

La capacidad mental del testador: problemática jurídica (*)

SUMARIO: INTRODUCCIÓN AL TEMA.—LA CAPACIDAD PARA TESTAR: ANÁLISIS Y PROBLEMÁTICA JURÍDICA: REFERENCIA A LOS INTERVALOS LÚCIDOS.—SUPUESTOS ESPECÍFICOS EN LOS QUE LA JURISPRUDENCIA NIEGA LA CAPACIDAD TESTAMENTARIA.—SUPUESTOS EN LOS QUE LA JURISPRUDENCIA HA ADMITIDO LA CAPACIDAD TESTAMENTARIA.—EL PRINCIPIO DEL *FAVOR TESTAMENTI* Y SUS RELACIONES CON LA INCAPACIDAD DEL TESTADOR.—REFERENCIA A LA CAPACIDAD DEL TESTADOR EN TESTAMENTOS OLÓGRAFOS.—LA INCAPACIDAD MENTAL DEL TESTADOR: PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA ENFERMEDAD MENTAL.—REFERENCIA A LA APRECIACIÓN NOTARIAL DE LA CAPACIDAD DEL TESTADOR.—REFERENCIA A LA INTERVENCIÓN DE LOS FACULTATIVOS.

INTRODUCCIÓN AL TEMA

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

El precepto, como puede observarse, si bien es sucinto, deja la puerta abierta a la polémica y, en cierta medida, a la incertidumbre: ¿Se presume la capacidad de una persona para testar o, al contrario, hay que demostrar que la persona que ha testado se encontraba, en ese momento tan importante en la vida, en su cabal juicio, es decir, con sus facultades mentales en perfecto estado, de modo que pudiera, desde el punto de vista jurídico, realizar un acto tan trascendental y personalísimo?

A través de diversas sentencias dictadas en nuestro país sobre este tema, he intentado arrojar un poco de luz sobre esta interesante y apasionante problemática, que paso a desarrollar a continuación.

(*) Dedicatoria: A Maribel Carmé Cabeza, que sabe mucho de este estudio. A mi compañero José María Vázquez Martín, con afecto.

LA CAPACIDAD PARA TESTAR: ANÁLISIS Y PROBLEMÁTICA JURÍDICA: REFERENCIA A LOS INTERVALOS LÚCIDOS

El artículo 663.2 del Código civil, ya transcrito anteriormente, suscita una primera cuestión importante: La persona que no se halla en su cabal juicio, en principio y desde un punto de vista práctico, no puede emitir una declaración de voluntad plenamente consciente. Sin embargo, este precepto plantea, asimismo, tal como ya LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA apuntaban (1), una medida: Para testar es necesario que el juicio de quien ordena su sucesión sea cabal, es decir, que quien dispone ha de tener no sólo capacidad, sino, además, capacidad suficiente de entender y 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 la decisión.

OSSORIO MORALES apuntaba, a mi juicio con pleno acierto (2), que el mayor grado de consciencia exigible para disponer *mortis causa* frente al requerido para los actos *inter vivos* resulta de comparar el artículo 663.2 con el 1263.2: «No pueden prestar consentimiento: ...2.º Los locos o dementes y los sordomudos que no sepan escribir».

En efecto, al tipificar la incapacidad natural para testar, fundada en la falta de discernimiento, el legislador emplea una expresión más amplia que la que utiliza al referirse a la incapacidad para contratar, pues ésta sólo afecta a «los locos o dementes», al paso que está impedido para disponer *mortis causa* cualquier persona que no se halle en su cabal juicio, lo cual, como parece lógico, abarca muchos más supuestos.

De todo ello se deduce que el legislador ha estimado que el testamento es un acto más relevante, desde el punto de vista jurídico, que el hecho en sí de contratar.

El defecto de juicio íntegro, según el tenor literal del mencionado artículo 663, incapacita al sujeto para otorgar testamento, tanto si es habitual como si es accidental, por lo que resulta evidente que no es necesario o no es requisito ineludible que el otorgante esté propiamente loco o demente para quedar incurso en esta causa de incapacidad, sino que bastará, para que el sujeto no pueda testar, que se encuentre en una situación de anomalía psíquica o de trastorno patológico transitorio lo suficientemente grave como para que pueda asegurarse que no se halla en su cabal juicio, es decir, que no está en razonables condiciones de entender o querer, aunque no se le pueda cata-

(1) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, tomo V, *Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1981.

(2) OSSORIO MORALES, citado por LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA.

logar como un verdadero enfermo mental (antigua terminología, ya desfasada, por fortuna, de «loco» o «demente»).

LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, con arreglo a esta tesis, mantenían que quedará incurso en esta causa de incapacidad aquella persona que se encuentre en un estado de total embriaguez, o bajo los efectos de una influencia hipnótica, o de un narcótico, o del delirio febril o el sonambulismo.

Hay que tener en cuenta que la facultad de testar, también denominada testamentifacción activa, es, en la actualidad, un derecho de naturaleza privada, que puede ejercitar toda persona física o natural. Es ésta la regla general, que, como toda regla general, admite excepciones. Estas excepciones constituyen las incapacidades para testar, que toman su justificación, tal como resaltó LUIS ROCA-SASTRE MUNCUNILL (3), de razones de orden estrictamente privado y natural, no de consideraciones de carácter público y civil, como se hacía en el Derecho romano y de otros Ordenamientos.

Efectivamente, desde el punto de vista histórico, en el Derecho romano eran numerosas las incapacidades para testar. En este sentido, los esclavos, por ejemplo, no tenían personalidad ni capacidad alguna. Tampoco los peregrinos en situación del *capitis diminutio*, es decir, los que carecían de *status civitatis*. Los *alieni iuris* o *in patria potestate* carecían también de la *testamenti factio*, aun con el consentimiento del *pater familias* y aunque, más tarde, fuesen *sui iuris*, ya que no gozaban del *status familiae* y solamente podía testar el padre, si bien esta incapacidad quedó suavizada más tarde. Los impúberes, los locos, las mujeres en ciertas épocas, los sordos y los mudos en el testamento oral y los pródigos no tenían la testamentifacción activa, por razones de incapacidad natural.

En el Derecho antiguo español surgieron las incapacidades para testar de los religiosos profesos, que subsistió hasta la primera edición del Código Civil, y la de los Arzobispos y Obispos, si bien durante el siglo XIX estas incapacidades, en la práctica, ya no se aplicaban.

