

1.4. Sucesiones

Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentifacción de las personas con la capacidad judicialmente modificada y con discapacidad

A review from the doctrine and jurisprudence of the make a will of people with the capacity judicially modified and with disabilities

por

FERNANDO CAROL ROSÉS

Abogado del ICAB

*DEA. Doctorando del Programa EEES de Derecho y CCSS UNED**

RESUMEN: El Ordenamiento jurídico adopta una pluralidad de fórmulas destinadas a favorecer que la libertad positiva de testar, la autonomía, pueda materializarse para que una persona decida de una manera consciente y libre el destino que quiere dar a su patrimonio. Por tanto, cuanto mayor sea la libertad de testar (libertad negativa) más exigente se deberá ser con su libertad para testar (libertad positiva). En estas líneas, dedicadas a la testamentifacción, dos principios *pro capacitate* y *favor testamenti*, garantizan que la presunción de capacidad solo se puede desvirtuar mediante la prueba inequívoca e indudable de su carencia.

ABSTRACT: *The legal system adopts a plurality of formulas designed to strengthen the positive freedom of testing, autonomy, can materialize for a person to decide in a conscious and free way the destiny he wants to give to his heritage. Therefore, the greater the freedom of testing (negative freedom) the more demanding you should be with your freedom to test (positive freedom). In these lines, dedicated to «testamentifacción», two principles pro capacitate and favor testamenti, guarantee that the presumption of capacity can only be distorted by the unequivocal and undoubted proof of its lack.*

PALABRAS CLAVE: Libertad de testar. Testamentifacción. Discapacidad. Capacidad de obrar modificada.

KEY WORDS: *Freedom to test. Make a will. Disability. Ability to work modified.*

* Agradezco al Catedrático de Derecho civil, Carlos LASARTE ÁLVAREZ, su magisterio. Y a la Profesora Titular de Derecho civil del Departamento de Derecho civil, M.ª Fernanda MORETÓN SANZ, su inestimable ayuda y colaboración en esta trayectoria investigadora.

SUMARIO: I. TESTAMENTIFACCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA: 1. CUESTIONES PRELIMINARES SOBRE LA TESTAMENTIFACCIÓN Y EL JUICIO NOTARIAL DE CAPACIDAD. 2. DISCAPACIDAD, CAPACIDAD, ANCIANIDAD. 3. LAS POSIBLES INTERPRETACIONES DEL ARTÍCULO 665 DEL CÓDIGO CIVIL. 4. EL DERECHO FORAL Y LA CAPACIDAD DE TESTAR: SU ADECUACIÓN A LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK.—II. TESTAMENTIFACCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD FÍSICA O SENSORIAL.—III. LA REPRESENTACIÓN EN LA TESTAMENTIFACCIÓN.—IV. CONCLUSIONES.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. RESOLUCIONES CITADAS.

I. TESTAMENTIFACCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD PSÍQUICA

1. CUESTIONES PRELIMINARES SOBRE LA TESTAMENTIFACCIÓN Y EL JUICIO NOTARIAL DE CAPACIDAD

En materia de testamentifacción, nos fundamos en dos postulados conexos y, al tiempo, preliminares para su recta intelección institucional: el principio *pro capacitate* y el de *favor testamenti*. Consecuentemente, la presunción de capacidad solo podrá desvirtuarse mediante la prueba inequívoca e indudable de su carencia¹. En suma, el *onus probandi* recaerá sobre quien «sostiene la existencia de dicha incapacidad»².

Por su parte, sabido es que el artículo 662 del Código Civil dispone: «Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente»; el artículo 663: «Están incapacitados para testar: 1.º Los menores de catorce años de uno y otro sexo. 2.º El que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio»³. En este sentido y según la STS número 234/2016, de 8 de abril, FD 3.º 3, «para determinar la nulidad del testamento por falta de capacidad mental del testador hay que probar, de modo concluyente (entre otras, STS de 26 de abril de 2008, núm. 289/2008), la falta o ausencia de dicha capacidad en el momento del otorgamiento del testamento objeto de impugnación; sin que la declaración judicial de incapacidad del testador, posterior al otorgamiento del testamento, sea prueba determinante, por sí sola, de la falta de capacidad para testar cuando fue otorgado el testamento, dado el carácter constitutivo y sin efectos *«ex tunc»* de la sentencia de incapacitación (...)»⁴.

En cuanto al Notario, en su caso, corresponde la comprobación de la capacidad del testador⁵, como así resulta del artículo 685.1 *in fine* del Código Civil: «También deberá el Notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar»⁶; con menos rigor el artículo 696 *in fine* del Código Civil: «También hará constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento». Y con respecto al testamento cerrado el artículo 707.4ª del Código Civil dispone: «Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de su otorgamiento [...] dando fe [...] de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento». En cualquier caso, hay que poner de manifiesto que el juicio de capacidad que realiza el Notario goza de una fuerte presunción *iuris tantum*.

En su virtud, la STS número 848/1998, de 19 de septiembre, FD 3.º, declaraba que «el juicio notarial de la capacidad de testamentación, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dado el prestigio y confianza social que merecen en general los Notarios, no conforma presunción *«iuris de iure»*, sino *«iuris tantum»*, que cabe destruir mediante prueba en contrario, que los Tribunales deben de declarar cumplida y suficiente para decidir la incapacidad de quien testa y en el

momento histórico de llevar a cabo tal acto». La STS número 1208/2007, de 21 de noviembre, FD 2.º, califica la aseveración notarial de «enérgica presunción *iuris tantum*». Esta doctrina de la Sala ha sido reiterada por la reciente STS número 20/2015, de 22 de enero, FD 5.º, cuando sostiene que «la afirmación hecha por el Notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre». El Notario, al no ser un psiquiatra, puede errar en este juicio de capacidad. Claro está, por tanto, que este juicio de capacidad podrá ser destruido mediante prueba en contrario. Únicamente se trata de un *plus* sobre la presunción *iuris tantum* de capacidad de la que goza toda persona.

Si el Notario no hace constar el juicio de capacidad en el testamento⁷, este será nulo por defecto de forma, así resulta del artículo 687 del Código Civil: «Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo», pudiendo el Notario, en caso de incumplimiento, incurrir en responsabilidad, no otra cosa es lo que resulta del artículo 705 del Código Civil: «Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el Notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, o de negligencia o ignorancia inexcusables». Lo mismo en el artículo 715 del Código Civil para el testamento cerrado⁸.

De todos modos, la jurisprudencia es flexible en cuanto a las formalidades en aras del principio *favor testamenti*, así la STS número 140/2013, de 20 de marzo, FD 2.º.6, afirma lo siguiente: «En el presente caso, el meritado juicio de capacidad se infiere claramente de las declaraciones fedatarias que el Notario realiza en el pertinente protocolo y autorización del testamento con locuciones, suficientemente expresivas, que refieren “el consentimiento libremente prestado por la testadora” y que “el otorgamiento se adecúa a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de la persona que testa”, expresiones que, si bien no dejan constancia expresa y ritual del juicio de capacidad, lo refieren “de otro modo” al situar como eje de la validez testamentaria la voluntad espontánea y libre de la testadora pues, como bien señala la parte recurrente, no cabe entender que se preste libremente un consentimiento por parte de quien no es capaz de otorgarlo, ni tampoco, que pueda informar debidamente la voluntad de quien resulte incapaz para ello»⁹.

El artículo 685.2 del Código Civil, refiriéndose a dos tipos de testamentos comunes nuncupativos, dispone que en los casos de los artículos 700 (testamento en inminente peligro de muerte) y 701 (testamento en caso de epidemia) «los testigos tendrán obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad».

«El testamento hecho antes de la enajenación mental es válido» (art. 664 del Código Civil)¹⁰.

Se requiere la capacidad natural de entender y querer¹¹ —elementos intelectual y volitivo—. Como dice DE ALFONSO, «el testador precisa saber qué es un testamento y comprender la trascendencia del mismo, ver la oportunidad de su otorgamiento, efectuar un juicio valorativo de su patrimonio, rememorar a las personas que han formado parte de su círculo convivencial, enjuiciarlas en relación con su persona, establecer entre ellas un orden jerárquico señalado por valores afectivos y deseos retributivos, relacionar bienes y personas, siguiendo

finalmente un acto volitivo y la emisión de su voluntad para materializarla. Estos son los momentos que son de apreciar en la testamentifacción activa, que, la mayor parte, son previos y otros, coetáneos al propio acto de testar... En cada uno de ellos interviene en una u otra forma la capacidad intelectual y la volitiva, o el *entender* y el *querer*»¹².

Y como afirma VERDERA IZQUIERDO tienen cabida supuestos que no constituyen una enfermedad declarada pero privan del cabal juicio como por ejemplo, la persona que se encuentra bajo los efectos del alcohol o las drogas¹³. Así, según la STS número 1063/2007, de 4 de octubre, FD 11.º, «la situación de no encontrarse en su cabal juicio, conforme a la fórmula utilizada en el artículo 663 del Código Civil, no reduce su ámbito de aplicación a la existencia de una enfermedad mental propiamente dicha y prolongada en el tiempo, sino que engloba cualquier causa de alteración psíquica que impida el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos por carecer de conciencia y libertad y de la capacidad de entender y querer sobre el significado y alcance del acto y de lo que con el mismo se persigue (SSTS de 11 de diciembre de 1962 y 7 de octubre de 1982)»¹⁴.

2. DISCAPACIDAD, CAPACIDAD, ANCIANIDAD

Como elementos preliminares sobre la discapacidad¹⁵, hemos de tener presente hechos acreditados como el incremento de la esperanza de vida y el progresivo envejecimiento de la población¹⁶.

Las anteriores evidencias implican, no de forma simétrica pero sí como una de sus consecuencias, el incremento del número de personas que pueden presentar deficiencias físico-sensoriales (que impiden exteriorizar la voluntad)¹⁷ —no simple falta de salud física¹⁸— y/o psíquicas (en sus facultades de entender y querer), que inciden en su capacidad¹⁹, en su autogobierno²⁰ (y consiguientemente en la eficacia de los testamentos otorgados²¹) y que las hace vulnerables²².

