamento se otorgue necesariamente ante Notarios «españoles». Ante la laguna, puede sostenerse que el principio *favor testamenti*, que inspira el entero Convenio, aconseja aceptar que las «formas solemnes» o «solemnidades» requeridas por la Ley reguladora de la forma del testamento puedan realizarse ante cualquier autoridad de cualquier país (SAT de Palma Mallorca, de 21 de mayo de 1985; erróneamente: STS de 4 de octubre de 1982). Para ello, es preciso, naturalmente, que la autoridad pueda cumplir con garantías la observancia de la forma solemne exigida por la Ley reguladora de la disposición testamentaria (= «equivalencia de función»). Ejemplo: si la Ley española reguladora de la validez formal del testamento *ex* artículo 1 del Convenio, exige otorgamiento en «escritura pública», ésta podrá otorgarse ante Notario español, italiano o francés, siempre que estos Notarios extranjeros realicen las mismas funciones que un Notario español que autoriza una escritura pública (española) de testamento. Un *Notary Public* anglosajón no desarrolla las mismas funciones que un Notario español. Se limita a dar fe de la identidad del sujeto y de sus declaraciones de voluntad, pero no controla la «legalidad del acto otorgado». Por tanto, un testamento otorgado ante *Notary Public* anglosajón no es un testamento otorgado en «escritura pública notarial».

III. PLURALIDAD DE TESTAMENTOS: TESTAMENTO PREVALENTE

23. En el caso de que el testador haya redactado varios testamentos válidos durante su vida, la *Lex Successionis* (= Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento *ex* art. 9.8 del Código Civil) decidirá: 1.º Cuál es el testamento prevalente en caso de conflicto sustancial entre testamentos. 2.º Si el último testamento invalida, y en qué medida, los testamentos anteriores. 3.º Si es posible que un mismo testador otorgue testamentos diferentes en relación con diferentes bienes. Esta práctica es extremadamente frecuente entre los testadores ingleses, que suelen otorgar lo que ellos denominan un «testamento inglés» en Inglaterra en cuya virtud disponen de sus bienes situados en Inglaterra, y además, un «testamento español», ante Notario español, a través del que disponen de sus bienes situados en Es-

paña (D. SEARL) (30). Esta preferencia se explica por cuestiones prácticas, ya que el «testamento español» no necesita ser legalizado, apostillado, o traducido para ser ejecutado en España, mientras que el «testamento inglés» sí precisa de tales formalidades, que cuestan tiempo y dinero.

IV. LENGUA DE REDACCIÓN DEL TESTAMENTO NOTARIAL EN ESPAÑA

24. La utilización de diversas lenguas en el testamento notarial se regula en el artículo 684 del Código Civil (31) y artículo 150 RN, en su redacción dada por el Real Decreto 45/2007, de 19 de enero (BOE, núm. 25 de 29 de enero de 2007) (32). A tenor de tales preceptos cabe realizar varias observaciones (D. SEARL) (33):

(30) D. SEARL, *You and the Law in Spain*, 16th ed., Santana Books, Fuengirola, 2005, págs. 243-273.

(31) Artículo 684 del Código Civil: «Cuando el testador exprese su voluntad en lengua que el Notario no conozca, se requerirá la presencia de un intérprete, elegido por aquél, que traduzca la disposición testamentaria a la oficial en el lugar el otorgamiento que emplee el Notario. El instrumento se escribirá en las dos lenguas con indicación de cuál ha sido la empleada por el testador. El testamento abierto y el acta del cerrado se escribirán en la lengua extranjera en que se exprese el testador y en la oficial que emplee el Notario, aun cuando éste conozca aquélla».