La regla general de capacidad para testar contrasta por su amplitud con la mayor rigidez y restricción que presiden la capacidad de realización de actos o negocios jurídicos entre vivos. Así, en la testamentifacción se identifican la capacidad de goce o aptitud para ser titular o sujeto del derecho de testar con la capacidad de obrar o de ejercicio de este derecho, ya que, para el ejercicio del mismo, basta tener una aptitud física o discernimiento natural, no jurídico, sin que, además, quepa accionarla mediante el instituto representacional, ni por suplencia o con complemento, debido a su carácter personalísimo.

En segundo término, el carácter unilateral y no recepticio del acto testamentario y su eficacia *mortis causa* rechazan todo concurso de contrapresta-

(3) ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho de Sucesiones*, Bosch, Barcelona, 1997.

ción de equivalentes o reciprocidad de prestaciones, es decir, toda idea de onerosidad en sentido técnico y, en consecuencia, en la facultad de testar o testamentifacción activa está ausente, a diferencia de las incapacidades *stricto sensu* de los actos o negocios jurídicos *inter vivos*, el sentido tuitivo o de protección del testador incapaz, así como la finalidad de protección a terceros, esto último en cuanto se trata de la propia incapacidad para testar no respecto del contenido testamentario, que, en ciertos aspectos y a tales fines, está limitado por la Ley.

De ahí que el testamento otorgado por un incapaz para testar sea nulo de pleno derecho o, mejor dicho, inexistente, por falta de aptitud o discernimiento natural, que impide ser titular o sujeto de la facultad de testar o *testamenti factio*, tal como ha destacado PUIG FERRIOL (4).

Nuestro Código Civil se alinea entre las tendencias modernas, proclamando que la capacidad para testar es la regla general y la incapacidad es la excepción, de forma que ésta sólo existe en los casos taxativamente determinados por la Ley, respondiendo este criterio de *numerus clausus* a la lógica construcción de la facultad de testar como elemento inherente a las prerrogativas fundamentales del hombre o persona natural, derivado del derecho a la propiedad privada y a la herencia, reconocidos en el artículo 33 de nuestra Constitución.

La regla general de capacidad para testar se reconoce, efectivamente, en el artículo 662 del Código Civil, al disponer que «pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente». En este sentido, hay que destacar que las sentencias de 18 de marzo y 26 de septiembre de 1988 declararon que la capacidad de las personas se presume siempre y la incapacidad ha de ser, en cambio, acreditada de modo evidente y completo.

El Código Civil se refiere, asimismo, a las denominadas incapacidades absolutas para testar, referibles a toda forma testamentaria y establecidas en el artículo 663: 1) Los menores de catorce años de uno y otro sexo. Esta edad debe computarse, no de momento a momento, sino de acuerdo con el artículo 315.2 del Código Civil, que dispone que «para el cómputo de los años de la mayoría de edad se incluirá completo el día del nacimiento. 2) El que habitual o accidentalmente no se hallase en su cabal juicio. Aquí, sí pueden plantearse problemas y, de hecho, en la práctica, se presentan. ¿Qué hay que entender por «cabal juicio»? Algunos autores han defendido la tesis de que por «cabal juicio» hay que entender un grado de conciencia mayor que el que debe postularse para otros actos o negocios jurídicos. No bastaría, por tanto, hallarse en el umbral del conocimiento, en un estado de obnubilación que, sin embargo, permita asentir y firmar o, simplemente, con una capacidad

(4) PUIG FERRIOL, *Comentarios*, XXVII, 2, 1978; «La capacidad para testar en Cataluña después de la compilación», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1969.

mental tan disminuida que las manías y las obsesiones eliminan la claridad de juicio y la libertad de decisión.

Según MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (5), se exagera el valor de la terminología empleada por el artículo 663 del Código Civil, sobre todo si se tiene en cuenta que nuestro *corpus* civil no se caracteriza por la precisión de su tecnicismo. Así, los estados de obnubilación, aunque permitan una vaga conciencia de lo que se hace, no deberían reputarse suficientes para proclamar la validez del acto, sea o no un testamento, otorgado por la persona que se encuentra en uno de esos estados. No obstante, por lo que respecta a las manías y obsesiones, habría que ser más cautos antes de pronunciarse por la nulidad del acto. En cualquier caso, no se ve muy bien por qué hay que distinguir entre los testamentos y los demás actos jurídicos si, con carácter previo, no se han definido ni elaborado, con precisión, las teorías relativas a determinados estados patológicos o cuasipatológicos, como las manías y obsesiones, las fobias, los estados transitorios de excitación mórbida.

Habrán de ser, en todo caso, la Psiquiatría y la Psicología, las ciencias que deben definir estos conceptos y términos, porque, al fin y al cabo, el Derecho no ha de hacerlo, sino ajustarse, en estas cuestiones, a tesis que provienen de otras ciencias no jurídicas.

A mi juicio, es el testamento un acto jurídico trascendental y personalísimo, por lo que me parece demasiado abierta la postura mantenida tanto por el legislador, a la hora de admitir testamentos de personas que rozan el límite entre la cordura y lo propiamente patológico. De ahí que me parecen muy permisivas, en este aspecto, algunas sentencias dictadas en nuestro país, como por ejemplo, la dictada el 20 de febrero de 1975, al afirmar que, aunque en el caso pudiera parecer «casi segura» la incapacidad mental de la testadora, «esa casi seguridad no constituye la fijeza y seguridad que la doctrina legal exige».

Es evidente que la capacidad debe apreciarse en el momento de testar, tal como lo establece el artículo 666 del Código Civil, de modo que, con arreglo al artículo 664, el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido.

Ante los preceptos del Código Civil vuelven a plantearse las dudas, pues, como ha quedado expuesto, la «casi seguridad» de que una persona no se halla en su cabal juicio, no limita su capacidad para testar. Esa seguridad, en consecuencia, parece que ha de ser completa, absoluta, sin posibilidad de duda o de falta de certeza alguna.

La expresión «cabal juicio», según ROCA-SASTRE MUNCUNILL (6), significa capacidad natural, o, en otras palabras, suficiente discernimiento del testador

(5) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Principios de Derecho Sucesorio», en *La Ley*, Madrid, 1999.

(6) ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho de Sucesiones*, citado en nota 3.

acerca de la finalidad, contenido y trascendencia del negocio testamentario. Carece de esta capacidad el menor de catorce años, el declarado incapaz o el que se somete a curatela en atención a su grado de discernimiento, ex artículos 200 y 287 y concordantes del Código Civil. Pero, asimismo, carecen de esta capacidad el no declarado incapaz, siéndolo, así como quienes, sin ser su enfermedad mental habitual, sufren trastornos mentales de manera circunstancial o accidentalmente, en el acto de otorgar testamento, que les priven de ese discernimiento que se reputa necesario para su validez.