Por tanto, el Ordenamiento jurídico debe salvaguardar sus derechos como persona, sus derechos fundamentales²³, porque tan contrario a los mismos (dignidad y libre desarrollo de la personalidad) es impedirles algo que pueden hacer²⁴ como permitirles algo que no pueden²⁵. En suma el difícil equilibrio entre autonomía y protección, y entre autonomía y seguridad, este último con la mirada puesta en los terceros que se relacionan con la persona vulnerable²⁶. Evitar la ley del péndulo, tan arraigada entre nosotros²⁷. Por ello acierta el Derecho catalán cuando vincula la capacidad de obrar a la capacidad natural²⁸, concepto, este último, que el Código Civil común ignora pero que permite reconocer ámbitos de capacidad incluso para personas sujetas a tutela.

Lo que es cierto es que, tal como sostiene Stefano RODOTÀ, estamos pasando de la sociedad del «bienestar» a la sociedad del «cuidado»²⁹, y a ello deberá adaptarse el Ordenamiento jurídico.

Tanto desde el notariado³⁰ como desde la judicatura³¹ se advierte que no se puede equiparar ancianidad e incapacidad, lo que no quita que ante un testamento muy complejo se pueda considerar que el testador anciano carece de testamentifacción activa³². En este sentido, LACRUZ afirmaba que no basta con que el que dispone tenga capacidad «sino capacidad suficiente de querer y entender sus disposiciones». Este es el significado que LACRUZ da al término «cabal»³³. Por

otro lado, nada obsta para que la falta de capacidad para entender y querer las disposiciones pueda concurrir en una persona no necesariamente anciana. Un testamento puede ser muy simple o muy complejo³⁴. La capacidad para testar no será la misma en uno y otro caso. La capacidad que se precise será la suficiente para otorgar ese testamento concreto.

La realidad de las personas ancianas ha llevado a plantear que así como existe una edad antes de la cual no se posee plena capacidad, no sería descabellado fijar una edad a partir de la cual se pudiera presumir que esta capacidad ha declinado³⁵. En cualquier caso es una cuestión delicada y con implicaciones constitucionales al afectar a la discriminación por razón de edad.

La redacción originaria del artículo 665 del Código Civil establecía que «siempre que el demente pretenda hacer testamento en un intervalo lúcido, designará el Notario dos Facultativos que previamente le reconozcan, y no lo otorgará sino cuando estos respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento, que suscribirán los Facultativos además de los testigos»³⁶.

3. LAS POSIBLES INTERPRETACIONES DEL ARTÍCULO 665 DEL CÓDIGO CIVIL

El problema aparece con la nueva y desafortunada redacción del artículo 665 del Código Civil³⁷ que reza así: «Siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de su capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando estos respondan de su capacidad»³⁸.

Vista la nueva redacción del artículo 665 del Código Civil cabe plantearse distintas posibilidades:

1. Que la sentencia de incapacitación no contenga pronunciamiento sobre la capacidad para testar. Este es el supuesto al que se refiere el artículo 665 del Código Civil. Se nombran dos facultativos que lo reconozcan y si responden de su capacidad podrá otorgar testamento³⁹. Aun interviniendo los facultativos que respondan de su capacidad nos encontraremos ante una presunción *iuris tantum*⁴⁰ que ha sido criticada⁴¹. El testamento deberá ser el testamento abierto notarial. Quedan excluidos el testamento ológrafo y el testamento cerrado. Con respecto a este último decir que el Notario únicamente podrá apreciar la capacidad del testador en el momento de entender el acta de otorgamiento y no la capacidad en el momento de la redacción.

2. Que la sentencia contenga pronunciamiento favorable a la capacidad para testar. En este caso podrá otorgar todo tipo de testamento y, por lo que se refiere al notarial abierto bastará con el juicio notarial sobre su capacidad, como con cualquier otro testador. Pero si el testador en el momento de otorgar el testamento no se halla en su cabal juicio, de nada servirá el pronunciamiento favorable, ello de conformidad con el artículo 666 del Código Civil. Se es incapaz para testar no tanto porque uno se encuentre incapacitado sino porque en el momento de otorgar el testamento carece de capacidad natural, cosa que aprecia el Notario.

3. Que la sentencia se pronuncie desfavorablemente a la capacidad para testar. En principio, aunque se encontrara en un intervalo lúcido⁴² no podría otorgar testamento. Ahora bien, este pronunciamiento desfavorable contradiría el artículo 666 del Código Civil que dice que «para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento». ALBALADEJO señala que «la sentencia no pudo quitar la capa-

cidad de testar; y si es que al testar no estaba en su cabal juicio el testador, no hacía falta que la sentencia le quitase la capacidad para tal caso, ni los médicos podrían responder de su capacidad»⁴³. Efectivamente, ninguna sentencia puede privar de la capacidad natural. Negar la posibilidad de que el incapacitado para testar pueda testar en intervalos lúcidos produciría una discordancia entre los artículos 663 y 665 del Código Civil. Una cosa es la capacidad de obrar y otra es la capacidad de querer y entender que es la capacidad natural, a la que se refiere el artículo 663 2.º del Código Civil⁴⁴. Por otra parte, la privación de la capacidad de testar no es una medida que pueda proteger al testador —no olvidemos que la finalidad de la incapacitación es la protección del incapacitado— ya que el testamento produce sus efectos una vez ha fallecido, por lo que si al incapacitado que se encuentra en un intervalo lúcido se le priva de un derecho reconocido constitucionalmente (art. 33 CE), no se puede argumentar que se hace para protegerle⁴⁵, no dejando de «ser llamativo que en aras de la protección del incapacitado se le pueda prohibir disponer para después de su muerte y en cambio se le permita contraer matrimonio o reconocer un hijo extramatrimonial, cuando estos dos actos tienen mucha mayor incidencia en la vida personal del incapacitado y en su patrimonio que el de otorgar testamento»⁴⁶. No obstante, gran parte de la doctrina⁴⁷ considera, sobre la base del texto del artículo 665 del Código Civil, que puede existir un pronunciamiento por el que se prive de la facultad de testar, aun cuando se halle en intervalo lúcido⁴⁸, lo que atentaría contra la autonomía del testador y sus derechos fundamentales⁴⁹, toda vez que como asevera CAFFARENA LAPORTA «los llamados actos personalísimos, en el sentido de actos que únicamente pueden ser llevados a cabo por el sujeto a cuya esfera jurídica se refieren y en los que no hay juego para la representación, han sido actos en los que tradicionalmente se ha admitido en nuestro Derecho que los incapacitados los realizaran en intervalos lúcidos si bien observando determinadas cautelas»⁵⁰, si bien el TS en su Sentencia número 322/2011, de 5 de mayo, FD 2.º, afirma que la presunción de capacidad se puede destruir «por sentencia en la incapacitación o si se prueba la falta de capacidad mental». En cambio, en la número 394/1995, de 26 de abril el TS en su FD 1.º decía que «toda persona debe suponerse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, en consecuencia, ha de presumirse la capacidad del testador en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente que al tiempo de realizar la declaración testamentaria tenía enervadas las potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera voluntad de elección», nos encontraríamos ante una presunción *iuris tantum*, es decir, cabe la prueba en contrario. A juicio de GUILARTE MARTÍN-CALERO, «entre tanto se produzca la reforma que adecúe los postulados de la Convención a la capacidad de testar, sería deseable una interpretación restrictiva en el sentido de limitar el pronunciamiento judicial al reconocimiento de la facultad de testar en forma notarial y sometiendo, en todo caso, su otorgamiento a las cautelas del artículo 665 del Código Civil y al juicio notarial de capacidad del testador en el momento del otorgamiento [...] solución más respetuosa con la persona protegida y más acorde con la tradición jurídica de exigir la mera capacidad natural para aquellos actos de la vida civil que no admiten representación por otro»⁵¹. En la práctica, en la jurisprudencia menor se entra en la capacidad testamentaria de los incapacitados, privándoles, en muchas ocasiones, de dicha capacidad con independencia de que en algún momento pudieran encontrarse en un intervalo lúcido⁵². Ante pronunciamientos judiciales que extienden la incapacitación a todo tipo de actos y negocios jurídicos patrimoniales, la Notaria ESPÍNEIRA SOTO considera que «el ventanal “de la posibilidad de testar” debe, en definitiva y a

nuestro juicio, permanecer abierto, sin que pueda cerrarlo una genérica apreciación judicial que impida al incapacitado la realización de todo tipo de actos jurídicos patrimoniales»⁵³.

4. EL DERECHO FORAL Y LA CAPACIDAD DE TESTAR: SU ADECUACIÓN A LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK

Por lo que se refiere a los Derechos territoriales o forales, según el artículo 408.1 del Código de Derecho foral de Aragón: «Pueden testar todas las personas físicas que, al tiempo de otorgar el testamento, sean mayores de catorce años y no carezcan de capacidad natural»; en Navarra, la Ley 184 del Fuero Nuevo priva de la capacidad de testar a: 1) «los impúberes», 2) «los que en el momento de otorgar testamento no se hallaren en su cabal juicio. Respecto del testamento otorgado en intervalo lúcido se estará a lo dispuesto en el Código Civil» (se entiende la remisión hecha a la redacción originaria del artículo 665); por su parte, el artículo 184.2 de la Ley de Derecho civil de Galicia de 2006 exige la presencia de testigos cuando «el testador sea ciego, demente en intervalo lúcido o no sepa o no pueda leer o escribir».

En cuanto a Cataluña, el artículo 421-3 CCCat proclama la presunción de capacidad al afirmar: «pueden testar todas las personas que, de acuerdo con la ley, no sean incapaces para hacerlo» y el artículo 421-4 dispone no pueden testar «los menores de catorce años y quienes no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento», y consecuentemente el artículo 421-9.2 preceptúa que «si el testador está incapacitado judicialmente, puede otorgar testamento notarial abierto en un intervalo lúcido si dos facultativos aceptados por el notario certifican que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo», y si el testador no está incapacitado judicialmente «el notario debe apreciar su capacidad para testar de acuerdo con el artículo 421-7 y, si lo considera pertinente, puede pedir la intervención de dos facultativos, los cuales, si precede, deben certificar que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo» (art. 421-9.1 CCCat).

