

El testador anciano y los problemas de la testamentifacción activa

por

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Abogada

Doctora en Derecho

SUMARIO

INTRODUCCIÓN AL TEMA.

CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR.

LAS PERSONAS ANCIANAS: REFERENCIA A LA CAPACIDAD DE TESTAR.

REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA.

INTRODUCCIÓN AL TEMA

La problemática que plantea la capacidad de testar es, quizá, uno de los temas más interesantes y polémicos que, en la actualidad, merced a los nuevos avances de la Ciencia Psiquiátrica, ofrece el Derecho de Sucesiones.

El Título III de nuestro Código Civil, y, en concreto, el Capítulo Primero, Sección Primera, de dicho Título («Modos de adquirir la propiedad»), lleva por rúbrica «De la capacidad para disponer por testamento». El artículo 662, que abre esta Sección, establece que «pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente». Este precepto que, lógicamente, ha de ser analizado en profundidad, va a servir de base para el estudio y análisis de la problemática que presenta el testador anciano, su capacidad tanto desde el punto de vista estrictamente civil, cuanto desde el marco de la Ciencia Médica y, más concretamente, Psiquiátrica, tema que paso a analizar a continuación.

CAPACIDAD JURÍDICA Y CAPACIDAD DE OBRAR

Nuestro Código Civil no define el concepto de capacidad. Quizá, la razón estribé en que un *corpus* legal no tiene por qué hacer definiciones que, más tarde, han de ser elaboradas y reelaboradas por la doctrina y por la Jurisprudencia.

Sin embargo, el Código Civil emplea, con frecuencia, los conceptos de «capaz», «incapaz», «capacidad» e «incapacidad». Es curioso comprobar cómo utiliza estos conceptos, pero no lo hace siempre con el mismo significado.

Lo primero que hay que diferenciar, en un primer avance, es el concepto de «capacidad jurídica», del de «capacidad de obrar».

La capacidad jurídica supone la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones. Cualquier persona, por el hecho de serlo, posee capacidad jurídica, en tanto que posibilidad, abstracta, de ser titular de derechos y obligaciones, tal como pusieron de relieve los prestigiosos juristas Luis DÍEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN (1).

José M. LETE DEL RÍO afirmaba que la capacidad jurídica no es una concesión caprichosa de la Ley a una persona determinada y que, arbitrariamente, pueda negar a otra u otras, sino que es un derecho que corresponde y se le reconoce a toda persona desde su nacimiento. De ahí que el artículo 29 del Código Civil diga que «el nacimiento determina la personalidad». En consecuencia, es una igual posibilidad general de ser titular de relaciones jurídicas (2). Este último jurista se refiere, también, a una titularidad actual, o potencial, de relaciones jurídicas. Es decir; la persona física, desde el momento mismo de su nacimiento, adquiere derechos y puede encontrarse sujeto a deberes. Observa, sin embargo, agudamente, que la titularidad de un derecho lleva ineludiblemente aparejada la aptitud para tenerlo, pero, en cambio, la aptitud no supone tenencia efectiva de derechos patrimoniales, sino tan sólo posibilidad, porque una persona tiene siempre los derechos inherentes a su condición de tal, pero puede carecer de bienes y ello no obsta a su condición de persona, ni tampoco a su capacidad jurídica.

En consecuencia, la capacidad jurídica es una y la misma para todas y cada una de las personas, porque la capacidad jurídica no implica ninguna actividad o comportamiento y, por ello, no requiere en la persona ninguna otra cualidad, idea a la que, efectivamente, responde el artículo 14 de nuestra Constitución, al establecer que: «los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social».

(1) DÍEZ-PICAZO, Luis, y Antonio GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, vol. I, Madrid, 1992.

(2) LETE DEL RÍO, J. M., *Derecho de la persona*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986.

Sin embargo, ya LACRUZ BERDEJO matizaba diciendo que la homogeneidad del concepto de capacidad jurídica no significa que todas las personas tengan *in actu*, y en cada momento, las mismas oportunidades y posibilidades en el campo del Derecho y sí, en cambio, que a cada persona se le brinda, en el momento de nacer, un elenco exactamente igual de posibilidades abstractas de actuar, cuyo ejercicio será accesible a todas, siempre que se cumplan unas mismas condiciones (3).

La doctrina ha distinguido claramente entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. La capacidad jurídica es la posibilidad abstracta de ser titular de derechos y obligaciones. La capacidad de obrar es la capacidad ya en concreto y referida a una determinada actuación o actividad. Puede ser plena, total, o encontrarse limitada, restringida, si la persona no puede realizar por sí misma, con plena eficacia, actos jurídicos, o alguno o algunos de ellos.

Para GORDILLO CAÑAS (4), la capacidad de obrar es contingente, porque se puede tener o carecer de ella. La expresión «carecer de ella» es bastante radical y, quizás, no da idea de lo que, en realidad, se quiere decir. Pensemos que, al fin y al cabo, toda persona, aún la incapacitada, goza de una esfera de actuación en la que, en principio, va a tener la posibilidad de actuar por sí misma. Así, en sede de derechos de la personalidad, derechos fundamentales como el honor, la intimidad, la imagen, la voz, etc.

La expresión correcta, a mi juicio, es afirmar que una persona ha visto, en mayor o menor grado, restringida su capacidad.

La capacidad de obrar se presume plena, de acuerdo con el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad, ex artículo 10 de la Carta Magna. Por tanto, las limitaciones deben ser expresamente establecidas y su interpretación, en casos dudosos, ha de ser restrictiva.

En consecuencia, regla general es la capacidad de obrar, y la incapacidad es la excepción, como acertadamente ha expresado GARCÍA RIPOLL (5). La capacidad de las personas se va siempre a presumir mientras no sea destruida por una prueba concluyente en contrario y a través de los medios procesales legalmente establecidos y con respeto escrupuloso de las garantías constitucionales, tal como declararon las sentencias del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1986 y 28 de junio de 1990.

Para el ejercicio de los derechos, se estima necesario que la persona tenga inteligencia y voluntad —aspectos intelectivo y volitivo—, siendo precisa una voluntad plenamente desarrollada y consciente. Ello es así, porque, al igual que el presupuesto de hecho de la capacidad jurídica es la existencia de la

(3) LACRUZ BERDEJO, José Luis, y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, Tomo I, Barcelona, 1983.

(4) GORDILLO CAÑAS, Antonio, *Capacidad, incapacidad y estabilidad de los contratos*, Madrid, 1986.

(5) GARCÍA RIPOLL, *La incapacitación y figuras afines*, Madrid, 1992.

persona, el requisito de la capacidad de obrar, o de ejercicio, es la inteligencia y la voluntad, o sea, la capacidad natural de entender y querer.

Lógicamente, como sabemos, el presupuesto de hecho —inteligencia y voluntad— no existe ni se da por igual en todas las personas, ni tampoco con la misma intensidad, por lo que surge la distinción entre personas capaces e incapaces, según la aptitud, o la falta, o ausencia, de ella, para actuar eficazmente en el orden del Derecho.