Según dispone el artículo 666 del Código Civil, «para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento», por lo que «el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido», tal como establece el artículo 664. Naturalmente, la capacidad —que, como ya ha quedado expuesto, es el tema más controvertido, porque el *corpus* civil no es muy preciso en este punto tan importante— ha de tenerse durante todo el tiempo del otorgamiento.

Hay que hacer, asimismo, una precisión importante, y es que no debe confundirse la capacidad para testar de la libertad de la voluntad testamentaria, por estar viciada de error, dolo, violencia o intimidación. Son, como fácilmente puede apreciarse, facetas distintas que, en definitiva, pueden afectar al negocio testamentario. La voluntad testamentaria o el consentimiento testamentario puede ser libre y consciente, pero el testador puede ser incapaz para testar, o viceversa. El testador debe querer testar y debe discernir o entender lo que quiere testar. Son dos momentos diferentes, pero que han de confluír en un solo acto.

La capacidad es requisito *sine qua non* para otorgar testamento válido, por lo que, en los testamentos notariales, el artículo 685 del Código Civil ordena al Notario y a los testigos que «procuren» asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar, dando fe de ello el Notario en el testamento o, en otras palabras, ha de ser el fedatario la persona competente para asegurarse de que el testador tiene la capacidad legal necesaria para realizar un acto jurídico tan importante como lo es el testamento. De esta circunstancia, en la práctica, es el mismo Notario el que da fe de ello, cerciorándose de la capacidad del testador, en definitiva, de que éste es capaz de otorgar testamento válido. No obstante, el precepto es criticable, a mi juicio, pues no se comprende cómo pueda el Notario cerciorarse de que una persona tiene o no capacidad. En algunos supuestos es claro que será fácil cumplir con este precepto civil. Pero, en ocasiones más dudosas, hay que reconocer que quedará en el vacío, pues el fedatario no es un experto en Psiquiatría ni en Psicología y no está capacitado para discernir cuándo una persona está en su cabal juicio y cuándo no lo está.

A propósito de esta problemática, una sentencia, ya muy antigua, de 23 de marzo de 1944, declaró que en modo alguno podía el Notario exigir la

previa instrucción de un expediente para acreditar la capacidad dudosa, antes de autorizar el testamento.

Hay, por tanto, desde mi punto de vista, una clara presunción de capacidad para testar válidamente, presunción que, en muchas ocasiones, será difícil destruir mediante prueba en contrario, porque muchas formas de demencia y muchos trastornos mentales son solapados, no evidentes, lo cual abre una vía, sin duda demasiado amplia a la problemática de la validez de los testamentos.

Efectivamente, ya MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ reseñaba que la Jurisprudencia española tiende a dar un gran valor al juicio de capacidad del Notario, hasta el punto de que hace falta una prueba muy completa para deshacer esa presunción. La intervención de facultativo —que es la única persona competente, en realidad, para discernir el grado de capacidad del testador— sólo se exige cuando se trata de un incapacitado judicialmente, de suerte que, aun si se trata de una persona que padece una enfermedad mental, puede bastar la afirmación del Notario y de los testigos que reputaron al testador con el grado de discernimiento necesario (7), tal como establecieron las sentencias de 25 de marzo de 1940 y 30 de septiembre de 1966. Una doctrina, si cabe aún más exagerada, se observa en la sentencia, algo más reciente, de 20 de febrero de 1975, al afirmar que aun en el caso de que pudiera ser casi segura la incapacidad mental de la testadora, «esa casi seguridad no constituye la fijeza y seguridad que la doctrina legal exige», con cuyo razonamiento se dejó sin heredar a quienes casi seguramente quería el causante que le sucedieran, designados en testamento anterior, para entregar el caudal a quienes casi seguramente no quiso instituir el causante. Si se excluye la «casi seguridad», o «casi certeza», pocas serán las personas que, aun no estando en su cabal juicio, se verán privadas de hacer testamento.

El Tribunal Supremo, no obstante, en una sentencia de 19 de septiembre de 1998, anuló, por incapacidad mental de la testadora, un testamento otorgado por una persona que no había sido declarada judicialmente incapaz, internada en un sanatorio psiquiátrico, pese a que el Notario, juiciosa y sensatamente, había requerido como testigos a tres médicos del propio centro que, como es lógico, estimaron que, a su juicio, la otorgante tenía la capacidad legal necesaria para testar. El Tribunal Supremo entendió que esta afirmación quedaba desvirtuada por el examen pericial posterior.

En la primera edición del Código Civil se establecía que el Notario «debería asegurarse» de la capacidad mental del testador, revelando el cambio de redacción posterior que no se exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza ni la intervención facultativa, sólo necesaria en el caso previsto en el artículo 665 del Código Civil (intervalos lúcidos).

(7) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, «Principios de Derecho Sucesorio», *ob. cit.*, en nota 5.

Por tanto, mientras no se demuestre de manera inequívoca, que el testador, en el momento de otorgar testamento, tiene enervadas sus potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera y clara elección, dentro de un horizonte mental corriente, se presume la capacidad, no sólo por hallarse amparado el testamento por la fe pública, sino porque toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser, según declaró la sentencia de 25 de abril de 1959.

La Jurisprudencia admite, en consecuencia, la validez del testamento, siempre que no medie una previa declaración de incapacidad y aunque se sospeche cierta falta de lucidez en el testador y, en algunos casos, éstos más alarmantes a mi juicio, llega a admitir la validez del testamento incluso cuando ha comenzado a instruirse el expediente de incapacidad. Así lo hizo, por ejemplo, una sentencia, muy antigua, de 25 de octubre de 1901.

La declaración judicial de incapacidad que sea posterior al acto del otorgamiento del testamento propiamente dicho no alcanza a demostrar que el causante careciese en este solemne momento de un intervalo de lucidez, o incluso de la integridad de sus facultades intelectuales, según la ya citada sentencia de 20 de febrero de 1975, si bien tampoco demuestra que no existiera anteriormente tal incapacidad y sí más bien lo contrario, a juicio de las sentencias de 1 de julio de 1961 y 11 de diciembre de 1962.