Una vez más vemos que el principio de igualdad se tambalea: la suerte de la persona con discapacidad a la hora de testar será diferente según el territorio.

Queda claro que los Derechos territoriales o forales se encuentran en sintonía con la Convención de Nueva York: la capacidad para testar únicamente se denegará en el caso de que en el momento del otorgamiento falte la capacidad natural⁵⁴, inicialmente no se le niega la capacidad a nadie.

Entiende GUILARTE MARTÍN-CALERO que la solución consistiría en modificar el artículo 665 del Código Civil en el sentido de que si el testador estuviere incapacitado fuera preceptiva la intervención de dos facultativos que certificasen que el testador, en el momento de otorgar el testamento, tiene suficiente capacidad para hacerlo, y, si no estuviere incapacitado la intervención de los facultativos se produciría solo si el Notario lo considerara oportuno⁵⁵. En resumidas cuentas, es la respuesta del Derecho catalán, se tendría que permitir el testamento del incapacitado en intervalo lúcido para así preservar sus derechos fundamentales.

Si queremos adecuar el Código Civil a los postulados de la Convención —que en el artículo 12.5 menciona el derecho de las personas con discapacidad «a ser propietarias y heredar bienes», lo que comprende el derecho de otorgar testamento— tendremos que hacerlo de manera que únicamente queden excluidos de la testamentifacción los menores de catorce años⁵⁶ y los que en el momento

del otorgamiento carezcan de capacidad natural⁵⁷. Es decir, cualquier juicio o pronunciamiento sobre la capacidad deberá realizarse en el momento del otorgamiento, no con antelación, no *a priori*.

También es evidente que ciertas personas, para los actos personalísimos, en concreto para la testamentifacción, necesitan apoyos que no podrán consistir en la complementación o representación en la prestación del consentimiento —en la testamentifacción con las excepciones de las sustituciones pupilar y ejemplar— (aunque tanto el tutor como el curador podrán prestar apoyo en el proceso de formación de la voluntad para el caso de que el testador posea capacidad natural) o en la asistencia (dado que el Código Civil, hoy por hoy, no la contempla). No obstante, qué mejor apoyo que el que puede prestar el Notario a través del testamento notarial abierto⁵⁸. El Notario es el apoyo ideal —por su preparación y prestigio⁵⁹— para las personas discapacitadas y vulnerables⁶⁰ en el ejercicio de su capacidad jurídica, tal y como exige el artículo 12.3 de la Convención⁶¹.

El TS, que en su Sentencia 436/1998, de 12 de mayo⁶², FD 2.º.2, lleva a cabo una antología jurisprudencial acerca de la capacidad para testar y el juicio notarial de capacidad⁶³, declara:

«En este tema, es interesante reproducir el completo resumen de la doctrina jurisprudencial que se contiene en la Sentencia de 27 de enero de 1998: a) que la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos (Sentencia de 25 de abril 1959); b) no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la testamentifacción y la jurisprudencia el declarar nulo un testamento por circunstancias de carácter moral o social, nacidas de hechos anteriores o posteriores al acto del otorgamiento, por ser un principio de derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte (Sentencia de 25 de octubre de 1928); c) que ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido (Sentencia de 18 de abril de 1916); d) que son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad: 1) la edad senil del testador, “pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano decrepito y achacoso...”, ni el Derecho ni la Medicina consienten que por el solo hecho de llegar la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad se haya de considerar demente, pues la inherencia a esta de un estado de demencia, requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho (Sentencia de 25 de noviembre de 1928); 2) que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si estos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón (Sentencia de 25 de octubre de 1928); 3) no obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el Notario y los testigos (Sentencia de 28 de diciembre de 1918); e) la sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada (Sentencia de 1 de febrero de 1956), pues a toda persona debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser (Sentencia de 25 de abril de 1959); de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción “*iuris tantum*” que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que solo puede destruirse por una prueba en contrario “*evidente y completa*” (Sentencias de 8 de mayo de 1922 y 3

de febrero de 1951), “muy cumplida y convincente” (Sentencias de 10 de abril de 1944 y 16 de febrero de 1945), “de fuerza inequívoca” (Sentencias de 20 de febrero de 1975), cualquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aún en estado latente en el sujeto (Sentencia de 25 de abril de 1959), pues ante la dificultad de conocer donde acaba la razón y se inicia la locura, la ley requiere y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración (23 de marzo de 1944 y 1 de febrero de 1956); f) la falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria, y la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre “cumplidamente” en vía judicial su incapacidad, destruyendo la “enérgica presunción iuris tantum” (Sentencias de 23 de marzo de 1894; 22 de enero de 1913; 10 de abril de 1944 y 16 de febrero de 1945), que revela el acto del otorgamiento, en el que se ha llenado el requisito de tamizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el Notario (Sentencia de 23 de marzo de 1944); g) restando por añadir que la intervención de facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento de testamento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz, —lo que no implica que puedan intervenir, especialmente si el Notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante (Sentencias de 18 de abril de 1916 y 16 de noviembre de 1918)— pues el artículo 665 del Código Civil, no es aplicable al caso de quien otorga testamento sin estar judicialmente incapacitado (Sentencia de 27 de junio de 1908)».

II. TESTAMENTIFACCIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD FÍSICA O SENSORIAL

En otra situación se encuentran las personas que padezcan determinadas deficiencias o discapacidades físicas o sensoriales y a las que el Ordenamiento jurídico veda determinadas formas testamentarias. Así la persona ciega o que no sabe o no puede leer no podrá otorgar testamento cerrado (arts. 708 del Código Civil y 421-14.5 CCCat)⁶⁴, tampoco podrán otorgar testamento cerrado los que no puedan expresarse verbalmente y no sepan o no puedan escribir (art. 709 del Código Civil *a contrario*); no podrá otorgar testamento ológrafo el que no sepa o no pueda escribir (cfr. arts. 688 y 691 del Código Civil)⁶⁵.

El artículo 695 del Código Civil dispone: «El testador expresará oralmente o por escrito su última voluntad al Notario...»⁶⁶, por tanto, no podrán otorgar testamento notarial abierto quienes no sepan o no puedan hablar ni escribir. Aunque veremos que la jurisprudencia hace una interpretación lo suficientemente amplia como para hacer efectiva la voluntad del testador.

Un destacado y reconocido sector doctrinal, encabezado por las Profesoras TORRES GARCÍA y GARCÍA RUBIO, considera están excluidos del anterior supuesto quienes se comunican por la lengua de signos o mediante sistemas como el Braille. Sistema este último integrado por la Ley 27/2007, de 23 de octubre, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas y se regulan los medios de apoyo a la comunicación oral de las personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas⁶⁷.

Concretamente, en relación con el sistema Braille, en nuestro Derecho no cabe otorgar testamento ológrafo mediante estos caracteres, ante la imposibilidad de acreditar al día de hoy su autoría. Mayores posibilidades tiene el testamento

cerrado por cuanto el Braille no deja de ser un medio «mecánico» (cfr. art. 706.2 del Código Civil).

Por su parte, el artículo 2 de la Convención de Nueva York dispone que la «comunicación» «incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso», medios todos ellos que sirven para romper barreras que afectan a las personas con alguna discapacidad, ampliando los canales de exteriorización de su voluntad. Nada justifica prescindir de estas herramientas en la testamentifacción.

Pues bien, pionero en la admisión del Braille en Derecho sucesorio ha sido el Código Civil peruano, a raíz de la reforma operada por la Ley 29973, de 13 de diciembre de 2012, general de la persona con discapacidad, modificando los preceptos relativos a las formalidades de los testamentos ológrafo (art. 707) y cerrado (art. 699). El artículo 707 «remite a la regulación del testamento cerrado, respecto a las formalidades a cumplir, para lo cual solo se exige que la persona con discapacidad visual tenga habilidad para saber firmar de forma manuscrita cada uno de los pliegos del documento y la impresión de su huella dactilar, como vía para su identificación ulterior, dado lo imposible que ello sería solo con la utilización del sistema de lectoescritura braille», por eso la adverbación únicamente se lleva a cabo sobre la firma y la huella dactilar. «Un nuevo horizonte, quizás diminuto, pero una brecha al fin por la que se puede dar oxígeno a la autonomía privada, en su dimensión del derecho a testar y a escoger el tipo de testamento más conveniente en cada momento, con independencia de que se trate de una persona con discapacidad visual o no»⁶⁸.

El CCCat en su artículo 421-8 dispone que «si el testador es ciego, sordo, mudo o sordomudo o por cualquier otra razón es sensorialmente discapacitado, el notario debe seguir lo que la legislación notarial establece para estos casos». A tal efecto, según el artículo 193.4 RN «si alguno de los otorgantes fuese completamente sordo o sordomudo, deberá leerla por sí; si no supiere o no pudiese hacerlo será precisa la intervención de un intérprete designado al efecto por el otorgante conocedor del lenguaje de signos, cuya identidad deberá consignar el notario y que suscribirá, asimismo, el documento; si fuese ciego, será suficiente que preste su conformidad a la lectura hecha por el notario».

Sin dejar el Derecho catalán, cabe mencionar que la DA 2.^a del Libro IV CCCat establece que «cuando la legislación notarial haga posible la utilización del Braille, la lengua de signos, la lectura labial u otros medios técnicos o electrónicos para suplir la discapacidad sensorial que afecte a la comprensión oral, la lectura o la escritura, en el otorgamiento de documentos notariales deben aplicarse estos medios con los efectos establecidos por los artículos 421-8, 421-10.2 y 421-14.5 del Código Civil de Cataluña».