La validez de los actos de una persona —de cara al Ordenamiento Jurídico— debe depender de la particular constatación de su capacidad natural para poder realizarlos. Pero, lógicamente, sería imposible determinar, caso por caso, la capacidad natural, o grado de madurez, de cada persona, influyendo en el desarrollo de la personalidad muchos factores, por lo que es práctica común en los Ordenamientos Jurídicos conectar el reconocimiento de la capacidad de obrar a ciertos hechos o datos objetivos, uniformes y generales para todas las personas, como lo son el haber alcanzado determinada edad, no padecer determinadas enfermedades físicas o psíquicas, o defectos u otras causas que la propia Ley se encarga de delimitar. Razones de seguridad y certeza obligan al legislador a determinar esos datos objetivos y formales, a los efectos de establecer la presunción de capacidad de obrar de la persona.

Nuestro Código Civil ha establecido la mayoría de edad en los dieciocho años. Es esta edad la que hay que alcanzar para que la Ley estime que se goza de capacidad natural, que habilita a la persona para regirse y para administrar y disponer de su patrimonio, ex artículos 315 y 322 del citado *corpus* legal. Se hace coincidir la capacidad natural con la capacidad de obrar.

La capacidad de obrar limitada puede poseerse antes de alcanzar la mayoría de edad mencionada, estableciéndose, a estos efectos, la institución de la emancipación o anticipación de la mayoría de edad. Por su parte, las restricciones de la capacidad de obrar son las que dan lugar al sometimiento a patria potestad, tutela o curatela.

Para llevar a cabo válidamente un acto, la persona necesita de capacidad de obrar, o aptitud conferida por el Ordenamiento Jurídico para realizarlo. Pero necesita, asimismo, capacidad natural. Ya ALBALADEJO, con agudeza (6), afirmaba que una cosa es la verdadera capacidad de obrar, y otra, distinta, las condiciones psíquicas adecuadas, es decir, la denominada capacidad natural para obrar válidamente, lo cual me lleva, a continuación, a tratar el tema objeto de mi estudio: ¿tienen capacidad de obrar los ancianos y, en concreto, la poseen para hacer testamento? Ésta es la cuestión que abordo seguidamente.

(6) ALBALADEJO, Manuel, «Comentario a los artículos 662 a 666 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (dirección de ALBALADEJO), Tomo IX, vol. 1.º, Madrid, 1993.

LAS PERSONAS ANCIANAS: REFERENCIA A LA CAPACIDAD DE TESTAR

Todos sabemos que hay determinados actos, en el marco del Derecho, que son esencialmente personalísimos y que, además, revisten una singular trascendencia. Estoy refiriéndome, en concreto, al testamento, acto por el cual la persona dispone de sus bienes para después de su fallecimiento. Acto que, sin duda, no admite representación, que ha de ser otorgado por el testador en la plenitud de sus facultades mentales.

El problema se presenta, con frecuencia, cuando se duda de la capacidad del testador, porque éste, aun sin estar incapacitado judicialmente, al ser anciano, no se sabe si se encuentra en esa plenitud de facultades intelectivas y volitivas precisas y establecidas por el Código Civil para realizar, con eficacia jurídica, un testamento.

El artículo 200 del Código Civil establece que son causas de incapacitación: «las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma».

Como vemos, la Reforma del Código Civil efectuada en el año 1983 optó por no tipificar las causas, adoptando un criterio de gran amplitud frente al derogado artículo 32, que enumeraba, como tales, la demencia o imbecilidad, la sordomudez, la prodigalidad y la interdicción civil. Esta enumeración implicaba un *numerus clausus* y dejaba fuera, en consecuencia, enfermedades o deficiencias poco frecuentes o desconocidas en esa época, así como las que fueran apareciendo en la evolución de la Medicina Psiquiátrica. Esto, naturalmente, no era de recibo, y se vio la necesidad, inaplazable, de modificar el precepto.

El vigente artículo 200 del Código Civil exige únicamente la existencia de enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico, requiriéndose, necesariamente, que las mismas sean persistentes e impidan a la persona gobernarse por sí misma. Por lo tanto, hay que deducir de este precepto civil que la enfermedad —o deficiencia, en su caso— debe producir la anulación de la capacidad de entender y querer de la persona que la padece.

Como ha expresado ROCA GUILLAMÓN (7), el autogobierno supone una actitud reflexiva sobre la propia actuación, tanto en el plano personal como en el ámbito patrimonial. El procedimiento de incapacitación va a girar en torno a la valoración judicial de las repercusiones de la enfermedad o deficiencia persistente sobre esa capacidad de reflexión. Como puntos fundamentales a determinar por el Juez en estos procesos tenemos los siguientes: la incidencia efectiva de la enfermedad o deficiencia en la conducta y que esa incidencia sea de tal entidad que impida a la persona afectada tener un com-

(7) ROCA GUILLAMÓN, *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Madrid, 1993.

portamiento normal en relación con su persona, con sus bienes, o con ambas cosas.

La norma del artículo 200 del Código Civil vigente evita algunos problemas, como, por ejemplo, la dificultad de encajar en los estrechos límites de los términos «locura» o «demencia» determinadas deficiencias o patologías psíquicas.

Con la fórmula actual, hay posibilidad de graduación por el órgano judicial de la incapacidad —este dato es muy importante para el tema que voy a analizar—. Sin embargo, tiene algunos inconvenientes, como lo es la inseguridad jurídica que conlleva una norma tan abierta, pues no se enumera enfermedad o deficiencia alguna, tal como ha puesto de relieve DÍEZ-PICAZO (8).

El requisito de la persistencia de la enfermedad, o deficiencia, no implica que ésta sea irreversible, sino que, razonablemente, con los medios y conocimientos actuales, cabe prever que no mejore, al menos a medio plazo, con lo que la exigencia legal, a juicio de RIVERO HERNÁNDEZ (9), parece relativizarse.

El requisito de la persistencia hace referencia, en realidad, a que la enfermedad, o deficiencia, debe entenderse referida al tiempo en que la misma se viene sufriendo, pero no sólo a ello, sino a la previsible persistencia de cara al futuro. Tengamos en cuenta que una esquizofrenia, por ejemplo, suele abarcar fases cíclicas, con estados de mejoría y retroceso o empeoramiento de la enfermedad. Es evidente que la esquizofrenia cumple con todos los requisitos para ser considerada como enfermedad persistente.

En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 de febrero de 1986, determinó que «la incapacidad no deriva de una consideración estrechamente médico-psiquiátrica, sino de los requisitos exigidos en el artículo 200 del Código Civil, sin que, para la apreciación de la causa de incapacitación, sea obstáculo el que, desde el momento de su dicho carácter crónico y el no constar precisión de cuándo la afectada por la referida enfermedad entra en las referidas fases cíclicas o críticas, evidentemente significa, a efectos jurídicos, persistencia».