En definitiva, existe, en esta materia, una presunción de capacidad y, por ende, la necesidad de probar la incapacidad por quien la alega. En este sentido, voy a detenerme en una interesante sentencia de 26 de septiembre de 1988, dictada por el Tribunal Supremo. Sus Fundamentos de Derecho se reducen a los siguientes:

PRIMERO.—«Los hechos básicos de los que ha de partirse para la adecuada resolución de este recurso son los siguientes: 1.º El día veintinueve de octubre de 1971, don Luciano C. A., de sesenta y un años de edad en dicha fecha, casado y sin descendientes ni ascendientes, otorgó testamento abierto ante el Notario de Santa Cruz de Tenerife, don Juan José Z. G. (...), por el que instituyó por su única y universal heredera, en pleno dominio y libre disposición, a su esposa doña María G. A. y designó sustituto vulgar de la heredera instituida o de los bienes de que ésta no hubiere dispuesto a su fallecimiento por actos inter vivos a título oneroso a su sobrino carnal don Luciano C. G., hijo de su hermano don José. 2.º El referido testador don Luciano falleció el día veinte de enero de mil novecientos setenta y nueve.

SEGUNDO.—Sobre la base de los expresados hechos, el diecisiete de enero de mil novecientos ochenta y seis, el ya citado don Luciano C. G. promovió en el Juzgado de Primera Instancia de Granadilla de Abona, contra doña María G. A., juicio de menor cuantía, en petición de declaración de la nulidad del también ya mencionado testamento, por entender, alternativamen-

te, que no era firma auténtica de don Luciano C. A., la que, como del mismo, aparece estampada en dicho testamento o que el referido señor C. A. carecía de capacidad para su otorgamiento, por causa de enfermedad mental, en cuyo proceso, tanto la sentencia de primer grado como la de apelación desestimaron totalmente la demanda y absolviéron de la misma a la demandada doña María G. A. Contra la segunda de las citadas sentencias (...), el demandante don Luciano C. G. interpone el presente recurso de casación (...).

SEXTO.—Por el cuarto y último de los motivos, formulado por el cauce procesal del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el recurrente denuncia violación de la norma que sobre el *onus probandi* contiene el artículo 1.214 del Código Civil, para lo cual aduce, en esencia, que habiendo probado que el testador don Luciano C. A. padecía en el año 1971 una grave enfermedad, era la otra parte (la que sostiene la validez del testamento litigioso) a la que incumbía y sobre la que gravitaba la carga de probar que dicho testador se hallaba en plena capacidad mental en el momento del otorgamiento del expresado testamento abierto, cuya tesis es totalmente inaceptable, pues, esta Sala tiene declarado que toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, por 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 libertad de elección, postulado y presunción *iuris tantum* que se ajustan a la idea tradicional del *favor testamenti* y que imponen el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con la seguridad precisa que el testador estaba quejado de insania mental (...), así como que la aseveración notarial respecto de la capacidad de otorgante del testamento adquiere una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario (...), con arreglo a cuya doctrina aparece evidente que la carga de la prueba de la incapacidad mental del testador en el momento del otorgamiento del testamento cuestionado corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad y, con base en ello, postula la nulidad del mencionado testamento, por lo que la sentencia recurrida, al entenderlo así y estimar, tras una valoración conjunta de la prueba practicada, que no aparece probada la incapacidad mental de don Luciano C. A. cuando otorgó el testamento litigioso, no ha incidido en infracción alguna del artículo 1.214 del Código Civil, del que ha hecho correcta y adecuada aplicación, procediendo, en consecuencia, el rechazo de este motivo».

Como puede observarse, a la vista de esta sentencia, el Tribunal Supremo, en nuestro país, viene exigiendo una prueba plena y convincente, es decir, que no deje lugar a dudas, de la incapacidad del testador. En este aspecto, la Jurisprudencia existente es muy abundante. En cualquier caso, tal como ex-

presan LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (8), el referido pronunciamiento suele realizarse para confirmar sentencias de instancia que desestiman demandas de nulidad de testamento y, ulteriormente, que la amplitud de criterio de los Tribunales, sin duda excesiva, tal como estos autores resaltan y con cuya tesis estoy de acuerdo, no llega a dar por válido el testamento de personas que, aun pudiendo firmarlo y teniendo un atisbo de consciencia, no alcanzan un grado suficiente de lucidez. Tal fue el caso de la sentencia de 27 de junio de 1977, de una testadora que había sufrido un ataque de trombosis cerebral, tras el cual otorgó testamento, falleciendo a los veinte días del comienzo de la enfermedad y que durante ese período se mostró somnolienta y obnubilada, considerando el Tribunal Supremo que en su estado psíquico carecía de capacidad para responder y que no pudo tener intervalos lúcidos.

Con respecto a los testamentos notariales, el artículo 685 del Código Civil dispone que «el Notario (que autorice el testamento) deberá asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar».

Según MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (9), la Jurisprudencia ha tendido a dar un gran valor a ese juicio de capacidad del fedatario, hasta el punto de que hace falta una prueba muy completa para deshacer esa presunción. No obstante, la intervención del facultativo sólo se exige cuando se trata de una persona incapacitada judicialmente, de suerte que aún si se trata de una persona que padece una enfermedad mental, puede bastar la afirmación del Notario y los testigos que reputaron al testador con el grado de discernimiento necesario, tal como ha quedado expuesto en páginas atrás. La sentencia de 16 de febrero de 1945 declaró que «si bien la afirmación de la capacidad en el testador que en cumplimiento del artículo 685 del Código Civil hace el notario que autoriza el testamento alcanza el rango de fuerte presunción *iuris tantum*, con mayor motivo si es coincidente con el informe de los facultativos a quienes haya dado intervención en el otorgamiento —momento al cual ha de referirse el requisito de la capacidad—, la expresada aseveración puede ser destruida por ulteriores pruebas —cumplidas y convincentes— demostrativas de que en aquel acto el testador no se hallaba en su cabal juicio, pues, como tiene establecido la jurisprudencia, la declaración que en este sentido revisorio hagan los Tribunales de Justicia, no pugna con el juicio equivocado que de buena fe pudieran formar el notario y los testigos sobre la dicha capacidad en el acto del otorgamiento». Estas y otras manifestaciones semejantes pueden leerse en otras sentencias, como las de 8 de abril de 1965, 21 de junio de 1969, 8 de marzo de 1972 y 21 de marzo de 1974, en las que los

(8) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, «Elementos de Derecho Civil», tomo V, *ob. cit.*, en nota 1.

(9) DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, MANUEL, *ob. cit.*, notas 5 y 7.

Tribunales anulan el testamento notarial pese a la dación de fe del Notario sobre la capacidad del testador.