(32) Artículo 150 del Reglamento Notarial: «Cuando se trate de extranjeros que no entiendan el idioma español, el Notario autorizará el instrumento público si conoce el de aquéllos, haciendo constar que les ha traducido verbalmente su contenido y que su voluntad queda reflejada fielmente en el instrumento público. También podrá en este caso autorizar el documento a doble columna en ambos idiomas, si así lo solicitare el otorgante extranjero, que podrá hacer uso de este derecho aun en la hipótesis de que conozca perfectamente el idioma español. Podrá sustituirse la utilización de la doble columna por la incorporación de la traducción en idioma oficial al instrumento público. Los notarios podrán intervenir pólizas redactadas en lengua o idioma extranjero a requerimiento de las partes, si todas ellas y el notario conocen dicho idioma. En estos casos, la diligencia de intervención y las restantes manifestaciones del notario se redactarán en el idioma oficial del lugar del otorgamiento. Cuando los otorgantes, o alguno de ellos, no conocieren suficientemente el idioma en que se haya redactado el instrumento público, y el Notario no pudiese por sí comunicar su contenido, se precisará la intervención, en calidad de intérprete, de una persona designada al efecto por el otorgante que no conozca el idioma, extremo que se expresará en la comparecencia y la autorización del documento, que hará las traducciones necesarias, declarando la conformidad del original con la traducción y que suscribirá, asimismo, el instrumento público. De acuerdo con lo que antecede, el Notario que conozca un idioma extranjero podrá traducir los documentos escritos en el mencionado idioma, que precise insertar o relacionar en el instrumento público. Cuando en un instrumento público hubiere que insertar documento, párrafo, frase o palabra de otro idioma o dialecto, se extenderá inmediatamente su traducción o se explicará lo que el otorgante entienda por la frase, palabra o nombre exótico. Están fuera de esta prescripción las palabras latinas que tanto en el foro como en el lenguaje común son usuales y de conocida significación».

(33) D. SEARL, *You and the Law in Spain*, 16th ed., Santana Books, Fuengirola, 2005, págs. 243-273.

Primero. El testador puede expresar su voluntad en lengua extranjera, incluso cuando el Notario español no conozca tal lengua. Cualquier persona puede expresar su voluntad en cualquier lengua, pues el artículo 684 del Código Civil no limita tal posibilidad a los «extranjeros» ni a ningún otro grupo específico de sujetos.

Segundo. Todo testamento abierto notarial y toda acta de testamento cerrado se escribirán tanto en la lengua extranjera empleada por el testador como en la lengua oficial que emplee el Notario (art. 684.II del Código Civil): «doble idioma». El instrumento se escribirá en las dos lenguas, española y extranjera, y se indicará cuál es la lengua que ha sido empleada por el testador.

Tercero. Si el Notario conoce la lengua extranjera utilizada por el testador, no será precisa la intervención de intérprete. En dicho caso, el Notario hará constar que ha traducido verbalmente su contenido al testador y que su voluntad queda reflejada fielmente en el instrumento público.

Cuarto. Si el Notario no conoce la lengua del testador, será precisa la intervención de intérprete elegido por el testador. El intérprete traducirá la disposición testamentaria a la lengua oficial en el lugar del otorgamiento que emplee el Notario, declarará la conformidad del original con la traducción y suscribirá el instrumento público. El intérprete puede ser cualquier persona, no tiene por qué ser persona con titulación oficial de «traductor». El documento notarial debe expresar que ha intervenido un intérprete.

Quinto. Existen varias modalidades de redacción del testamento en lengua extranjera: 1.º *Testamento «a doble columna»*. El Notario puede autorizar un testamento redactado en ambos idiomas, español y extranjero, en dos columnas paralelas («testamento a doble columna»). Esta modalidad debe ser solicitada por el testador que expresa su voluntad en lengua extranjera, que puede solicitar un testamento «a doble columna», incluso aunque conozca perfectamente el idioma español; 2.º *Testamento con traducción oficial*. También podrá redactarse el testamento en idioma español acompañado de una traducción en idioma oficial que se incorporará al instrumento público.

V. CONVENIO DE WASHINGTON, DE 23 DE OCTUBRE DE 1973, SOBRE TESTAMENTO INTERNACIONAL

25. Este Convenio, elaborado por UNIDROIT, establece un modelo de testamento internacional (34). Se trata de una «forma nueva de testamento»