Llegados a este punto, parece ya oportuno aludir al tema objeto de estudio en este trabajo de investigación y que no es otro que la capacidad de testar de la persona anciana. Si ésta no está incapacitada judicialmente, hay que plantear si, efectivamente, goza de capacidad para hacer testamento, un acto jurídico tan importante.

Hay que tener en cuenta que, así como el menor de edad, por muy maduro que sea psicológicamente, no tiene plena capacidad de obrar por la Ley, y precisa del consentimiento de sus progenitores o tutores, para la adopción de

(8) DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.* en nota 1.

(9) RIVERO HERNÁNDEZ, *La capacidad de obrar y la incapacitación judicial*, Centro de Estudios Judiciales Psiquiátrico-Forenses, Madrid, 1994.

decisiones de gran envergadura sobre su propio patrimonio, cuando una persona —en el sentido absolutamente opuesto— llega a la mayoría de edad, tiene plena capacidad mientras no se establezca lo contrario en un proceso judicial de incapacidad. El concepto de «incapacitado», por tanto, cobra una especial relevancia a efectos jurídicos y se ha ampliado, además, en los últimos años, hasta que se ha llegado a la redacción actual del artículo 200 de nuestro Código Civil: pueden ser incapacitadas aquellas personas que sufran enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que la impidan gobernarse por sí misma, tanto de cara al futuro como en el presente.

Eduardo CORRAL GARCÍA afirmaba que del término «locura» —trasnochado, como ya ha quedado anteriormente expresado, y obsoleto incluso de cara a la Ciencia Médica Psiquiátrica— se ha evolucionado al concepto de «enfermedad mental», que también acoge, por supuesto, a las personas alcoholizadas y drogodependientes, en cuanto que éstas, inevitablemente, van a ver alteradas sus capacidades cognoscitiva y volitiva (10).

El último escalón de esta evolución legislativa viene dado, a mi juicio, por el término «demencia senil». Fue la sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de mayo de 1998, la primera resolución judicial que estableció que una demencia senil era causa de incapacidad, en este sentido: «el Médico Forense informa que padece una enfermedad de carácter psíquico que le impide gobernarse por sí misma: en concreto, es una demencia incluida en la F00 10, y que ese trastorno mental es persistente y debido al mismo se halla impedida para regir su persona y administrar sus bienes, en cuanto que provoca un deterioro cognoscitivo del 40 por 100, afectación prevalente del hemisferio izquierdo y patrón hemodinámica de insuficiencia cerebrovascular crónico, lo que la incapacita de forma permanente para el normal ejercicio de sus responsabilidades cotidianas y legales (...), ésta padece la enfermedad de Alzheimer de carecer evolutivo y progresivo, que se encuentra en fase avanzada...».

Al encontrarse la enfermedad en fase ya avanzada, se estableció que la medida de protección adecuada era la institución de la tutela. Sabemos que otros fallos judiciales declaran la incapacidad parcial, lo cual, en ocasiones, puede conllevar problemas en la práctica.

El artículo 663.2 de nuestro Código Civil señala que está incapacitado para testar «el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio».

El precepto deja la puerta abierta a una serie de interrogantes, especialmente si atendemos a la capacidad de testar del testador anciano, extremo este que va a ser analizado en profundidad. ¿Se presume la capacidad de la persona anciana para testar o, al contrario, hay que demostrar que esa persona

(10) CORRAL GARCÍA, Eduardo, «Algunas consideraciones sobre la protección de las personas mayores por el Derecho Civil», en *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 46, Madrid, 2003.

mayor, que ha hecho testamento, se encontraba, en ese momento tan trascendental en su existencia, en su cabal juicio, es decir, con sus facultades mentales en perfecto estado, de modo que pudiera, desde el punto de vista jurídico, llevar a cabo ese acto, trascendental y personalísimo, con plena eficacia jurídica?

Como ha puesto de relieve Alma María RODRÍGUEZ GUITIÁN (11), el precepto citado no especifica qué enfermedades, o circunstancias concretas, son las que incapacitan para testar por falta de cabal juicio. No se aclara, efectivamente, al ser una fórmula abierta, si la ancianidad es un supuesto de incapacidad para testar. Se trata, en definitiva, de una fórmula vaga y poco técnica. Pero, a mi juicio, al legislador no le era factible hacer una fórmula más concreta, debido, sobre todo, a la ingente cantidad de supuestos que, en la práctica forense, pueden darse y que no facilita la determinación ni el establecimiento de una línea divisoria más o menos concreta.

Según MANRESA (12), las Leyes de las Partidas, que estaban vigentes cuando se promulgó el Código Civil, en razón a su espíritu casuístico, utilizaron diversas denominaciones para referirse a los diversos grados de locura e imbecilidad que incapacitaban para testar. Y, con el fin de evitar las dudas que suponía la comprensión de todos estos conceptos —como «salido de memoria», «fuera de sexo», «desmemoriado», «furioso» y otras muchas expresiones análogas—, se prefirió el empleo de una fórmula sintética, breve y sencilla, que, desde luego, va mucho más allá del estado de locura y permite, en cambio, abarcar todo género de perturbaciones cerebrales que menoscaban la inteligencia.

Nuestro Tribunal Supremo se ha decantado en una posición rotunda: la ancianidad no puede estimarse como causa de incapacidad para testar. Así lo declaró la antigua sentencia de 25 de octubre de 1928, manifestando que no cabe anular un testamento por el estado senil del que lo otorga, ya que «ni el derecho ni la medicina consienten en que por el solo hecho de llegar a la senilidad, equivalente a senectud o ancianidad, se haya de considerar demente al individuo», y que «en el número dos del artículo 663 del Código Civil sólo están comprendidos los padecimientos que afectan al estado mental con eficacia bastante para constituir entes privados de razón».

A raíz de esta sentencia, sin duda paradigmática y que cobra toda su vigencia a pesar del tiempo transcurrido, voy a detenerme en algunas sentencias que son especialmente significativas en relación con el tema que estoy analizando. La Jurisprudencia menor se revela, aquí, como en otras ocasiones, como fuente necesaria de estudio e investigación.

(11) RODRÍGUEZ GUITIÁN, Alma María, *La capacidad de testar. Especial referencia al testador anciano*, Cuadernos Civitas, Aranzadi, Navarra, 2006.

(12) MANRESA Y NAVARRO, J. M., «Comentario a los artículos 662 y 663 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil Español*, Tomo V, Editorial Reus, Madrid, 1951.

En este sentido, voy a citar la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Asturias, de 19 de enero de 2001, que entró a resolver una demanda de nulidad de testamento planteada por el hermano del testador, beneficiado por un testamento anterior, alegando que el testador estaba aquejado de demencia senil, la cual, efectivamente, había sido diagnosticada nueve meses antes de la fecha del otorgamiento del testamento citado.