El problema planteado, asimismo, por los intervalos lúcidos es, en el mismo sentido, complejo y delicado. El artículo 665 del Código Civil admite que el demente puede hacer testamento si se encuentra en un intervalo lúcido. En este caso, sólo previsto para los testamentos notariales, el fedatario ha de designar dos facultativos que, previamente, le reconozcan y no lo autorizará sino cuando respondan de su capacidad, debiendo dar fe de su dictamen en el testamento que suscribirán los facultativos, además de los testigos.

Es interesante subrayar que existen determinadas enfermedades psíquicas y/o trastornos mentales que, efectivamente, permiten a las personas que los padecen gozar de determinados intervalos lúcidos, intervalos en los que la capacidad de entender y querer, de modo fugaz, transitoriamente, se encuentran indemnes. ¿Qué sucede cuando una persona en este estado hace testamento? ¿Cómo pueden resolverse, en la práctica, estos polémicos supuestos?

Desde el punto de vista histórico, hay que decir que el artículo 665 carece de precedentes en nuestro antiguo Derecho, tanto en el Proyecto de 1851, así como en los Códigos francés e italiano. Su inclusión proviene del Proyecto formulado en 1884 y es síntesis de varios preceptos del Código mejicano.

¿Qué hay que entender por «intervalo lúcido»?

En opinión de BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS (10), por «intervalo lúcido» se entiende aquel estado en el cual el enfermo mental recobra transitoria y completamente sus facultades mentales, bien sea por una remisión natural en la evolución de su enfermedad, bien por el empleo de un tratamiento médico adecuado.

A esta tesis hay que plantear una objeción evidente: si el enfermo mental recobra completamente sus facultades mentales, no es que se haya producido un «intervalo lúcido», porque este concepto es, a todas luces, fugaz, pasajero. Por tanto, en mi opinión, no puede equipararse dicho concepto a la remisión natural de la enfermedad, ni mucho menos con carácter absoluto o completo. Tampoco si esta remisión se consigue a través del correspondiente tratamiento médico para la enfermedad, porque, vuelvo a insistir, estaríamos en este supuesto ante la curación del trastorno mental. Y pienso que, en realidad, el legislador no estaba presuponiendo esa curación al dictar el precepto.

A juicio de LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (11), el precepto en cuestión está representando la excepción de una excepción, tratándose de una

(10) BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS, «Incapacidad para testar del que habitual o accidentalmente no se halla en su sano juicio», en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1963, pág. 247.

(11) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil, Derecho de Sucesiones*, tomo V, citado en notas 1 y 8.

norma excepcionalísima e infrecuente, aunque amplía la capacidad que, con harta fundamento, reduce antes el artículo 663.2 del Código Civil. Según la tesis mantenida por estos autores, no cabe hacer caso omiso de su sentido literal y liberar de toda vigilancia médica al testador no incapacitado que «habitualmente no se halla en su cabal juicio», aunque tenga intervalos lúcidos. Tal testador, si no existiera el artículo 665, no podría en absoluto otorgar testamento, con o sin médico y, habiendo tal precepto, que habla, además, de demente y no de incapacitado por demencia, sólo dentro de las condiciones previstas en él podrá declarar su última voluntad, pudiendo acaso pensarse que la incapacitación refuerza la necesidad de testar conforme al artículo 665, de cuya forma no cabrá prescindir hasta el auto de reintegración de la capacidad.

En cualquier caso, no está claro el concepto de «intervalo lúcido» y, asimismo, hay que tener en cuenta que el casuismo, en esta materia es abundante y no es posible generalizar.

Muy interesante, a este respecto, considero que es la sentencia, dictada por la Audiencia Provincial de Castellón, de 19 de junio de 2002, cuyos Fundamentos de Derecho paso a transcribir:

PRIMERO.—La demanda rectora de la presente litis, promovida por el heredero legitimario don Javier T. V. contra sus hermanas también legitimarias doña Belén y doña María Teresa T. V. y contra el Notario don Francisco R. F., postulaba la declaración de nulidad del testamento abierto otorgado en fecha 13 de febrero de 1999 por don Francisco Javier T. B., fallecido a las 7,15 horas del día 15 de febrero de 1999 en la Clínica Santa Teresa de Castellón, cuya nulidad se fundaba en la falta de las formalidades exigidas por los artículos 696, 686 y 685 del Código Civil para el otorgamiento de testamento abierto y en la falta de capacidad del testador (art. 663 del Código Civil).

La sentencia dictada en primer grado jurisdiccional estimando parcialmente la demanda, tras rechazar lo alegado por el actor falta de observancia de las formalidades establecidas por la Ley para el otorgamiento de testamento abierto declaró nulo el testamento otorgado en fecha 13 de febrero de 1999 por el causante don Francisco Javier T. B. por considerar el Juzgador de instancia que el testador no se encontraba con la capacidad mental necesaria para hacerlo, por lo que declaró la validez del anterior testamento abierto otorgado por el causante en fecha 13 de noviembre de 1981 ante el Notario don Julián C. M., sin hacer pronunciamiento sobre las costas devengadas en la instancia.

Tanto doña Belén y doña María Teresa T. V. como don Francisco R. F., demandados y ahora apelantes, discrepan del criterio desestimativo de la sentencia de instancia solicitando de la Sala su revocación y el dictado de una nueva sentencia por la que se desestimen íntegramente las pretensiones de la demanda que postulan la declaración de nulidad del testamento abierto otorgado en fecha 13 febrero 1999 por don Francisco Javier T. B., alegando

en apoyo de su pretensión revocatoria, aunque desarrollada a través de diversos motivos de impugnación en que se combaten las reglas sobre la valoración de prueba y los efectos de la declaración de nulidad, una única cuestión litigiosa que no es otra que la aseveración de la capacidad del causante para otorgar testamento íntegro. Solicitud revocatoria que ha sido impugnada por la contraparte, que interesó la íntegra confirmación de la resolución recurrida y la imposición de las costas de la alzada a las partes apelantes».

SEGUNDO.—Intangible por no ser combatido en esta alzada el pronunciamiento desestimatorio de la sentencia de instancia, relativo a la falta de observancia de las formalidades legales en el otorgamiento del testamento abierto de fecha 13 febrero 1999, la única cuestión que se plantea es la capacidad que tenía el testador don Francisco Javier T. en ese momento en cuanto que la sentencia recurrida declaró la nulidad del referido testamento por considerar que concurrió en aquél causa de incapacidad para testar al no hallarse en su cabal juicio (art. 663.2 del Código Civil) al tiempo de otorgar testamento (arts. 664 y 666 del Código Civil).

La doctrina jurisprudencial sobre la capacidad testamentaria ha sido prolija y abundante, no obstante ello podemos resumirla, por ser pronunciamientos reiterados, los siguientes apartados:

La incapacidad o afección mental para testar 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 (STS, Sala 1.^a de 12 de mayo de 1998).