Como hemos apuntado, el TS muestra una gran flexibilidad. Con esta flexibilidad se pronuncia en su Sentencia de 30 de noviembre de 1991⁶⁹, FD 3.º: «es suficiente que asienta al contenido leído del testamento mediante movimientos de cabeza, tan inequívocos en su significado e interpretación como un asentimiento manifiesto por medio de la palabra. Indudablemente, de no haber estado conforme el testador con el contenido que se le leyó del testamento, también hubiera podido manifestarlo de forma inequívoca mediante gestos convincentes, constando su lucidez mental»; y en su Sentencia número 1128/2004, de 24 de no-

viembre⁷⁰, FD 1.º, en un supuesto en el que la base de la pretensión se encuentra en el hecho de que en el momento de otorgar el hipotético testamento el testador «no podía hablar ni escribir», y que manifestó su conformidad al Notario mediante gestos, «le dijo que parara con la mano y volviera a leerlo. Que asentía a lo que el declarante iba leyendo». En el FD 2.º llega a decir que «aun partiendo de la base inexcusable que el testamento es un acto personalísimo, que no puede dejarse a un arbitrio de un tercero, ni a través de comisario o mandatario. Sin embargo, ello no puede confundirse con una interdicción total y absoluta de la intervención de un tercero, siempre que el testador establezca previamente las partes objetivas y los criterios de distribución, por lo que con ello no puede haber vulneración del artículo 670 del Código Civil. Es más, doctrina científica moderna que esta Sala acoge, tiene dicho que a pesar de lo preceptuado en el artículo 695 del Código Civil, la regla general del mismo —la expresión directa de voluntad del testador al Notario— no es absoluta; el testador puede expresar su última voluntad mediatamente valiéndose de un abogado o de un mandatario cualquiera»⁷¹.

Esta interpretación amplia de los requisitos que se exigen en los testamentos otorgados por personas que sufren determinadas discapacidades físicas va en la línea de los principios y finalidades de la Convención de Nueva York⁷². Únicamente quedarían excluidos de la testamentifacción los que tienen una absoluta imposibilidad de exteriorizar su voluntad.

Abundando en esta primacía de la voluntad del testador, y a propósito de los dos testigos instrumentales que deberán concurrir cuando el testador sea ciego (art. 697 2.º del Código Civil)⁷³, la STS número 789/2009, de 11 de diciembre⁷⁴ ante un testamento en el que consta lo que sigue: «Leído el presente testamento en voz alta por mí, el Notario, al testador, advertido del derecho a hacerlo por sí, del que no usó, manifiesta quedar enterado de su contenido y de estar conforme con su última voluntad por lo que firma», y ante el hecho de que el testamento no contó con la presencia de testigos y el testador había perdido un ojo durante la guerra civil y en el otro presentaba una catarata que le produjo una pérdida progresiva de la vista —por lo que se discutía si en el momento del otorgamiento de su último testamento tenía o no totalmente anulada la visión— en su FD 8.2.º a fin de salvaguardar la voluntad del testador y del principio *favor testamenti* dice: «no nos hallamos aquí ante la ausencia de la forma testamentaria, sino ante la falta de una formalidad que debe concurrir cuando ocurra alguno de los defectos físicos previstos en el artículo 697.2 del Código Civil. La finalidad de la norma es evitar fraudes a una persona cuyas condiciones físicas le impiden enterarse por sí misma del contenido del testamento. Pero al quedar probado que el testador conoció por sí mismo dicho contenido, no puede alegarse la falta de concurrencia de testigos para pedir la nulidad y más cuando no se ha probado la falta de visión en que se fundaba la demanda»⁷⁵. Es la forma la que permite prescindir de formalidades: «La forma del testamento como garantía del testador respecto de la exactitud y permanencia de la voluntad»⁷⁶, esto es lo que importa, la exactitud y permanencia de la voluntad del testador.

En el mismo sentido la STS número 622/2016, de 19 de octubre⁷⁷ en su FD 2.2 ha reiterado que «conforme a la doctrina jurisprudencial de esta Sala, resulta de aplicación el principio de favor *testamenti*. En este sentido, en la Sentencia número 435/2015, de 10 de septiembre, se resaltaba que conforme a este principio de *favor testamenti*, constatada la autenticidad de la declaración y el plano sustantivo de la capacidad, debe darse prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador frente a la rigidez o sacralización de solemnidades y formas

que, solo por necesidades de seguridad jurídica, imponen ciertas restricciones o limitaciones a la eficacia de la declaración testamentaria realizada».

III. LA REPRESENTACIÓN EN LA TESTAMENTIFACCIÓN

Una de las nociones tradicionales sobre los actos personalísimos, es que para su eficacia basta con la capacidad natural y, en todo caso, no cabe la representación. Esto se encuentra reflejado, en la Convención en su artículo 23, por lo que se refiere al acto personalísimo de contraer matrimonio, en el hecho de no poderse denegar de antemano la capacidad, debiéndose atender a la capacidad existente en el momento de realizar dicho acto⁷⁸. Por otro lado, se admite la representación para ejercitar la acción de disolución por divorcio como así dejó patente la STS (de Pleno) número 625/2011, de 21 de septiembre⁷⁹ FD 8.º, al decir que «los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio en nombre de una persona incapacitada, siempre que por sus condiciones, no pueda actuar por sí misma [...] La representación legal del tutor le impone el deber de injerencia en la esfera jurídica del incapaz cuando sea necesario para obtener su protección, si bien no libremente, sino con las limitaciones que derivan de la naturaleza de función que tiene la tutela y por ello el ejercicio de la acción de divorcio por parte de los tutores debe responder a las mismas reglas que rigen la representación legal»⁸⁰. Con anterioridad la STC 311/2000, de 18 de diciembre (BOE núm. 14, de 16 de enero de 2001) había permitido al tutor ejercitar la acción de separación.

Entre los actos personalísimos nos encontramos con el testamento. Tal como dispone el artículo 670 del Código Civil: «El testamento es un acto personalísimo; no podrá dejarse su formación, en todo ni en parte, al arbitrio de un tercero, ni hacerse por medio de comisario o mandatario. Tampoco podrá dejarse al arbitrio de un tercero la subsistencia del nombramiento de herederos o legatarios, ni la designación de las porciones en que hayan de suceder cuando sean instituidos nominalmente».

Por ser el testamento un acto personalísimo sorprende enormemente la STS número 600/2015, de 4 de noviembre cuando en su FD 4.º, 4, respecto de una persona a la que se le reconoce una minusvalía del 65% por retraso mental, sostiene: «en lo que se refiere a su patrimonio y economía, conservará su iniciativa pero precisará del curador para la administración, gestión y disposición, ya sea inter vivos o mortis causa, de aquellos actos de especial trascendencia (actos de disposición patrimonial, compraventa de inmuebles, donar, testar, matrimonio, manejar armas, conducir vehículos, manejo de cantidades de dinero mayores de las habituales...), completando su discapacidad pero sin anular su autonomía personal»⁸¹. Capítulo propio merece el manejo de armas.

En la testamentifacción activa no cabe que el curador complete la capacidad del sujeto a curatela, del mismo modo que el tutor no puede testar por el tutelado. Ahora bien, si distinguimos entre el proceso de formación de la voluntad y el consentimiento no cabe duda de que tanto el tutor como el curador pueden tener una intervención decisiva en dicho proceso de formación de la voluntad para impedir que un vicio anule el consentimiento, siendo esta una manifestación del necesario apoyo proclamado por la Convención de Nueva York con respecto de personas que aun habiendo sido objeto de alguna medida restrictiva de su capacidad siempre podrán testar si en el momento del otorgamiento gozan de capacidad natural. Para el caso de que la persona no se encuentre sujeta a

tutela ni a curatela, por no haber sido objeto de una medida restrictiva, pero que se encuentre en situación de vulnerabilidad como puede ser la vejez o el retraso mental leve, sería conveniente introducir una figura con cierto parecido al asistente del Derecho catalán con el fin también apoyarle en el proceso de formación de la voluntad, con ello se completaría la adecuación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York por lo que a la testamentifacción activa se refiere.

IV. CONCLUSIONES

Resulta preceptivo compatibilizar el respeto a los derechos fundamentales (dignidad y libre desarrollo de la personalidad) con la necesaria protección que estas personas con discapacidad requieren y merecen. Este reconocimiento ha sido ratificado por la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, Nueva York, 13 de diciembre de 2006.

En el caso del fedatario público, ha de subrayarse que si incluso el juicio clínico de experto en neuropsiquiatría es falible, con razón de más puede errar el Notario en este juicio de capacidad. Con todo, para el Derecho la capacidad se presume, si bien este juicio de capacidad podrá ser destruido mediante prueba en contrario. Es un *plus* sobre la presunción *iuris tantum* de capacidad humana.

Los Derechos territoriales o forales se encuentran en sintonía con la Convención de Nueva York: la capacidad para testar únicamente se denegará en el caso de que en el momento del otorgamiento falte la capacidad natural, inicialmente no niega capacidad a nadie.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2008). *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, 9.^a ed., Edisofer, Madrid.
- ALEGRET BURGÜÉS, M.^a E. (2016). La protección de las personas vulnerables desde el punto de vista judicial (Intervención en la Mesa redonda organizada por la Academia Notarial Europea. Barcelona, 20 de noviembre de 2015), en *La protección de las personas vulnerables*, Pedro Carrión García de Parada (coord.), Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, 45 a 54.
- ARNAU RAVENTÓS, L. (2012). Legitimación del tutor para interponer una acción de divorcio en representación del incapacitado. Sentencia de 21 de septiembre de 2011, CCJC, núm. 89, mayo-agosto, 413 a 436.
- ÁVILA ÁLVAREZ, P. (1973). *Estudios de Derecho notarial*, ed. Montecorvo, Madrid.
- BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, P. (1966). Incapacidad de testar del que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio, RDP, 245 a 265.
- CAFFARENA LAPORTA, J. (2002). La sentencia de incapacitación y la capacidad de testar, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 1, Thomson Civitas, 321 a 345.
- CALCEDO ORDÓÑEZ, A. (2014). La evaluación médico-legal en la impugnación de testamento, *El notario del siglo XXI*, núm. 58, noviembre-diciembre.
- CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P. (2016). Jornada de la CAE celebrada en Barcelona, en la sede del Ilustre Colegio Notarial de Cataluña, el 20 de noviembre de 2015, bajo el título La protección de las personas vulnerables, en *La protección de las personas vulnerables*, Pedro Carrión García de Parada (coord.), Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, 55 a 61.

- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1946). *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Reus.
- DE ALFONSO OLIVÉ, J.M.^a (1973). Apreciación de la capacidad mental del testador: la intervención notarial y facultativa en el testamento abierto, *RJC*, 3, 125 a 162.
- ESPIÑEIRA SOTO, I. (2015). ¿Puede la sentencia de incapacitación privar de la capacidad de testar al incapacitado con una declaración genérica de incapacidad plena?, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 2 (abril-junio), 285 a 287.
- GARCÍA RUBIO, M.^a P. (2014). Relaciones de cuidado y derecho sucesorio: algunos apuntes, en *Estudios de derecho de sucesiones ('Liber amicorum' Teodora F. Torres García)*, Andrés Domínguez Luelmo y María Paz García Rubio (dirs.), Margarita Herrero Oviedo (coord.), La Ley, 479 a 504.
- GIMÉNEZ-ARNAU, E. (1976). *Derecho notarial*, EUNSA, Pamplona.
- GOMÁ LANZÓN, I. (2006). El testamento del anciano, *El notario del siglo XXI*, núm. 8, julio-agosto.
- GÓMEZ GARZAS, J. (2007). El juicio notarial de capacidad: especial referencia al deterioro cognitivo en la demencia tipo Alzheimer y otros trastornos afines, en *La protección de las personas mayores*, Carlos Lasarte (dir.), Tecnos, 216 a 233.
- GÓMEZ LAPLAZA, M.^a C., y DÍAZ ALABART, S. (2014). La capacidad testamentaria de los incapacitados, en *Estudios de derecho de sucesiones ('Liber amicorum' Teodora F. Torres García)*, Andrés Domínguez Luelmo y María Paz García Rubio (dirs.), Margarita Herrero Oviedo (coord.), La Ley, 429 a 446.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (2014). La capacidad para testar: una propuesta de reforma del artículo 665 del Código Civil a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, en *Estudios de derecho de sucesiones ('Liber amicorum' Teodora F. Torres García)*, Andrés Domínguez Luelmo y María Paz García Rubio (dirs.), Margarita Herrero Oviedo (coord.), La Ley, 615 a 634.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (2009). *Elementos de Derecho Civil*, T V. Sucesiones, 4.^a ed. revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2013). *Principios de Derecho civil VII. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, octava edición, Madrid.
- MARIÑO PARDO, F.M. (2017). La intervención de testigos instrumentales en las escrituras públicas, *El notario del siglo XXI*, núm. 73, mayo-junio.
- MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C. (2016). La protección jurídica de las personas en situación de vulnerabilidad psíquica (Intervención en la Mesa redonda organizada por la Academia Notarial Europea. Barcelona, 20 de noviembre de 2015), en *La protección de las personas vulnerables*, Pedro Carrión García de Parada (coord.), Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, 19 a 25.
- MARTÍNEZ ESPÍN, P. (2009). Comentario al artículo 695 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Aranzadi: BIB 2009\7710).
- MAYNAR BARNOLAS, M. (1948). *El testamento es un absurdo*, Reus.
- MORETÓN SANZ, M.^a F. (2006). Apuntes sobre la Constitución europea y el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad, *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 2006, 247 a 272.
- (2010). Discapacidad sensorial y testamento abierto notarial: El testamento de persona ciega como testamento ordinario dotado de mayores garantías. Su conciliación con el principio de presunción de capacidad y el de *favor testamenti*, *RCDI*, 720, 1848 a 1864.

- (2015). Sustitución pupilar y cuasipupilar o ejemplar: el patrimonio del menor de 14 años e incapacitados, *Revista Sobre la Infancia y la Adolescencia*, 84 a 103.
- PEREÑA VICENTE, M. (2016). Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa, *RDP*, núm. 100, núm. 4, julio-agosto 2016, 3 a 40.
- PÉREZ GALLARDO, L.B. (2017). Testamentos ológrafo y cerrado en Braille en el Derecho peruano: luces en el horizonte de las personas con discapacidad visual, *RDP*, núm. 4, julio-agosto 2017, 3 a 29.
- RAMS ALBESA, J. (2011). Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez, *RCDI*, núm. 723, 211 a 296.
- ROCA TRÍAS, E. (1993). Comentario al artículo 665, en *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)*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Tecnos, Madrid, 1993, 947 a 954.
- ROMERO COLOMA, A.M.^a (2012). Intervalos lúcidos y testamento, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 55, parte Tribuna Abierta: BIB 2013\14812.
- TORRES GARCÍA, T.F. y GARCÍA RUBIO, M.^a P. (2014). *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- VARELA AUTRÁN, B. (2009). La tutela ante la Convención, *Escritura Pública*, núm. 60, 68 y 69.
- VERDERA IZQUIERDO, B. (2014). La problemática derivada del otorgamiento de testamento por personas ancianas, *RCDI*, núm. 744, 1635 a 1660.
- VICENTE MARTÍNEZ, M.Á. (1992). Comentarios a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos, *RJCLM*, núm. 15, 59 a 99.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (1989). *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid.

V. RESOLUCIONES CITADAS

- STC, de 9 de octubre de 2002
- STC, de 18 de diciembre de 2000
- STS, de 19 de octubre de 2016
- STS, de 8 de abril de 2016
- STS, de 4 de noviembre de 2015
- STS, de 20 de octubre de 2015
- STS, de 10 de septiembre de 2015
- STS, de 22 de enero de 2015
- STS, de 20 de marzo de 2013
- STS, de 21 de septiembre de 2011
- STS, de 5 de marzo de 2011
- STS, de 11 de diciembre de 2009
- STS, de 21 de noviembre de 2007
- STS, de 4 de octubre de 2007
- STS, de 24 de noviembre de 2004

- STS, de 14 de julio de 2004
- STS, de 16 de septiembre de 1999
- STS, de 19 de septiembre de 1998
- STS, de 12 de mayo de 1998
- STS, de 27 de enero de 1998
- STS, de 26 de abril de 1995
- STS, de 30 de noviembre de 1991
- STS, de 13 de octubre de 1990
- STS, de 20 de febrero de 1975
- STS, de 2 de junio de 1959
- SAP de Castellón (Sección 1.^a), de 19 de junio de 2002
- RDGRN, de 23 de diciembre de 2016

NOTAS

¹ La DF 1.^a de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, establece que el Gobierno remitirá a las Cortes un «Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar; para su adaptación a las previsiones de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada por Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006». Aunque esta terminología ya ha sido adoptada por la Leyes 20/2011 y 15/2015, del Registro Civil y de Jurisdicción Voluntaria, respectivamente. En puridad, la capacidad no se modifica puesto que es la que es en cada caso. El Juez no modifica la capacidad, sino que «debe buscar la “capacidad residual” para preservar ámbitos de autonomía» (vid. PEREÑA VICENTE, Montserrat, Derechos fundamentales y capacidad jurídica. Claves para una propuesta de reforma legislativa, *RDP*, núm. 100, núm. 4, julio-agosto 2016, 7 y sigs.).

² STS de 13 de octubre de 1990, FD 3.º.

³ «El precepto se ha de aplicar no solo a quien por resolución judicial ha sido declarado incapaz (Sentencia de 22 de junio de 1992), sino también a los afectados de una incapacidad de hecho suficientemente demostrada» (STS núm. 848/1998, de 19 de septiembre, FD 1.º).

⁴ Y sigue la resolución citada, «(...) De ahí que la sentencia recurrida base su decisión en la valoración conjunta de la prueba practicada llegando a la conclusión, pese a las dudas razonables que presenta este caso, de que no se ha acreditado de manera inequívoca o indudable la carencia de capacidad mental del testador. Conclusión que infiere no de la existencia de una previa o coetánea declaración de incapacidad judicial del testador, sino, como se ha señalado, de la propia valoración conjunta de la prueba practicada. Por lo demás, y ante la ausencia de una prueba concluyente de la incapacidad del testador, al tiempo de otorgar el testamento, la sentencia de la Audiencia aplica correctamente el principio de *favor testamenti* y su conexión con la presunción de capacidad del testador en orden a la validez y eficacia del testamento otorgado (SSTS de 26 de abril de 2008, núm. 289/2008, de 30 de octubre de 2012, núm. 624/2012, de 15 de enero de 2013, núm. 827/2012, y 19 de mayo de 2015, núm. 225/2015)».

⁵ Comprobación o juicio de capacidad que entraña una considerable dificultad cuando se trata de personas que se encuentran en una situación límite.

⁶ Redactado por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, dando un carácter más imperativo a la labor del Notario —sustituyendo «procurarán» por «deberá»— puesto que la anterior redacción disponía que «también procurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar».

⁷ El artículo 167 RN dispone: «El Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate».

⁸ El Notario emite un juicio, no una declaración de verdad. «El Tribunal Supremo ha declarado que la fe pública ampara la creencia del Notario de que el otorgante es capaz, pero no la realidad de que lo sea» (ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro, *Estudios de Derecho notarial*, ed. Montecorvo, Madrid, 1973, 76). Se trata de una obligación de medios, y «siendo la actividad diligente el único objeto de la obligación de medios, es la culpa, y no el error, lo que genera el incumplimiento. O, si se prefiere, el error, para dar origen a la responsabilidad ha de ser fruto de la culpa, de no haberse adoptado las cautelas exigibles» (YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989, 297).

⁹ El Auto de 18 de febrero de 2015 que declara nula esta Sentencia establece que no resulta afectada la doctrina jurisprudencial contenida en sus Fundamentos de derecho.

¹⁰ *Factum legitime retractari non debet, licet causa postea eveniat, a quo non potuit inchoari* (Lo hecho legítimamente no debe ser anulado, aunque posteriormente se dé una circunstancia bajo la cual aquel hecho no podría haber sido realizado) BONIFACIO VIII, *Liber sextus* 5, 13, 73. D. 50,17,85,1.