La Sala rechazó la petición de nulidad, al no resultar suficientemente probado que el testador no se hallara en su cabal juicio —sano juicio—, de acuerdo con la prueba testifical y con un informe del médico que le trató con más asiduidad hasta su fallecimiento y, según el cual, había mantenido hasta el final de su vida una actividad física y mental aceptable.

Tanto el Notario autorizante del testamento, como el otro fedatario que autorizó una compraventa efectuada por el testador algo más de un año después, juzgaron suficiente la capacidad del mismo. La sentencia declaró que había que tener en cuenta los siguientes extremos: el testador había concertado un contrato de arrendamiento de una vivienda de su propiedad; había acudido a contratar los servicios de un Letrado y a los Tribunales de Justicia para cuestiones referidas al citado contrato de arrendamiento; había comparcido, asimismo, como denunciado en un juicio de faltas, siendo condenado y sin que, en ningún momento, se planteara el problema relativo a sus facultades mentales, que, en otro caso, habría sido advertido de oficio; recibió un legado de su abuela, en atención a los cuidados y la asistencia que le había prestado en vida a la misma. El propio contenido del testamento era absolutamente lógico y comprensible. Hay que resaltar que nombró heredero a la persona con la que había convivido durante diez años, en relación sentimental asimilable a la propia del matrimonio, en lugar de a su hermano, o de dejar operar la sucesión abintestato.

Es importante, y oportuno, hacer alusión ahora a la expresión empleada por el legislador en el artículo 663.2 del Código Civil: «cabal juicio». ¿Qué quiere decir esta expresión?

Lo primero que hay que aclarar es que la expresión «cabal juicio» no equivale —tal como la Jurisprudencia lo ha interpretado— a integridad absoluta de las facultades mentales, porque, de ser así, habría un porcentaje muy elevado de personas ancianas que no tendrían capacidad de testar. Como ha afirmado BORDA (13), es muy complicado llegar a ciertas edades sin que las facultades mentales se encuentren algo alteradas o deterioradas. El caso de las pérdidas de memoria es harto frecuente. En otros Ordenamientos, como el argentino, por ejemplo, tal como ha citado BORDA, ocurre lo opuesto, porque los artículos 3.615 y 3.616 del Código Civil de Argentina exigen que el

(13) BORDA, G., *Manual de Sucesiones*, Editorial Perot, Buenos Aires (10.^a ed.), 1988.

otorgante del testamento se encuentre en su «perfecta y completa razón». De ahí que la doctrina argentina ha señalado que tal expresión permite al Juez moverse dentro de límites más amplios para poder anular actos otorgados por personas que, sin estar alienadas, se encuentran en una zona fronteriza, sea por su debilidad de espíritu, o por hallarse privados de su plena lucidez en razón, por ejemplo, de su vejez.

En nuestro Ordenamiento Jurídico, a tenor del artículo 663.2 del Código Civil, la persona —sea o no anciana— que no se halla en su cabal juicio, no podrá emitir una declaración de voluntad plenamente consciente.

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA resaltaban que, para testar, es preciso que el juicio de quien ordena su sucesión sea cabal, es decir, que quien dispone de su patrimonio ha de tener no sólo capacidad, sino, además, capacidad suficiente, bastante, de entender y de querer precisamente sus disposiciones, y de apreciar los motivos para hacerlas, sin que baste hallarse en un umbral de conocimiento, en un estado de obnubilación que, sin embargo, permite asentir y firmar, o, simplemente, con una capacidad mental tan disminuida que las manías y las obsesiones eliminen la claridad de juicio y la libertad de decisión (14).

Cabría preguntarse cuáles son los factores que hay que tener en cuenta para estimar que una persona se halla en su cabal juicio o no se halla. En principio, a un testador anciano se le considera capaz, en virtud de la presunción citada anteriormente. ¿Qué factores pueden destruir esa presunción por lo que respecta a la ancianidad? Veamos algunas sentencias dictadas en nuestro país a este respecto.

El Tribunal Supremo dictó una sentencia el 27 de noviembre de 1995, referida a este interesante y polémico tema. El supuesto se recondujo a lo siguiente: una anciana otorgó testamento notarial abierto el 16 de septiembre de 1982, por el que, de forma tácita, revocaba otro testamento notarial abierto realizado el 19 de mayo de 1959, nombrando en el último, como único heredero, a su hermano D. D. y, por consiguiente, desheredando, de forma tacita, a sus otros hermanos y sobrinos. Estos últimos solicitaron la nulidad del último testamento por incapacidad de la testadora. Tanto los Tribunales de Instancia como el Tribunal Supremo apreciaron la nulidad. Pero hay que fijarse en un matiz importante: el Supremo no consideró incapaz a la testadora por el mero hecho de ser anciana, ya que repite la idea mantenida desde tiempo atrás, de que la senilidad es algo diverso a la demencia senil, fundamentando esta idea en que la expresión «cabal juicio» no debe interpretarse en el sentido de absoluta integridad, sino más bien en el sentido de que concurran en una persona las circunstancias y condiciones que, por lo general, se estiman como expresivas

(14) LACRUZ BERDEJO, José Luis, y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, Tomo V, Ediciones Dykinson, Madrid, 2004.

de la aptitud mental. Curiosamente, el Supremo consideró que la anciana no era capaz de testar en el momento del otorgamiento del último testamento, porque la parte demandante presentó pruebas que el Tribunal estimó que destruían la presunción *iuris tantum* de capacidad de testar. Estas pruebas fueron las siguientes: de un lado, los certificados médicos presentados por dos doctores que la trataron durante la época anterior y coetánea al otorgamiento del testamento. Y, de otro lado, la conducta, incongruente, de la anciana a la hora de testar frente a su comportamiento habitual, durante toda su vida, con los parientes y hermanos a los que no beneficia en el testamento hecho al final de su existencia.

A la vista de esta sentencia del Tribunal Supremo, parece que la Jurisprudencia española se decantó por estimar que la mudanza de la voluntad anterior mantenida por el testador —hecha realidad en testamentos notariales— es susceptible de destruir la presunción de capacidad de aquél, presunción *iuris tantum*.