Son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad del testador: 1) la edad senil del mismo, pues no es bastante para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un «anciano decrepito y achacoso», ni el Derecho ni la Medicina consienten, por el solo hecho de llegar a la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad, que se haya de considerar demente al sujeto, pues la inherencia a ésa de un estado de demencia requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones; 2) que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si éstos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón; y 3) no obsta para que se aprecie la capacidad que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonios del Notario y de los testigos (STS, Sala 1.^a, de 27 de enero 1998).

La sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada, pues todo sujeto debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser (STS, Sala 1.^a, de 26 de septiembre de 1988), de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción *iuris tantum*, lo que obliga a estimar que concurre en

el testador capacidad plena y que sólo puede destruirse por una prueba en contrario evidente y completa (STS, Sala 1.^a de 8 de mayo de 1922 y 3 de noviembre de 1951), que ha de resultar muy cumplida y convincente (STS, Sala 1.^a, de 26 de abril de 1995), de fuerza inequívoca y concluyente (SSTS, Sala 1.^a, de 20 de noviembre de 1975 y 27 de noviembre de 1995), cualesquiera que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aun en estado latente en el sujeto, pues ante la dificultad de conocer dónde acaba la razón y se inicia la locura, requiere la ley y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración (SSTS, Sala 1.^a, de 23 de noviembre de 1944 y 1 de febrero de 1956).

Precisamente por ello, no basta apoyar la incapacidad para testar por ausencia de cabal juicio en simples presunciones o indirectas conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la sucesión y la jurisprudencia el declarar nulo un testamento por circunstancias morales o sociales, nacidas de hechos anteriores al acto del otorgamiento, por ser un principio de derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte (STS, Sala 1.^a, de 25 de octubre de 1928 y de 12 de mayo de 1998).

Ni la enfermedad ni la demencia, desde la perspectiva del artículo 663.2 del Código Civil, 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 (SSTS, Sala 1.^a, de 18 abril de 1916 y de 27 de enero de 1998).

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 es preciso pasar por ella, mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial su incapacidad, destruyendo la «enérgica» presunción *iuris tantum* que revela el acto del otorgamiento, en que sí 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 (SSTS, Sala 1.^a, de 23 de marzo de 1944, de 7 de febrero de 1967 y de 12 de mayo de 1998).

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—, pues el artículo 665 del Código Civil no es aplicable al caso de quien otorga testamento sin estar judicialmente incapacitado (SSTS, Sala 1.^a de 16 de noviembre de 1918, de 21 de abril de 1965 y de 21 de junio de 1986).

TERCERO.—En el presente caso, y de acuerdo con la doctrina jurisprudencial expuesta, el recurso de apelación debe estimarse, porque frente a la presunción de capacidad del testador don Francisco Javier T. B., no declarado

judicialmente incapaz, y a la apreciación del Notario don Francisco R. F. de la capacidad del testador, y aun de las declaraciones de testigos presenciales que afirman la lucidez y cabal juicio del testador el día 13 de febrero de 1999 en que otorgó el testamento abierto (don Vicente Pablo S., empleado de Notaría) (...), y doña María Angeles L. V., testigo testamentario (...), sin objeción ni manifestación alguna a la referida capacidad del testador por quien también fue testigo testamentario don José Antonio M. B. (...) que en su especial condición de médico pudo y debió apreciar el estado y capacidad de don Francisco Javier T., es notoria la falta de prueba de la incapacidad, circunscrita exclusivamente a los informes médicos de don José I. C. (...) y de don Joaquín V. E. T. (...) basados en el estudio del historial clínico unido a la causa los cuales sin llegar a conclusiones evidentes, inequívocas y concluyentes sobre la incapacidad del testador, constituyen meras presunciones o indirectas conjeturas sobre el estado mental de don Francisco Javier T., que no pueden enervar la presunción de capacidad del testador. En este sentido, basta acudir a los extremos del dictamen pericial emitido por el señor E. que abordan específicamente la cuestión de la capacidad del testador, para observar cómo a la pregunta de si puede afirmar que el paciente estuvo en coma y que falleció sin recuperar el conocimiento, informa que (...) «aunque no puede descartarse completamente que pudiera haber existido algún cambio del nivel de conciencia del paciente los días 12 ó 13; con los datos de que disponemos y salvo que se disponga de testimonios personales en dicho momento que aporten información adicional (constan hasta tres testigos presenciales y la aseveración del Notario sobre la conciencia y lucidez del paciente), debemos pensar que lo más probable es que el paciente no recuperara la conciencia (...) o a la cuestión específica de si el paciente estaba consciente y en plenas facultades para otorgar testamento con conciencia de sus actos (...) dictamina el perito médico que “no existen anotaciones médicas el día 12 de febrero en cuanto a la situación clínica y más concretamente al nivel de conciencia del paciente, y las anotaciones de enfermería hacen referencia a la palabra sin novedad”. Por ello, teniendo en cuenta que el presente informe pericial no exploró en el acto a dicho paciente, ni dispone de un informe emitido por un experto médico en dicho momento que analizara el estado de conciencia del paciente, ni datos presentados por testigos presenciales (que sí estén como ya hemos referido) no se puede afirmar con total rotundidad si estaba o no consciente. Ahora bien, existen datos suficientes como para tener la duda razonable de que el paciente no estuviera plenamente consciente, y desde luego no crea que pudiera estar en plenitud de sus facultades mentales como para realizarlo».

En definitiva, el dictamen pericial en que basa su fallo el Juzgador *a quo*, no contiene una prueba concluyente e inequívoca de la incapacidad del testador, como que ante la falta de datos médicos sobre el estado mental de don

Francisco Javier T., sin haber procedido a su examen personal desconociendo la existencia de testigos presenciales que afirman la lucidez, conciencia y cabal juicio del testador, emite opiniones conjeturables o simples presunciones sobre el estado mental del testador, que desde luego no pueden servir para enervar la presunción de capacidad del mismo y las aseveraciones notariales en tal sentido, máxime cuando la voluntad plasmada en el testamento abierto impugnado viene avalada por actos anteriores y coetáneos del testador al momento de otorgarlo, que permiten interpretar que su voluntad en su sano juicio es conforme con la manifestada anteriormente a sus familiares y allegados, y en este sentido cobran relevancia las manifestaciones de don Ramón G. (...) de que lo plasmado en el testamento respondía a la voluntad del testador al que ayudó a confeccionarlo, o las del oficial de Notaría don Vicente Pablo S. (...) de que el testamento estaba ya preparado con anterioridad en la Notaría del señor A., lo que revela una emisión de voluntad del testador en su confección previa al momento mismo de su otorgamiento el día 13 de febrero de 1999, que alejan toda duda sobre la capacidad del testador».