¹¹ «La ley permite testar a los mayores de catorce años, por lo que parecería que admite para testar una capacidad diferente de la del hombre maduro. Ello puede ser también un elemento de juicio a la hora de valorar la capacidad de una persona anciana» (GOMÁ LANZÓN, Ignacio, El testamento del anciano, *El notario del siglo XXI*, núm. 8, julio-agosto 2006: 1). La capacidad exigida al testador «es menor a la exigida para otro tipo de actos o negocios jurídicos, ya que en Derecho español se permite testar a los mayores de catorce años» (ALEGRET BURGÜES, María Eugenia, «La protección de las personas vulnerables desde el punto de vista judicial» (Intervención en la Mesa redonda organizada por la Academia Notarial Europea. Barcelona, 20 de noviembre de 2015), en *La protección de las personas vulnerables*, Pedro Carrión García de Parada (coord.), Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, 2016, 51). Sin perjuicio de que la edad de catorce años para testar sea considerada muy discutible puesto que a esa edad es fácil que los niños pueden ser influidos (*vid.* LA-SARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho civil VII. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, octava edición, Madrid, 2013, 44).

¹² DE ALFONSO OLIVÉ, Jesús María, Apreciación de la capacidad mental del testador: la intervención notarial y facultativa en el testamento abierto, *RJC*, 3/1973, 130 y sigs.

¹³ *Vid.* VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, La problemática derivada del otorgamiento de testamento por personas ancianas, *RCDI*, núm. 744, 2014, 1648.

¹⁴ Magistrado ponente: Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

¹⁵ Cabe afirmar que no todas las personas con discapacidad tienen o deben tener su capacidad modificada judicialmente —en la medida en que puedan gobernarse por sí mismos—, del mismo modo que todas las personas cuya capacidad ha sido modificada judicialmente son discapaces. La terminología de la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006 gira en torno a los términos «discapacidad» y «personas con discapacidad», que, en principio, los utilizaremos en relación con las personas sobre cuya situación no ha recaído ninguna resolución judicial (se trata, a lo sumo, de una simple situación administrativa). Como destaca la Profesora MORETÓN SANZ, la discapacidad es un concepto funcional que responde a lo que el sujeto puede llevar a cabo o no, y ello entraña un noción dinámica en continua adaptación a los cambios culturales y técnicos (*vid.* MORETÓN SANZ, María Fernanda, Apuntes sobre la Constitución europea y el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad, *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 2006, 249). Aunque no falta quien, como VARELA AUTRÁN, considera que la «situación jurídica que deriva de una actuación estatal por la que, imperativamente y en el grado que sea, se priva a una persona de esa capacidad jurídica de gobernarse por sí misma... parece resultar inaceptable a la luz de la convención» (VARELA AUTRÁN, Benigno, La tutela ante la Convención, *Escritura Pública*, núm. 60, 2009, 69).

¹⁶ No solo por la disminución de nacimientos sino también por la prolongación de la última etapa de la vida. Ello hace que los mayores cada vez sean más proporcionalmente y en números absolutos. En España a 1 de enero de 2016 había 2.792.614 personas de más de 80 años, habiéndose producido durante 2015 un saldo vegetativo de -2.753 personas (*vid.* <http://www.ine.es/prensa/np980.pdf>).

¹⁷ La STS núm. 781/2004, de 14 de julio, FD 3.º, trata de una persona que presenta «una tetralgia y una imposibilidad para la comunicación verbal; precisando de cuidados

de forma continua, con imposibilidad de autogobierno para su persona», destacando que «que las funciones psíquicas superiores están totalmente conservadas, pero la afasia que presenta le impide expresar su voluntad de forma libre [...] no puede expresarse por medio de la palabra por un problema motriz por la misma causa que no puede llevar a cabo la escritura», por lo cual la «incapacidad lo es por causa del estado físico del recurrente que en el sentir de la Sala «a quo» le impide gobernarse por sí mismo, sin que en ningún momento resulte controvertido que aquel conserva completamente sus capacidades mentales tanto cognitivas como volitivas».

¹⁸ *In eo qui testatur eius temporis, quo testamentum facit, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est* (El testador, en el momento de otorgar testamento, tiene que estar mentalmente sano, pero no se le exige su salud corporal) LABEÓN en D. 28, 1, 2.

¹⁹ «Son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma» (art. 200 del Código Civil).

²⁰ «Desde el punto de vista médico se dice que el autogobierno tiene tres dimensiones o intensidades, la patrimonial (autonomía e independencia en la actividad socioeconómica), la adaptativa e interpersonal (entendiendo por tal la capacidad de afrontar los problemas de la vida diaria en la forma y manera que sería de esperar para su edad y contexto sociocultural) y la personal (en el sentido de desplazarse eficazmente dentro de su entorno, mantener una existencia independiente en relación con las necesidades físicas más inmediatas, incluyendo alimentación, higiene y autocuidado)» (STS núm. 781/2004, de 14 de julio, FD 3.º).

²¹ «Las impugnaciones de testamento constituyen hoy un fenómeno en alza que presumiblemente se incrementará en las próximas generaciones. Dicho fenómeno está ligado principalmente a factores demográficos, médicos, económicos y sociales. Demográficos, a cuenta de los cambios hacia una sociedad envejecida y con mayores expectativas de vida, médicos, por la alta prevalencia de demencia que propicia el envejecimiento, económicos, porque la tenencia de bienes sigue estando, la mayoría de las veces, en las personas mayores, y sociales, motivados por la complejidad creciente de las familias actuales con sus nuevos modelos de convivencia» (CALCEDO ORDÓÑEZ, Alfredo, La evaluación médico-legal en la impugnación de testamento, *El notario del siglo XXI*, núm. 58, noviembre-diciembre 2014, 2).

²² El RD 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, en su Exposición de Motivos afirma que «Las personas con discapacidad conforman un grupo vulnerable y numeroso al que el modo en que se estructura y funciona la sociedad ha mantenido habitualmente en conocidas condiciones de exclusión. Este hecho ha comportado la restricción de sus derechos básicos y libertades condicionando u obstaculizando su desarrollo personal...».

²³ Ya no importa tanto la seguridad del tráfico como la persona en sí.

²⁴ «En el plano de la constitucionalidad que nos corresponde hemos de declarar que el derecho a la personalidad jurídica del ser humano, consagrado en el artículo 6 de la Declaración universal de los derechos humanos de 10 de diciembre de 1948, lleva implícito el reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica de la persona, por lo que toda restricción o limitación de su capacidad de obrar afecta a la dignidad de la persona y a los derechos inviolables que le son inherentes, así como al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE)» [STC núm. 174/2002, de 9 de octubre (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2002) FJ 5.º].

²⁵ «Implicando la incapacitación la decisión judicial de carecer de aptitud una persona para autogobernarse (así, Sentencias de 31 de diciembre de 1991 y 31 de octubre de 1994) respecto a su persona y patrimonio, debe regir el principio de protección del presunto incapaz, como trasunto del principio de la dignidad de la persona, lo que debe inspirar aquella decisión judicial» (STS núm. 738/1999, de 16 de septiembre, FD 2.º).

²⁶ *Vid.* MARTÍNEZ DE AGUIRRE, Carlos, La protección jurídica de las personas en situación de vulnerabilidad psíquica, (Intervención en la Mesa redonda organizada por la Academia Notarial Europea. Barcelona, 20 de noviembre de 2015), en *La protección de las personas vulnerables*, Pedro Carrión García de Parada (coord.), Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, 2016, 19.

²⁷ «La moda de ver a todo el mundo capaz resulta social y jurídicamente tan peligrosa como su contraria de entender que las gentes mayores están de sobra en las actividades económicas, ambas opiniones son infundadas y socialmente muy peligrosas» (RAMS ALBESA, Joaquín, Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez, *RCDI*, núm. 723, enero de 2011, 264, nt. 48).

²⁸ El artículo 211-3 CCCat dispone que: «1. La capacidad de obrar de la persona se fundamenta en su capacidad natural, de acuerdo con lo establecido por el presente código».

²⁹ *Vid.* GARCÍA RUBIO, María Paz, Relaciones de cuidado y derecho sucesorio: algunos apuntes, en *Estudios de derecho de sucesiones ('Liber amicorum' Teodora F. Torres García)*, Andrés Domínguez Luelmo y María Paz García Rubio (dirs.), Margarita Herrero Oviedo (coord.), La Ley, 2014, 481, nt. 2.

³⁰ En el bien entendido de que no se puede equiparar vejez a senilidad ni anciano a incapaz: «es insuficiente para establecer la incapacidad la simple edad senil —que no es lo mismo que la demencia senil—, los padecimientos físicos, la enfermedad neurasténica o las extravagancias, el hecho de recibir tratamiento psiquiátrico por depresión, ansiedad o fobias, si no son estas muy agudas; que sí son motivos en cambio para determinar la incapacidad las psicosis, la esquizofrenia, la demencia senil, la arteriosclerosis aguda o el mal de Alzheimer» (GOMÁ LANZÓN, Ignacio, El testamento del anciano, *cit.*, 1), lo que no quita que las circunstancias que rodean a las personas mayores puedan condicionar la conformación de su voluntad. Aunque hay que dejar sentada una cosa: «los ancianos lúcidos y también los no impedidos, que son los más, pese al pensamiento dominante en la materia, tienen un derecho fundamental, así lo entiendo, a no ser tratados como niños por sus propios hijos o familiares» (RAMS ALBESA, Joaquín, Hombre y persona..., *cit.*, 259).

³¹ «Son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad: 1) la edad senil del testador, «pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano decrepito y achacoso ..., ni el Derecho ni la Medicina consienten que por el solo hecho de llegar la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad se haya de considerar demente, pues la inherencia a esta de un estado de demencia, requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho (Sentencia de 25 noviembre 1928); 2) que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si estos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón (Sentencia de 25 octubre 1928); 3) no obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el Notario y los testigos (Sentencia de 28 de diciembre de 1918)» (STS núm. 54/1998, de 27 de enero, FD 2.º).

³² La STS núm. 848/1998, de 19 de septiembre, FD 3.º, asevera que «el Notario deberá asegurarse de la capacidad [...] y que, necesariamente ha de relacionar con la mayor o menor complejidad del testamento que pretende hacer, a efectos de que este acto jurídico esté asistido de la legalidad correspondiente, que lo instaure como plenamente eficaz y válido».