En cualquier caso, es bastante peligroso y arriesgado mantener esta pauta siempre y en todos los supuestos. Si pensamos en la regulación que nuestro Código Civil hace del testamento, veremos que, precisamente, el poder cambiar las disposiciones del mismo es una característica fundamental que nuestro legislador ha incorporado. El testamento es, efectivamente, un negocio jurídico esencialmente revocable, ex artículo 737 del Código Civil. ¿Por qué estimar que una modificación, sustancial, de la voluntad testamentaria va a ser un indicio de la incapacidad del testador, cuando ese cambio, por ejemplo, tenga una razón lógica, un sentido, unas causas justificables? Pensemos en el supuesto de una persona anciana, sin hijos, que tiene varios sobrinos, y sólo uno de éstos se ocupa de atenderla, de visitarla y de proporcionarle ciertos cuidados. Con anterioridad, esa persona había hecho testamento dejando sus bienes, a partes iguales, a todos sus sobrinos. Posteriormente, vista la actitud de éstos, decide, por propia voluntad, que sólo herede su patrimonio el sobrino que ha cuidado de ella hasta el final de sus días. ¿Es éste, razonablemente, un motivo bastante, suficiente, como para estimar que esa persona anciana no gozaba de capacidad testamentaria? Desde mi punto de vista, no lo es, aunque el Tribunal Supremo, en sus resoluciones, haya estimado otra cosa. En cualquier caso, habría que estudiar, analizar a fondo el por qué una persona anciana muda su voluntad y, desde luego, esto no es siempre posible.

La Jurisprudencia menor, que he tenido ocasión de consultar, no comparte siempre el criterio sostenido por el Tribunal Supremo. Así, por ejemplo, una sentencia, muy interesante, dictada por la Audiencia Provincial de Orense, el 13 de julio de 2001, entró a resolver el supuesto siguiente: la nuera de una señora pidió la nulidad del testamento otorgado en 1996, que revocabía uno anterior en el que se nombraba heredero al hijo de la anciana y sustituta

vulgar a su nuera, mientras que, en el segundo testamento, nombraba sucesores a sus dos sobrinos.

Se alegó la existencia de demencia senil, que provocaba un deterioro cognitivo en la anciana, que, de hecho, ingresó en un asilo de manera totalmente voluntaria. Pero su deterioro fue aumentando progresivamente, hasta que, al fin, fue declarada incapacitada en el año 2000. No obstante, ante la falta de pruebas concluyentes, ya que el informe médico favorable a la incapacidad para testar fue realizado por un profesional que no acreditó conocimientos psiquiátricos y, además, no se aportaron pruebas tales como la Tomografía Axial Computerizada (TAC), ni exploración neuropsicológica alguna, la Audiencia Provincial de Orense concluyó en que no podía destruirse la presunción de capacidad (de testar).

A mi juicio, esta sentencia pone de manifiesto que la existencia de una demencia senil no es, por sí sola, suficiente para destruir la presunción de capacidad para testar de la persona afectada por dicha patología. Y no lo es por la sencilla razón de que no se probó, fehacientemente, la incapacidad de dicha persona anciana. La mudanza en la voluntad testamentaria no es, desde mi punto de vista, causa bastante como para declarar la nulidad de un testamento en función de la incapacidad de la persona que lo ha hecho.

En la doctrina española, Eduardo CORRAL GARCÍA ha citado, asimismo, el supuesto de la revocación de un testamento anterior, hecho que dio lugar al pleito que enfrentó a los sobrinos de una persona con su mujer por la adquisición de su herencia. Los sobrinos eran los herederos, según un testamento anterior, otorgado en 1982. En el testamento posteriormente realizado, ya en 1991, la heredera era la mujer, no dejando nada a los sobrinos, los cuales demandaron la nulidad de este segundo testamento en cuanto que la alegación se fundaba en que su tío sufría una hemiplejia de afasia motora. Sin embargo, el informe médico afirmó que el testador había demostrado siempre una conciencia perfecta, entendiendo las preguntas sobre los tratamientos y la evolución de su proceso, siendo el diagnóstico confirmado, de afasia motora, enfermedad que no impide, desde luego, conservar la capacidad de comprensión y elaboración del lenguaje, si bien provoca la pérdida de la facultad oral de expresión de forma adecuada. En este supuesto, el testamento era muy sencillo, instituyendo heredera universal a la esposa, y el Notario y los testigos afirmaron que pudo el testador llegar a expresar algunas palabras de asentimiento a lo que se redactó, y que, claramente, constituyó su última voluntad.

En consecuencia, la sentencia de la Audiencia Provincial, de 21 de noviembre de 2001, estimó que no había lugar a la nulidad solicitada.

Para sintetizar la problemática que plantea, efectivamente, el tema del testamento del testador anciano, me parece oportuno detenerme en las tres patologías que, con más frecuencia, se dan en la senectud:

- a) la demencia senil;
- b) la enfermedad de Parkinson, y
- c) el Alzheimer.

Hay que preguntarse si estas tres patologías, tan frecuentes en la persona anciana, incapacitan para hacer testamento.

Veamos, por separado, estas enfermedades: en primer lugar, la demencia senil.

DEMENCIA SENIL: El término «demencia senil» ha sido empleado hasta hace relativamente pocos años para referirse a lo que, en la actualidad, se consideran distintos tipos de demencias causadas por trastornos neurodegenerativos.

Por enfermedad neurodegenerativa hay que entender aquella patología que provoca la muerte de células del sistema nervioso central, las denominadas neuronas o células grises. Las células que se pierden, probablemente, se pierden para siempre, a diferencia de las diferentes estructuras de nervios que sí poseen esa capacidad de regeneración.

Cuando se habla de «demencia», hay que tener presente la existencia de dos tipos principales de esta patología: de un lado, aquellas demencias consideradas neurodegenerativas, que producen la destrucción de las neuronas. Un ejemplo de esta clase sería la demencia tipo Alzheimer.

Otro grupo de demencias viene constituido por aquellas patologías neurodegenerativas en las que no se produce esa degeneración progresiva, aunque la pérdida de neuronas sea más o menos grave. Es el caso de la demencia tóxica.

En la actualidad, y siguiendo los parámetros de la Organización Mundial de la Salud, se identifican los siguientes tipos de demencia:

- demencia tipo Alzheimer;
- demencia con cuerpos de Lewy;
- demencia vascular;
- demencia debida a traumatismo craneal;
- demencia debida a la enfermedad de Parkinson;
- demencia debida a la enfermedad de Huntington;
- demencia debida a la enfermedad de Pick;
- demencia debida al síndrome de Inmunodeficiencia Adquirido;
- demencia debida a la enfermedad de Creutzfeld-Jacob; y
- demencias tóxicas.

Voy a detenerme ahora en la demencia debida a la enfermedad de Alzheimer, por ser una patología frecuente en personas ancianas.

ENFERMEDAD DE ALZHEIMER: Se trata de una enfermedad neurodegenerativa que se manifiesta con deterioro cognitivo y trastornos conductuales. En su forma típica se caracteriza por una pérdida progresiva de la memoria y de otras capacidades mentales, a medida que las células nerviosas (neuronas) mueren y diferentes zonas del cerebro se atrofian. La enfermedad suele tener una duración media aproximada de 10-12 años, aunque esto puede variar mucho en función de uno u otro paciente.