(34) M. REVILLARD, «L'entrée en vigueur de la Convention de Washington du 28 octobre 1973 portant loi uniforme sur la forme d'un testament international», en *JDI Clunet*, 1995, 3, págs. 585-597; K. H. NADELMANN, «The formal validity of wills and the Washington convention 1973 providing the form of an international will», en *AJIL*, 1974,

que se añade a las formas nacionales de testamento. Es un testamento «internacional» porque persigue facilitar las relaciones privadas internacionales, ya que el testamento internacional certificado como tal, será tenido como formalmente válido en todos los Estados contratantes del Convenio. También puede emplearse en casos meramente internos. Es un testamento «formalmente simplificado» (M. REVILLARD), que exime, en cierto grado de la «búsqueda de la Ley aplicable» (Preámbulo del Convenio). Se excluyen los testamentos mancomunados (art. 2 del Anexo del Convenio). El testamento debe observar las prescripciones de forma y las solemnidades que se detallan en el Anexo del Convenio. El testamento se deposita ante persona habilitada, que agrega al testamento una «certificación» en el modelo exigido por el Convenio, lo que, salvo prueba en contrario, acredita la validez formal del testamento. El Convenio no está en vigor para España, pero sí para países como Francia, Italia, Portugal, Eslovenia, Bosnia, Níger, ciertas Provincias del Canadá, Bélgica, Ecuador, Chipre, y Libia.

VI. CONCLUSIONES

26. En la sociedad mundial globalizada en la que nos ha correspondido vivir, el movimiento de personas es incesante. Por otra parte, tales movimientos son inciertos, pues sólo en ocasiones las personas «planifican» sus desplazamientos. Con frecuencia, éstos se verifican de modo muy veloz, en busca de mejoras de una rápida mejora de las condiciones laborales, sociales o personales (35). Por ello, es muy frecuente que los testamentos (= actos jurídicos de gran repercusión patrimonial) se redacten en un país por extranjeros y que deban surtir efectos legales en diferentes países. El Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre la Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias, constituye un almacén legal de primera magnitud que proporciona un auténtico «pasaporte de validez jurídica transnacional» a los testamentos. Es, por ello, un instrumento legal que ha producido resultados muy beneficiosos para los sujetos protagonistas de las relaciones jurídicas internacionales. A pesar de las elevadas complejidades que suscita la regulación de la validez formal del testamento, puede afirmarse que la calidad del Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre la Ley

vol. 68, págs. 365-378; A. E. VON OVERBECK, «Vers une convention internationale sur la loi applicable à la forme des testaments», en *ASDI*, 1958, vol. XV, págs. 215-242; Id., *L'unification des règles de conflits de lois en matière de forme des testaments*, Friburgo, 1961; R. VANDER ELST, «Le testament international», en *Journal des Tribunaux*, 1984, págs. 257-261.

(35) A.-L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. I, Granada, Comares, 8.ª ed., 2007, págs. 4-7.

aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias ha hecho que sea cierto el famoso dicho de PETRONIO: todo es fácil cuando transcurre por el camino correcto (*facile est ubi omnia quadrata currunt*), pues con normas de conflicto equilibradas, la regulación legal de las situaciones privadas internacionales resulta sencilla y ayuda de modo decisivo a las personas que desarrollan una vida auténticamente «internacional».

RESUMEN

FORMAS TESTAMENTARIAS

El Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, sobre la Ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias, en vigor para España desde el 10 de junio de 1988, proporciona las normas de conflicto que señalan la Ley reguladora de esta importante materia. El Convenio contiene un sistema de puntos de conexión alternativos que garantizan la circulación internacional de un testamento válidamente otorgado. La Ley aplicable a la forma testamento ológrafo y mancomunado se determinan con arreglo a dicho Convenio y no con arreglo a los preceptos contenidos en el Código Civil español.

ABSTRACT

FORMS OF WILLS

The Convention on the conflicts of laws relating to the form of testamentary dispositions is in force since June the 10th, 1988 for Spain. This international Convention contains common legal provisions on the conflicts of laws relating to the form of testamentary dispositions, and so a testamentary disposition shall be valid as regards form if its form complies with the internal law of different Laws, as e.g. the Law the place where the testator made it, or of a nationality possessed by the testator, either at the time when he made the disposition, or at the time of his death. This legal framework guarantees the international movement of a valid testament. In that way, the Convention makes life easier for people having international business and interests. The Convention applies to the form of testamentary dispositions made by two or more persons in one document and so, the Spanish legal provisions contained in the Spanish Civil Code concerning the Law applicable to all types of the form of testaments are now non in effect.

(Trabajo recibido el 11-06-2007 y aceptado para su publicación el 20-06-2007)