³³ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, T V. Sucesiones, 4.ª ed. revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, 2009, 161.

³⁴ Ni que decir tiene que el Notario tendrá que llevar a cabo una lectura explicativa, en términos comprensibles, y repetirla cuantas veces sea necesario (*vid.* CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, Pedro, Jornada de la CAE celebrada en Barcelona, en la sede del Ilustre Colegio Notarial de Cataluña, el 20 de noviembre de 2015, bajo el título «La protección de las personas vulnerables», en *La protección de las personas vulnerables*, Pedro Carrión García de Parada (coord.), Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, 2016, 57).

³⁵ «Tal como tenemos una edad mínima a partir de la cual se considera que la persona dispone de plena capacidad de obrar; si no se establece lo contrario, también sería conveniente concretar una edad límite máxima para realizar determinados actos con trascendencia jurídica, como podría ser un testamento, edad a partir de la cual (por ejemplo, en torno a los ochenta y cinco o noventa años) se requiriese un determinado examen neurológico» (VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, La problemática derivada..., *cit.*, 1637). O, como propone GÓMEZ GARZÁS, un «protocolo de actuación en el ámbito notarial ante situaciones previ-

sibles —como es el deterioro cognitivo de los enfermos de Alzheimer— que garantizase la no instrumentalización de las personas mayores en el tráfico jurídico» (GÓMEZ GARZÁS, Jesús, El juicio notarial de capacidad: especial referencia al deterioro cognitivo en la demencia tipo Alzheimer y otros trastornos afines, en *La protección de las personas mayores*, Carlos Lasarte (dir.), Tecnos, 2007, 221).

³⁶ *Furiosus tempore intermissi furoris testamentum facere potest* (El loco puede hacer testamento cuando su locura se interrumpe por un periodo de tiempo) I. 2,12,1.

³⁷ Nueva redacción dada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos.

³⁸ Nótese que la anterior redacción hacía referencia únicamente al «demente» lo que hacía que solo tuvieran cabida en el supuesto de hecho las enfermedades mentales. Ahora el supuesto se refiere al «incapacitado».

³⁹ Entendemos que en cualquier caso en que el Notario albergue dudas acerca de la capacidad del testador deberá acudir al reconocimiento del mismo por los facultativos a fin de eludir las responsabilidades previstas en el artículo 705 del Código Civil. Aunque no se menciona la especialidad de los facultativos, lo lógico es que se trate médicos especializados en psiquiatría. ¿Cabe que en vez de dos facultativos sean tres a fin de dirimir una falta de acuerdo? Por lo que se refiere a las incapacidades de los facultativos cabe la aplicación analógica del artículo 681 del Código Civil que contempla las incapacidades para ser testigo en testamento (vid. ROMERO COLOMA, Aurelia María, Intervalos lúcidos y testamento, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 55/2012, parte Tribuna Abierta: BIB 2013\14812: 3 y sigs.).

⁴⁰ La necesidad de una prueba cumplida y convincente (STS de 26 de abril de 1995), inequívoca y concluyente (SSTS de 20 de noviembre de 1975 y 27 de noviembre de 1995) para destruir la presunción de capacidad [vid. SAP de Castellón (Sección 1.ª) núm. 209/2002, de 19 de junio, FD 2.º] fue llevada al extremo por la STS de 20 de febrero de 1975 (ROJ 77/1975) considerando quinto, cuando dice que «la casi seguridad que los médicos aseveran en el concreto caso de autos, no tiene, a juicio de la Sala, la fuerza inequívoca exigida por la doctrina legal, si no se complementa con el resultado de otras pruebas que la corroboren y reafirmen».

⁴¹ Vid. STS de 2 de junio de 1959, Considerando único. Aunque BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS considera que sería más acorde con este procedimiento para garantizar la lucidez del testador que la presunción fuera *iuris et de iure* (vid. BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, Pablo, Incapacidad de testar del que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio, *RDP*, 1966, 254).

⁴² El intervalo lúcido es una situación transitoria que no debe ser confundida con la curación de la enfermedad mental que la persona padezca. Según BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS es «aquel estado en el cual un enfermo mental recobra, transitoria y plenamente, sus facultades mentales, bien sea por una remisión natural en la evolución de su enfermedad, bien sea por el empleo de un tratamiento médico adecuado» (Ibídem, 253).

⁴³ ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho Civil, V, Derecho de Sucesiones*, 9.ª ed., Edisofer, Madrid, 2008, 221, nt. 4.

⁴⁴ Vid. GÓMEZ LAPLAZA, M.ª Carmen y DÍAZ ALABART, Silvia, La capacidad testamentaria de los incapacitados, en *Estudios de derecho de sucesiones ('Liber amicorum' Teodora F. Torres García)*, Andrés Domínguez Luelmo y María Paz García Rubio (dirs.), Margarita Herrero Oviedo (coord.), La Ley, 2014, 437.

⁴⁵ Vid. GÓMEZ LAPLAZA, M.ª Carmen y DÍAZ ALABART, Silvia, ibídem, 442 y sigs.

⁴⁶ GÓMEZ LAPLAZA, M.ª Carmen y DÍAZ ALABART, Silvia, ibídem, 444.

⁴⁷ ROCA TRÍAS entiende que si la Sentencia niega expresamente la capacidad de testar «no será posible que el incapacitado utilice el sistema previsto en el artículo 665 del Código Civil y que, o bien será posible recurrir al sistema de la sustitución ejemplar, o bien el incapacitado deberá necesariamente regir su sucesión por las reglas de la intestada, o bien, finalmente, seguirá en vigor, sin posibilidad de revocación, el testamento otorgado antes de la incapacitación» (ROCA TRÍAS, Encarna, Comentario al artículo 665, en *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)*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Tecnos, Madrid, 1993, 950).

⁴⁸ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, La capacidad para testar: una propuesta de reforma del artículo 665 del Código Civil a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, en *Estudios de derecho de sucesiones* ('*Liber amicorum*' Teodora F. Torres García), Andrés Domínguez Luelmo y María Paz García Rubio (dirs.), Margarita Herrero Oviedo (coord.), La Ley, 2014, 627; vid. TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, 67.

⁴⁹ «Creemos, incluso, que privar de este posible ejercicio del derecho de testar al demente en uno de sus posibles intervalos lúcidos, atentaría y vulneraría sus derechos constitucionales reconocidos por el artículo 14 de la Constitución, en cuanto de discriminatorio pueda considerarse para el mismo; y admitir la posibilidad de la testamentifacción del loco o demente en un intervalo lúcido, con carácter general, al inhibirse el Juez de pronunciarse sobre la misma, en nada perjudicaría los derechos de posibles terceros, porque, en principio, existe el informe preceptivo de los dos facultativos» (VICENTE MARTÍNEZ, Miguel Ángel, Comentarios a la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos, *RJCLM*, núm. 15, agosto 1992, 79).

⁵⁰ CAFFARENA LAPORTA, Jorge, La sentencia de incapacitación y la capacidad de testar, en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*, vol. 1, Thomson Civitas, 2002, 336 y sigs.

⁵¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, La capacidad para testar..., *cit.*, 628. Conviene recordar que el artículo 167 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944 dice que «el Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate».

⁵² Vid. GÓMEZ LAPLAZA, M.^a Carmen y DÍAZ ALABART, Silvia, La capacidad testamentaria de los incapacitados, *cit.*, 438 y sigs.

⁵³ ESPIÑEIRA SOTO, Inmaculada, ¿Puede la sentencia de incapacitación privar de la capacidad de testar al incapacitado con una declaración genérica de incapacidad plena?, *Revista de Derecho Civil*, vol. II, núm. 2 (abril-junio 2015), 287.

⁵⁴ El Notario Ignacio GOMÁ refiere un test proporcionado por un facultativo en un testamento por él autorizado y que por su brevedad puede ser utilizado en supuestos dudosos, se trata del «test denominado Short Portable Mental Status Questionnaire (SPSMQ)», diseñado por PFEIFFER en 1975 y tuvo la amabilidad de proporcionármelo. He aquí las preguntas que componen este test:

1. ¿Qué día es hoy? (día, mes y año).
2. ¿Qué día de la semana es hoy?
3. ¿Cómo se llama este lugar o edificio (¿en qué sitio estamos?)
4. ¿Cuál es su número de teléfono? O ¿cuál es su dirección? (Si no tiene teléfono).
5. ¿Cuántos años tiene?
6. ¿En qué fecha nació usted? (día, mes y año).
7. ¿Quién es el presidente del gobierno?
8. ¿Quién fue el presidente anterior?
9. ¿Cómo se llama su madre?
10. Contar de 20 hacia abajo restando de 3 en 3 (total seis contestaciones seis y la última es «2»).

Es necesario hacer las preguntas en el orden señalado y recoger todas las respuestas. Las respuestas solo pueden ser correctas o incorrectas. En aquellas con varios datos, todos deben ser correctos para considerar correcta la respuesta.

La interpretación es la siguiente: 0-2 errores: NORMAL; 3-4 errores: DETERIORO INTELECTUAL LEVE; 5-7 errores: DETERIORO MODERADO; 8-10 errores: DETERIORO GRAVE. Para las personas con un nivel de graduado escolar o inferior, se puede permitir un error más y si tiene nivel educativo superior, un error menos. Parece que, a los efectos de capacidad testamentaria, podría ser admisible un deterioro leve» (GOMÁ LANZÓN, Ignacio, El testamento del anciano, *cit.*, 2).

⁵⁵ Vid. GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, La capacidad para testar..., *cit.*, 632.

⁵⁶ Nuestro Código Civil es uno de los que fija una edad menor; así el Código Civil francés (art. 903) y el § 2229 BGB exigen tener 16 años (para el ológrafo el § 2247 BGB exige la mayoría de edad); el Código Civil portugués (art. 2189) exige la emancipación, que no podrá ser antes de los 16 años; el Código Civil italiano (art. 591) exige la mayoría de edad. No se pone el límite de una edad máxima.

⁵⁷ Esto nos permite afirmar que la redacción originaria del artículo 665 del Código Civil era la adecuada.