El Alzheimer tiene varias fases:

- Fase inicial: presenta una sintomatología ligera o leve, en la que el enfermo mantiene su autonomía y sólo necesita supervisión cuando va a emprender tareas complejas.
Estos síntomas van desde una insignificante, pero, a veces, recurrente, pérdida de memoria, como las dificultades de orientarse en lugares como calles al estar conduciendo un automóvil, hasta una constante y más persuasiva pérdida de la memoria conocida como memoria a corto plazo, presentando dificultades al interactuar en áreas de índole familiar, como el vecindario donde la persona habita.
- Fase media: los pacientes pueden realizar tareas con cierta independencia, pero requerirán asistencia en tareas más complejas.
Poco a poco, la persona va perdiendo aptitudes, como el reconocimiento de objetos y personas. Otros cambios de conducta también pueden manifestarse, como arranques de violencia, aunque nunca hayan tenido antecedentes de ser o comportarse de esta manera.
- Fase avanzada o terminal de la enfermedad: el deterioro de la musculatura se presenta, y, con ello, la pérdida de la movilidad, lo que lleva al enfermo a un estado de postración, inhabilidad de autoalimentarse, junto a la incontinencia. En esta fase, los pacientes están expuestos a ataques de miocardio y neumonía, entre otros trastornos.
El lenguaje, en esta fase, se torna severamente desorganizado. Los pacientes no pueden realizar las tareas más sencillas por sí mismos y requieren constantes cuidados y supervisión, quedando completamente dependientes.

La expectativa promedio de vida de los pacientes con la enfermedad de Alzheimer es, aproximadamente, de siete a diez años, aunque hay casos en los que se llega a la etapa terminal entre cuatro y cinco años, y existe otro extremo, los que sobreviven hasta veintiún años.

Lógicamente, en las fases ya avanzadas, la persona no es capaz de hacer testamento, y, en caso de testar, no se va a considerar válido a efectos jurídicos. Sin embargo, en la fase inicial de la enfermedad, la persona suele mantener las capacidades intelectiva y volitiva relativamente intactas.

ENFERMEDAD DE PARKINSON: Es una enfermedad neurológica que se asocia a rigidez muscular, dificultades para andar, temblor y alteraciones en la coordinación de movimientos.

Se trata de una enfermedad muy frecuente, que se desarrolla a partir de los cincuenta años de edad, de igual forma a hombres y mujeres.

El tratamiento médico de esta enfermedad se realiza para controlar los síntomas, supliendo la alteración de los transmisores.

Si no se trata, el Parkinson lleva a una muerte prematura. El problema del tratamiento, sin embargo, es que causa pérdida de funciones mentales y alucinaciones, entre otros efectos secundarios llamativos que pueden citarse.

¿Puede un anciano con enfermedad de Parkinson hacer testamento válido?

La respuesta ha de venir dada en función del grado en el que se encuentre la enfermedad —al igual que en la enfermedad de Alzheimer— y también teniendo en cuenta los efectos secundarios a los que he hecho referencia, pues, cuando la pérdida de funciones mentales es grave y las alucinaciones son persistentes, la persona no podrá, lógicamente, hacer testamento válido.

REFERENCIA A LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

El estudio de la doctrina jurisprudencial es fundamental para completar el análisis del tema que ha sido objeto de investigación.

Voy a comenzar por algunas sentencias del Tribunal Supremo, siguiendo, después, por las dictadas por las Audiencias Provinciales, que revisten también un gran interés.

* SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 31 DE MARZO DE 2004: Entró a resolver un supuesto en el que se debatía la capacidad de la testadora para llevar a cabo su disposición de última voluntad.

La testadora había nacido en 1907 y, a partir del año 1977, comenzó a padecer trastornos afectivos, negativismo y agitaciones, lo que motivó su ingreso en la Clínica San Rafael, estando ingresada desde el último día del mes de diciembre de 1977 al 18 de enero de 1978, siendo diagnosticada de síndrome depresivo angustioso involutivo y, a su vez, también había permanecido ingresada en el Hospital Psiquiátrico Regional, estando afectada de síntomas de demencia senil. Hasta la fecha en que redactó su testamento, se produjo un vacío de información clínica, no habiendo sido cubierto este vacío con las pruebas periciales médicas obrantes en autos.

El Tribunal de Instancia tuvo en cuenta y analizó la prueba suministrada por el perito judicial doctor C., que, en principio, y sustancialmente, mostró su acuerdo con las del doctor I. —prueba preconstituida, aportada con la demanda—, señalando que la patología básica de la testadora era demencia de

tipo Alzheimer vascular o mixta, y sus síntomas son principalmente intelectuales: amnesia, ataxia y apraxia. Pero no podía aportar certeza de su estado en la época en la que testó y los síntomas de la enfermedad, de continuar el proceso que venía padeciendo, deberían de haberlos apreciado el fedatario autorizante del testamento, por lo que no podía establecer la posibilidad de que estuviera muy mal, sin aportar conclusiones definitivas, y sólo conjeturas e hipótesis, por lo que se trata de un informe dubitativo, al sentar solamente suposiciones y no hechos concluyentes respecto a que la testadora estuviera efectivamente demenciada.

Era carga probatoria de los recurrentes, tal como declaró el Fundamento Jurídico Segundo de la sentencia, demostrar que, al tiempo de testar o, al menos, en períodos inmediatos, se había producido una agravación de la enfermedad, que evidenciaría su incapacidad en el preciso momento de hacer la declaración testamentaria. De ahí que la sentencia, literalmente, establezca lo siguiente: «...juega a su favor —a favor de la declaración testamentaria— la presunción de capacidad establecida en el artículo 662, presunción calificada con el rango de fuerte presunción en la sentencia de 22 de junio de 1992, no obstante admite que pueda destruirse mediante pruebas cumplidas y convincentes demostrativas de que en el acto de la disposición testamentaria la testadora no se hallaba en su cabal juicio, lo que aquí no ha ocurrido, pues, continúa declarando la sentencia referida, que resulta erróneo el intento de la parte recurrente de transmutar la prueba pericial en prueba de presunciones para acomodar la impugnación a las pautas jurisprudenciales elaboradas respecto al artículo 666 y concordantes, ya que la prueba pericial ha de ser apreciada con arreglo a la sana crítica, conforme al artículo procesal 632...».

La sentencia objeto de estudio puso de relieve que, cuando se está ante un diagnóstico psiquiátrico retrospectivo, no es suficiente para acreditar la incapacidad de la testadora de referencia. Cita, asimismo, algunas sentencias que abordan este mismo tema en apoyo de su tesis, precisando que, cuando los Juzgadores de Instancia aprecian que la prueba pericial no contaba con la fuerza inequívoca que exige la Jurisprudencia, vinieron a actuar dentro de los límites de sus facultades y se atemperaron a las verdaderas exégesis que, sobre la presunción general de capacidad, tiene establecida la doctrina legal, por lo que, tratándose de diagnóstico psiquiátrico retrospectivo, no es suficiente para acreditar la incapacidad de la testadora de referencia.

Las sentencias que he podido consultar sobre este tema se mantienen en esta misma línea doctrinal, insistiendo en que la prueba de incapacidad mental del testador es de cargo del que promueve la nulidad del testamento.