Es evidente que el que alega la falta de capacidad del testador, ha de probar dicha incapacidad. Así se desprende no sólo de esta sentencia analizada, sino de muchas otras. Cabe citar, por su interés e importancia la dictada por el Tribunal Supremo el 26 de septiembre de 1988, ya citada antes, cuyos Fundamentos de Derecho entro a analizar a continuación.

Los hechos básicos de los que partió la demanda para la adecuada resolución de este recurso fueron los siguientes: Don Luciano C. A., de sesenta y un años de edad, casado y sin descendientes ni ascendientes, otorgó testamento abierto ante el Notario de Santa Cruz de Tenerife, don Juan José Z. G., instituyendo a su esposa por su única y universal heredera, en pleno dominio y libre disposición, designando sustituto vulgar de la heredera instituida o de los bienes de que ésta no hubiese dispuesto a su fallecimiento por actos intervivos a título oneroso a su sobrino carnal don Luciano C. G., hijo de su hermano don José. El testador falleció el día veinte de enero de 1979.

Sobre la base de estos Hechos, el ya citado don Luciano C. G. promovió en el Juzgado de Primera Instancia de Granadilla de Abona, el 17 de enero de 1986, juicio de menor cuantía, en petición de declaración de la nulidad del testamento de su tío, por entender que no era firma auténtica la de don Luciano C. A. la que, como del mismo, aparece estampada en dicho testamento, o que el referido señor C. A. carecía de capacidad para su otorgamiento, por causa de enfermedad mental, en cuyo proceso, tanto la sentencia de primer grado como la de apelación, desestimaron totalmente la demanda y absolviéron de la misma a la demandada, doña María G. A. Contra la segunda de las citadas sentencias, el demandante don Luciano C. G. interpuso recurso de casación, articulado a través de cuatro motivos.

El primer motivo denuncia que había habido indefensión, pero no voy a detenerme en el mismo, ya que es ajeno a la problemática que estoy tratando.

El segundo motivo se articula en virtud de denuncia por error en la apreciación de la prueba, que resulta, según el recurrente, de los tres Certificados Médicos que aportó con su demanda y que, según su apreciación, demuestran la equivocación del Juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

El motivo, como declaró el Tribunal Supremo, «...ha de claudicar, por las siguientes razones: a) “Es doctrina de esta Sala la de que no cabe confundir los documentos con los demás medios de prueba documentados, debiendo entenderse por aquéllos solamente los que se mencionan en los artículos 1.215 del Código Civil y 578 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...), con arreglo a cuya doctrina no es dable atribuir la calificación de documentos, en el sentido expresado, a los tres certificados médicos que, como prueba preconstituida, el actor, hoy recurrente, acompañó con su demanda (...), y en los cuales, uno de ellos fechado en Santa Cruz de Tenerife el 5 de noviembre de 1985, y el otro en Cádiz el 18 de diciembre de 1985, los respectivos facultativos firmantes de los mismos certifican o manifiestan, sin que expresen con base en qué antecedentes, que en el año 1971 (o sea, catorce años antes) habían reconocido en sus respectivas consultas a don Luciano C. A. y describen el padecimiento que advirtieron en el mismo, no pudiendo corresponder a tales certificados, con la fecha y circunstancias en que aparecen expedidos (el primero a instancia de “su sobrino” —entendiéndose el aquí recurrente, que también es médico de profesión, el segundo a instancia de “su familia” y el tercero a petición de “sus familiares”, una calificación distinta y disociada de la prueba testifical, en la que sus respectivos firmantes han sido examinados en el proceso, como testigos propuestos por la parte actora, aquí recurrente (...). b) Además de lo que acaba de decirse, los expresados certificados, que, por sí solos y sin necesidad de deducciones y sin confrontación con los demás medios probatorios, no patentizan de modo claro y rotundo el error denunciado por el recurrente, ya han sido apreciados y tenidos en cuenta por los juzgadores de instancia en su valoración conjunta de la prueba, lo que ya, por ello, les haría inhábiles para servir de fundamento al motivo que estamos examinando, como igualmente tiene declarado esta Sala —sentencias de 8 de octubre y 30 de diciembre de 1986, 10 de marzo y 12 de noviembre de 1987, entre otras—, sin que sea dable que este tribunal se adentre en una valoración de la prueba, que es lo que, en realidad, pretende el recurrente con la formulación de este motivo, al no ser la casación una tercera instancia, como tantas veces ya se ha dicho».

El cuarto y último de los motivos formulados por el cauce procesal del ordinal quinto del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil es particularmente importante a los efectos del tema que estoy tratando. Efectiva-

mente, el recurrente denunció violación de la norma que sobre el *onus probandi* contiene el artículo 1.214 del Código Civil, aduciendo, en esencia, que había quedado probado que el testador padecía en el año 1971 una grave enfermedad. Hay que tener en cuenta que era la otra parte la que sostenía la validez del testamento litigioso y que el recurrente aducía que a esta parte incumbía y sobre ella gravitaba la carga de probar que dicho testador se hallaba en plena capacidad mental en el momento de otorgar el expresado testamento abierto. Esta tesis es inaceptable totalmente, ya que, como declaró el Tribunal Supremo, en su Fundamento Sexto, «esta Sala tiene declarado que toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, por 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 libertad de elección, postulado y presunción *iuris tantum* que se ajustan a la idea tradicional del *favor testamenti* y que imponen el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con la seguridad precisa que el testador estaba aquejado de insania mental —sentencias de 25 de abril de 1959 y de 7 de octubre de 1982—, así como que la aseveración notarial respecto de la capacidad del otorgante del testamento adquiere una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario —sentencias de 25 de marzo de 1957, 7 de febrero de 1967, 21 de junio de 1986 y 10 de abril de 1987—, con arreglo a cuya doctrina aparece evidente que la carga de la prueba de la incapacidad mental del testador en el momento del otorgamiento del testamento cuestionado corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad y, con base en ello, postula la nulidad del mencionado testamento, por lo que la sentencia recurrida, al entenderlo así y estimar, tras una valoración conjunta de la prueba practicada, que no aparece probada la incapacidad mental de don Luciano C. A. cuando otorgó el testamento litigioso, no ha incidido en infracción alguna del artículo 1.214 del Código Civil, del que ha hecho correcta y adecuada aplicación, procediendo, en consecuencia, el rechazo de este motivo».