⁵⁸ Así, la STS 848/1998, de 19 de septiembre, FD 3.º, dice que «ha de tenerse en cuenta que en materia de testamentos, especialmente la actividad del Notario no limita su función a la redacción de la última voluntad del testador; sino que el deber profesional y más aun el respeto y acomodo a la legalidad, le impone los asesoramientos precisos, que se han de desarrollar siempre dentro del ámbito de la libertad decisoria del testador; porque la voluntad inicial de este puede resultar errónea, incompleta o equivocada, contraria a la ley, con lo que la función notarial cumple sentido encauzando estas situaciones, pero nunca cabe suplirla y menos sustituirla, por ser actividades distintas de las de asesorar o más bien poner el camino de ajuste a la ley, lo que resulta efectivo ante la redacción de disposiciones testamentarias que presentan complejidad». La intervención notarial dota al testamento de una serie de garantías, propias del notariado latino —y que no ofrece el notariado sajón—, como así resulta del artículo 2 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944 que considera a los Notarios profesionales del Derecho y funcionarios públicos: «como profesionales del Derecho los Notarios tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejar los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar; como funcionarios públicos ejercen la fe pública notarial que tiene y ampara un doble contenido: a) en la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos; b) en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes».

⁵⁹ El prestigio del Notariado español —y por extensión de todo el Notariado latino— queda patente en estas palabras del Maestro CASTÁN: «el Notario moderno es el heredero más directo del jurista romano» (CASTÁN TOBENAS, José, *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Reus, 1946, 143). Mucho antes el mismo CASTÁN, en la STS de 29 de diciembre de 1927 (*Boletín Jurídico-Administrativo* (Alcubilla), Anuario de 1929, 842 a 844) —de la cual fue ponente—, en su considerando tercero, ya había dicho que «el Notario no solo es el fedatario para que creamos lo que no vimos, sino que es el Profesor de jurisprudencia de las clases humildes, proletarias, y el Consejo prudente de los individuos y de las familias». También quien fuera decano del Colegio de Abogados de Zaragoza, MAYNAR BARNOLAS: «los Notarios actuales tampoco son lo que fueron antes; de leguleyos se hicieron jurisperitos y trocaron su egoísmo por el dinero —que ya no necesitan, porque se sienten bien retribuidos— en noble orgullo por su reputación, como sustituyeron la pluma de ave por la stilográfica» (MAYNAR BARNOLAS, Manuel, *El testamento es un absurdo*, Reus, 1948, 102). Y resaltando su papel en lo que hoy se denomina seguridad jurídica preventiva, Joaquín COSTA ya dijo que a notaría abierta, juzgado cerrado (*vid.* GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique, *Derecho notarial*, EUNSA, Pamplona, 1976, 67).

⁶⁰ El artículo 17 bis a) de la Ley Orgánica del Notariado, de 28 de mayo de 1862, dispone que «el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes», texto que reproduce el artículo 145.1 RN.

⁶¹ En los sistemas anglosajones se ha llegado a proponer la importación de la figura del Notariado latino para así garantizar mejor el respeto a la voluntad del testador (*vid.* TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar...*, *cit.*, 88 y sigs.).

⁶² Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'Callaghan Muñoz.

⁶³ Citada por GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, La capacidad para testar..., *cit.*, 630 y sigs.

⁶⁴ El testamento del ciego siempre debe ser abierto puesto que no puede firmar un documento que no ve.

⁶⁵ *Vid.*, MORETÓN SANZ Discapacidad sensorial y testamento abierto notarial: El testamento de persona ciega como testamento ordinario dotado de mayores garantías. Su conciliación con el principio de presunción de capacidad y el de *favor testamenti*, *RCDI*, 720.

⁶⁶ «El Notario es el único destinatario de esta declaración de voluntad. No se requiere simultaneidad ni formalidad, sino que basta la comunicación de la voluntad del testador al Notario, en uno o varios actos, conjuntos o separados, simultáneos o sucesivos», aunque, como veremos, «el testador puede expresar su voluntad por medio de persona interpuesta; en este caso, deberá el Notario cerciorarse de que la redacción dada al testamento corresponde a la voluntad del testador, lo que se conseguirá con la ratificación por el testador del texto redactado» (MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, Comentario al artículo 695 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Aranzadi, 2009: BIB 2009\7710).

⁶⁷ *Vid.* TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar...*, *cit.*, 72, nt. 103.

⁶⁸ *Vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., Testamentos ológrafo y cerrado en Braille en el Derecho peruano: luces en el horizonte de las personas con discapacidad visual, *RDP*, núm. 4, julio-agosto 2017, 29 y sigs.

⁶⁹ Magistrado ponente: Excmo. Sr. Jaime Santos Briz.

⁷⁰ Magistrado ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta.

⁷¹ Una sentencia del Tribunal Constitucional Alemán de 1999 (*BVerfG* NJW, 1999, 1853) declaró inconstitucional no establecer medidas que hagan posible que las personas que no pueden hablar ni escribir otorguen testamento. Esta sentencia dio lugar a la modificación de los §§ 2232 y 2233 BGB de modo que según el nuevo texto —en vigor desde agosto de 2002— el testador que no es capaz de hablar pueda manifestar su voluntad al Notario por cualquier medio, incluida la intervención de una tercera persona, siempre que quede claro que el testamento expresa la verdadera voluntad del testador (*vid.* TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar...*, *cit.*, 78, nt. 111).

⁷² La STS núm. 781/2004, de 14 de julio, FD 3.º, en un supuesto en el que no se trata directamente de la testamentifacción, nos refiere el caso de un tetrapléjico total que puede mover ligeramente la cabeza y los ojos, es decir, dispone de un medio de comunicación precario, pero dispone. Dice así: «Mostrándole la cuartilla plastificada al Sr. Mauricio, la enfermera dice a Don Mauricio si quiere decir algo, y puntea cada una de las letras lentamente con un bolígrafo eligiendo Don Mauricio la letra elegida haciendo un movimiento afirmativo moviendo ligeramente la cabeza y los ojos de arriba a abajo; a continuación la enfermera apunta en una libreta cual es la letra elegida, y vuelve a puntear las letras hasta que Don Mauricio elige la siguiente, vuelve a apuntar y así sucesivamente hasta que se completa lo que el Sr. Mauricio quiere decir; en este caso la frase formada es «hoy es jueves»». Pues bien, entendemos que esta persona podría testar.

⁷³ Según el artículo 697 del Código Civil, será necesaria la intervención testifical, además de si lo reclaman el Notario o el otorgante, cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar, y cuando, aunque puede firmarlo, sea ciego y declare que no puede o no sabe leer. Aunque como acertadamente señala MARÍÑO PARDO, «los testigos no controlan aspecto alguno de la legalidad del acto, ni deben apreciar la capacidad del otorgante o testador, ni añaden nada al valor probatorio de la fe pública notarial, funciones todas ellas reservadas en exclusiva al notario, como funcionario público que autoriza el acto conforme a las leyes [...] La intervención testifical en los documentos notariales, aun en los supuestos residuales en que está prevista en la actualidad [...] supone una falta de apreciación de la fe pública notarial [...], no aporta ninguna ventaja efectiva a los otorgantes, causándoles reales inconvenientes». Entre estos inconvenientes: la molestia que supone encontrar los testigos, la publicidad que se da a un acto reservado, la imposibilidad de otorgamiento cuando en casos de urgencia no sea posible obtener a tiempo la intervención de los mismos, etc. (MARÍÑO PARDO, Francisco Manuel, La intervención de testigos instrumentales en las escrituras públicas, *El notario del siglo XXI*, núm. 73, mayo-junio de 2017). En resumidas cuentas: la exigencia de testigos instrumentales, aun en los escasos supuestos en los que procede, es un obstáculo a la libertad para testar.

⁷⁴ Magistrada ponente: Excm. Sra. Encarnación ROCA TRÍAS.

⁷⁵ Vid. MORETÓN SANZ, María Fernanda, El testamento de la persona con discapacidad visual.

⁷⁶ Vid. MORETÓN SANZ, María Fernanda, *ibídem*.

⁷⁷ Magistrado ponente: Excmo. Sr. Francisco Javier ORDUÑA MORENO. La Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria, en su DF 1.ª modificó el artículo 56 del Código Civil (en vigor a partir 30 de junio de 2017) extendiendo la exigencia del dictamen médico sobre su aptitud para prestar consentimiento para contraer matrimonio cuando «alguno de los contrayentes estuviere afectado por «deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales», mientras la redacción anterior se limitaba a las «deficiencias o anomalías psíquicas». La DGRN en su Resolución-Circular de 23 de diciembre de 2016 aclaró dicho precepto diciendo que «debe interpretarse siempre de manera estricta y en relación a supuestos excepcionales en los que la discapacidad afecte de forma evidente e impeditiva, aún proporcionando los apoyos precisos, a la capacidad para prestar el consentimiento, y lógicamente no a aquellos supuestos en que la discapacidad afecte tan solo a los medios, canales o soportes de emisión de ese consentimiento o nada tenga que ver ni guarde relación con la aptitud para prestarlo». Pues bien, la Ley 4/2017, de 28 de junio, modifica el apartado Nueve de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, por la que se modificó el artículo 56 del Código Civil, dando una nueva redacción al citado precepto, que entrará en vigor el 30 de junio de 2018 y que queda así: «Quienes deseen contraer matrimonio acreditarán previamente en acta o expediente tramitado conforme a la legislación del Registro Civil, que reúnen los requisitos de capacidad o la inexistencia de impedimentos o su dispensa, de acuerdo con lo previsto en este Código. El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento».

⁷⁹ Magistrada ponente: Excmo. Sra. Dña. Encarnación ROCA TRÍAS.

⁸⁰ Vid. ARNAU RAVENTÓS, Lidia, Legitimación del tutor para interponer una acción de divorcio en representación del incapacitado. Sentencia de 21 de septiembre de 2011, *CCJC*, núm. 89, mayo-agosto de 2012, 413 y sigs.

⁸¹ Esta incomprensible referencia a la intervención del curador completando la capacidad en los actos de disposición *mortis causa* ya apareció en la STS núm. 557/2015, de 20 de octubre, Fallo 2.