En el caso de autos, se trataba de un testamento notarial abierto, revistiendo la aseveración notarial de capacidad del testador una especial relevancia, ya que impone al fedatario otorgante la observancia de una extremada atención, consecuente al contacto directo y personal con el otorgante. La constatación de

capacidad conforma presunción *iuris tantum*, susceptible de ser destruida mediante prueba en contrario, prueba que, en todo caso, ha de suministrar la parte que interese la nulidad del testamento y que, en el caso de autos, no se aportó, atendiendo al *factum* que el Tribunal de Apelación estableció como probado y conforme a la doctrina reiterada mantenida por la Jurisprudencia.

* SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 1998: Entra a resolver esta sentencia el tema de la capacidad de testar de D. S. P. P., en cuanto que la prueba pericial médica permitió alcanzar, junto a otras pruebas, la conclusión de que, en el momento de otorgar testamento, no reunía las condiciones psicológicas y mentales que la capacidad de testar exige, al estar afectada de constatada enfermedad de demencia arterioesclerótica consecutiva, de evolución crónica irreversible e incapacitante, prácticamente incurable.

La sentencia declara que «el artículo 663 del Código Civil emplea la expresión cabal juicio, y el 664 la explica al referirse a la enajenación mental, y si bien aquélla no puede resultar técnicamente muy afortunada, sí resulta lo suficiente expresiva en cuanto autoriza una amplitud interpretativa para abarcar a todas las personas incapaces de gobernarse por sí mismas», con cita del artículo 200 de nuestro Código Civil.

El Tribunal Supremo establece que este precepto se ha de aplicar no sólo a quien, por resolución judicial, ha sido declarado incapaz, tal como declaró la sentencia de 22 de junio de 1992, sino también a aquellas personas afectadas de una incapacidad de hecho suficientemente demostrada, que es el caso de autos, ya que D. S. P. P. fue declarada incapaz por medio de Auto de 9 de julio de 1981 —fecha posterior a la del otorgamiento de su última voluntad—, pero la proximidad temporal también es significativa, en cuanto que la anomalía mental ya existía y, cuando se incoa el procedimiento judicial, evidentemente se partió de la concurrencia de un presencial y exteriorizado estado anómalo mental y no se ha de esperar a que, durante el iter del proceso, tenga que manifestarse necesariamente.

Establece esta sentencia, asimismo, que la decisión judicial que declara y confirma la situación de incapacidad juega a efectos de la ineficacia de la presunción de capacidad para testar del artículo 662 del Código Civil, es decir, en contra del denominado *favor testamenti*, que cabe ser destruido mediante prueba inequívoca, cumplida y convincente en contrario, prueba que es de cargo, en cuanto excepción, de la parte que sostiene la incapacidad mental del testador en el momento del otorgamiento de su última voluntad.

Hay que tener en cuenta que el ataque a la valoración de la prueba pericial por los órganos judiciales sólo procede, conforme reiterada doctrina del Tribunal Supremo —sentencias, entre otras, de 10 de marzo de 1994 y 17 de mayo de 1995— si resulta que las conclusiones obtenidas lo han sido al

margen de la prueba practicada, o bien que se presenten ilógicas, dotadas de incoherencia entre sí, absurdas, desrazonables o disparatadas, por lo que su censura casacional debe ser combatida, si se dan dichos supuestos, expresivos de un fallo deductivo que, intensa y notoriamente, atenta a las reglas de la sana crítica. En el supuesto de autos no ocurrió esto, por lo que el motivo fue desestimado.

La sentencia estableció claramente que la exigencia del artículo 666 del Código Civil, a efectos de apreciar la incapacidad de la testadora, imponía atender a su estado en el momento mismo de redactarse el testamento, lo que conforma cuestión de hecho que incumbe a la Sala sentenciadora, que, en este supuesto, no lo apreció, al concurrir prueba bastante para mantener, con seguridad suficiente, que la causante no recuperó la capacidad necesaria para otorgar el testamento de referencia, que, en cierto modo, se presentaría como súbita, y hasta sorprendente e inesperada, al estar afectada de una grave enfermedad degenerativa y progresiva, con casi nulas posibilidades de recuperación.

Insiste la sentencia que la capacidad para testar equivale a capacidad o aptitud natural, que, según reiterada Jurisprudencia, se presume que asiste a todo testador. Cuando es requerida la presencia del Notario para otorgar testamento, éste se va a encontrar, en un primer momento —art. 685 del Código Civil— en el que se le exige una extremada atención, consecuente al contacto directo y personal con el otorgante, porque tiene que dictaminar su capacidad de obrar en relación al acto jurídico que pretende llevar a cabo y ha de hacer una calificación, que suele ser inmediata, respecto a su idoneidad para poder testar.

Antes de la Reforma del año 1991, Ley 30, de 20 de diciembre, el Código Civil empleaba la dicción o expresión «procurar», en relación con el juicio del Notario sobre la capacidad del testador. Procurar equivale a intentar o hacer esfuerzo de atención y diligencia, sin que se exigiera una aseveración de capacidad con absoluta certeza, ni intervención facultativa, tal como pusieron de manifiesto las sentencias de 25 de marzo de 1940 y 21 de junio de 1986.

Pero la Reforma operada por la citada Ley de 1991 llevó a cabo un cambio semántico que, sin duda, puede considerarse importante, estableciendo que el fedatario «deberá» asegurarse de la capacidad del testador. Esta expresión, «deberá», ya le obliga, de algún modo, y le compromete en cierta medida, pues resulta más imperativo, y ha de emitir un juicio y controlar debidamente las condiciones que presenta el testador y que, necesariamente, ha de relacionar con la mayor o menor complejidad del testamento que pretende hacer. De esta forma, el acto jurídico queda asistido de la legalidad correspondiente, instaurándolo como plenamente eficaz y válido.

El juicio del Notario es personal, al no apoyarse en la colaboración de especialistas —médicos, psiquiatras o psicólogos—. Pero hay que tener en

cuenta que el fedatario no es especialista en la mente humana y en sus patologías. Por lo tanto, ese juicio, propio y personal, no tiene una base médica en la que sustentarse y no tiene por qué ser el fiel reflejo del estado mental del testador, ya que ese estado mental solamente un médico especialista podrá dictaminar en qué situación se encuentra.

El Notario, no obstante, tal como el Código Civil prevé, hace una constatación —que será, siempre y en todo caso, incompleta y que, incluso, puede llegar a ser inexacta, debido a la ausencia de conocimientos médicos y psiquiátricos—.

La sentencia declara que «transcurrido este primer momento, que puede revestir impresión personal y actúa a modo prologal y, decidida la redacción del documento testamentario, es cuando el fedatario hace constatación de la capacidad del testador en dicha escritura, como actuación profesional exclusiva, que no supone que dé fe de un acto que concluye, sino más bien que expresa su apreciación subjetiva acerca de las condiciones del otorgante para poder testar, lo que refiere para los testamentos el artículo 695 del Código Civil, al disponer que hará siempre constar el Notario que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria, en la que va implícita la capacidad natural y de esta manera la actuación notarial reviste plenitud en el enjuiciamiento de la capacidad del testador, pues el juicio de capacidad se le impone y no puede ser eludido».

Algunas sentencias admiten que la prueba pericial, en determinadas ocasiones, destruye la presunción *iuris tantum* de capacidad del testador, ya que, por medio de esta prueba, se constata que el testador, cuando otorgó testamento, estaba incapacitado para hacerlo, al padecer una demencia senil provocada por trastornos mentales, orgánicos, tales como arterioesclerosis, hidrocefalia, Alzheimer, etc., en fase terminal, lo que le causaba un deterioro irreversible de la capacidad de juicio, estando privado de razón y capacidad de entender, querer y obrar.

Parece oportuno plantearse, ahora, si la demencia senil permite, efectivamente, momentos de lucidez, intervalos lúcidos, en los que la persona pueda válidamente otorgar testamento.

De la respuesta que se dé a esta interrogante dependerá que se admita, o no, el testamento de una persona anciana y que padezca una enfermedad senil, como la demencia o la arterioesclerosis. Será, en definitiva, la Psiquiatría la Ciencia que diga la última palabra en este tema, sin duda complejo y delicado.

Para el Tribunal Supremo, la ancianidad no puede estimarse, al menos como regla general, como causa que incapacite para hacer testamento válido, tal como lo declaró una sentencia, ya muy antigua, de 25 de octubre de 1928, al manifestar que no cabe anular un testamento por el estado senil del que lo otorga, ya que «ni el Derecho ni la Medicina consienten que por el solo hecho

de llegar a la senilidad, equivalente a senectud o ancianidad, se haya de considerar demente al individuo».

Esta misma sentencia matizó en el sentido de establecer que en el número 2 del artículo 663 del Código Civil sólo están comprendidos los padecimientos que afectan al estado mental con eficacia bastante para constituir entes privados de razón.

* SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA, DE 26 DE SEPTIEMBRE DE 2003: Entra a considerar esta sentencia la interpretación del artículo 663.2 de nuestro Código Civil, afirmando lo siguiente:

- a) 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 los propios actos, tal como estableció la sentencia —antigua— de 25 de octubre de 1928;
- b) ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar, siempre que el enfermo mantenga o recobre la integridad de sus facultades intelectuales, o el demente tenga un momento de lucidez;
- c) la incapacidad para otorgar testamento no basta apoyarla en simples o meras presunciones o indirectas conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la testamentificación 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 ser humano es mudable hasta su muerte.

La sentencia citada afirma algo muy importante para el tema que está siendo objeto de estudio: no es circunstancia suficiente para establecer la incapacidad del testador su edad senil, su edad avanzada, no estimando la nulidad incluso cuando se trata de un decrepito y achacoso otorgante, porque ni el Derecho ni la Medicina consienten en que, por el solo hecho de llegar a la senilidad, se le haya de considerar demente, porque la herencia a la persona de un estado de demencia requiere una especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho.

Tampoco es causa incapacitante para otorgar testamento que la persona padezca graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si éstos no afectan ni alteran su estado mental con eficacia bastante para considerarle un ente privado de razón.

Por fin, cabe resaltar que, aunque el otorgante sea una persona de edad muy avanzada, se le va a presumir en su cabal juicio, mientras, por una prueba acreditada y fehaciente, no se demuestre que se encontrara privado de

razón y de voluntad —elementos intelectivo y volitivo—, pues a toda persona se le reputa, en principio, en su cabal juicio, como atributo normal de su ser. Y ello rige en igual sentido para las personas ancianas.

A la vista de los razonamientos y planteamientos analizados, cabe concluir en que el mero hecho de ser anciano, de llegar a la senectud o edad senil, no constituye fundamento para la nulidad del testamento otorgado en esas condiciones de edad avanzada. Pero, lógicamente, sí hay que añadir a esta afirmación un matiz: cuando la senectud va unida a la demencia arterioesclerótica, o a la enfermedad de Alzheimer, o a una demencia vascular grave, sí que incapacitan estas enfermedades para otorgar testamento. En consecuencia, no basta con la senilidad para incapacitar el otorgamiento de testamento válido, sino que ha de ir unida o ligada a otros trastornos o patologías invalidantes, como las demencias y otras alteraciones de carácter grave que afecten a la capacidad intelectiva y volitiva.

Tengamos en cuenta que prácticamente todas las personas mayores presentan síntomas propios de la senectud. Es lo que, en términos más o menos vulgares, se denomina como «achaques». Naturalmente, hay «achaques» físicos, como la lentitud en los movimientos, en los reflejos, las dificultades para andar, la artrosis y otros muchos. Éstos no incapacitan para testar.

Cabe plantearse qué sucede con los «achaques» mentales. ¿Son relevantes a la hora de hacer testamento? Mientras estos «achaques» no afecten a la integridad de juicio, no veo motivo para ser considerados causa incapacitante de testamentifacción activa. Esto como regla general. Por supuesto, es importantísimo que cada caso sea analizado con el debido detenimiento.

RESUMEN

TESTAMENTO

La edad avanzada plantea, no cabe duda, hoy en día, una extensa problemática por lo que respecta a la capacidad de testamentifacción activa de las personas que han llegado a la edad de la senectud. En este trabajo se plantean, efectivamente, algunos de los problemas y cuestiones más interesantes en orden a determinar si una persona, en esa edad, está, o no, capacitada para hacer testamento, para disponer de sus bienes para después de su fallecimiento.

Aunque hay que analizar detenidamente caso por caso, ya que estamos ante

ABSTRACT

WILL

Nowadays old age certainly posses a wide range of problems with regard to the testamentary capacity of the elderly. This paper addresses some of the more interesting problems and questions in determining whether a person of advanced years does or does not have the capacity to make his or her own will, for the disposal of his or her property after death.

Although careful case-by-case analysis has got to be conducted, since this is a problem closely related with medicine in general and psychiatry in particular,

una problemática muy relacionada con la Medicina y, en concreto, con la Psiquiatría, en principio hay que partir de la idea de que toda persona, aunque su edad sea avanzada —o muy avanzada— está capacitada para hacer testamento válido.

A partir de esta afirmación, que debe constituir el norte que nos ha de guiar a los profesionales del Derecho cuando tratamos estas cuestiones, caben muchos matices y, por supuesto, excepciones, a este elemental principio jurídico.

the initial idea ought to be that every person, even if of advanced or very advanced years, has the capacity to make a valid will.

This assertion is the pole star that must guide legal professionals when we deal with such questions. Even so there are many nuances and of course exceptions to this elementary legal principle.

(Trabajo recibido el 28-03-08 y aceptado para su publicación el 20-03-09)