Es evidente que, en nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil, corresponde la carga probatoria de la incapacidad del testador a quien sostiene la existencia de dicha incapacidad. Así se reitera en constante Jurisprudencia. A este respecto, es muy interesante la sentencia dictada por nuestro Tribunal Supremo, el 26 de abril de 1995, que, en su Fundamento de Derecho Primero, declara que «...tiene esta Sala igualmente declarado con reiteración (...) que la capacidad del testador es una cuestión de hecho sometida al Tribunal de instancia a cuya apreciación ha de estarse, y también que la afirmación hecha por el Notario autorizante sobre la capacidad del testador, si bien puede ser desvir-

tuada por ulteriores pruebas demostrativas de que en el acto del otorgamiento no se hallaba éste en su cabal juicio, es necesario para ello que dichas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial de que se trata reviste especial relevancia de certidumbre...»

«En este caso, la Sala de Instancia valoró con amplitud y detalle el material probatorio obrante en autos, sin omitir el dictamen pericial emitido por el doctor G. P. (...), obteniendo conclusiones racionales y perfectamente lógicas, por lo que ha de decaer el motivo con solo advertir que precisamente por lo manifestado por el doctor G., en el sentido de que “en el terreno psiquiátrico es prácticamente imposible *a posteriori* determinar el grado de lucidez de una persona que ha sido diagnosticada previamente de demente senil. Referido a una fecha concreta (certificado de 6 de noviembre de 1983), aún menos”, y atendiendo a que el curso clínico de la demencia senil es de evolución progresiva en cuanto al deterioro de la personalidad, la Sala estimó que cobraban mayor realce los informes “del doctor A. (único facultativo, que, como psiquiatra-neurólogo, diagnosticó, calificó y trató la patología del señor C. Y, además, en las épocas en que éste otorgó los testamentos impugnados) y la apreciación de capacidad que hicieron los Notarios en su momento”, debiendo puntualizarse ahora, en relación a los informes referidos, que se trata, en realidad, de un certificado médico oficial, expedido el día 17 de mayo de 1983, en que consta que “don José C. S., de setenta y cinco años de edad y vecino de Castriz-Santa Comba, La Coruña, se trata en esta clínica, desde el pasado 25 de octubre de 1982, por padecer una Insuficiencia Vascular-Cerebral que se traduce clínicamente en una Demencia Senil. En la actualidad, continúa con el tratamiento y control médico”. Y otro, de fecha 6 de noviembre de 1983, expresivo de que el señor C. “se viene tratando en la clínica que dirijo desde el día 25 de octubre de 1982 y si bien iniciaba un síndrome de demencia senil por una insuficiencia vascular cerebral, creo que el día 14 de diciembre del mismo año fecha en la que fue al Notario aún era capaz de regir sus bienes ya que dicho paciente no tenía un síndrome demencial totalmente instaurado, sino que lo iniciaba y por lo tanto tenía lucidez”, así como un informe dirigido al Juzgado por el mismo doctor A., en 15 de abril de 1988, según el cual “el señor C. padecía unos temblores involuntarios de miembros superiores en las manos y se interpretó dicho cuadro como un Parkinson secundario a una encefalopatía vascular cerebral por insuficiencia... El paciente psíquicamente estaba orientado en espacio-tiempo, consciente y no tenía signos de deterioro psíquico, pero estaba iniciando una insuficiencia vascular cerebral”, todo lo cual, como bien concluye la Audiencia, no permite extraer de los informes periciales “con la imprescindible certeza de la existencia de un estado de insanidad mental en el señor C. S. cuando otorgó el testamento y donación cuestionados”, en 3 de noviembre y 14 de diciembre de 1982, respectivamente. Por último, ha de recordarse que

la sentencia impugnada contiene otros sólidos argumentos en apoyo de su decisión, como son que “la capacidad mental del señor C. S. —que se recuerda, no estuvo nunca judicialmente declarado incapacitado— para testar y donar como hizo en las fechas indicadas, fue constatada por dos Notarios diferentes de dos ciudades distintas en un lapso temporal de poco más de un mes, los cuales dejaron sentada una apreciación de capacidad para llevar a cabo aquellos actos que tiene, por motivos obvios, una dimensión muy específica”, y que “en el proceso no existen, realmente, otros fehacientes testimonios directos y contemporáneos a las fechas en que aquellos actos fueron realizados en torno al concreto estado mental del señor C.”.

Se deja sentado, como puede apreciarse, que, en nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil existe una presunción de capacidad del testador —presunción *iuris tantum*—, en tanto no se demuestre que tenga alteradas sus facultades mentales. Esto, a mi juicio, quiere decir que la capacidad para testar es la regla, siendo la incapacidad para tan esencial acto jurídico la excepción. Cuando se aportan elementos probatorios que demuestran la incapacidad del testador, se abre el camino para solicitar su impugnación. En cualquier caso, es interesante destacar que, en nuestro Ordenamiento Jurídico, no se exige, *a priori* ni *a posteriori*, una aseveración de la capacidad del testador que tenga una certeza absoluta. En este sentido, hay que subrayar la sentencia dictada por el Tribunal Supremo, el 21 de junio de 1986, cuyo Fundamento de Derecho Segundo indica que «análoga suerte desestimatoria habrá de seguir el segundo motivo (...), al denunciar la infracción por violación, consecuencia de no aplicación del artículo 685 del Código Civil y de la doctrina jurisprudencial que cita, en relación con el artículo 687 del propio cuerpo legal, violado en el mismo sentido, y ello porque pese al carácter eminentemente formalista de las disposiciones testamentarias, extremo que esta Sala tiene proclamado con reiteración, lo que no cabe a las partes en el procedimiento es sobrepasar tal normativa formal, extendiéndola a extremos que la Ley no exige, que es lo pretendido por la recurrente, al entender que el testamento incide en causa de nulidad si en el mismo no se consigna el juicio de los testigos instrumentales sobre la capacidad de la testadora, dado que tal requisito no se establece en el artículo 685 del mentado Código, teniendo declarado esta Sala que “si bien con arreglo a tal precepto, deben el Notario y los testigos instrumentales asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad necesaria para testar”. Ese deber se cumple cuando el Notario y los testigos conocen de antemano al testador y el primero da fe de hallarse éste en la integridad de sus facultades mentales, sentencia de 30 de septiembre de 1901, y si bien es cierto que tanto los testigos como el Notario “han de asegurarse de la capacidad del testador, la determinación de la misma constituye una cuestión de hecho, solamente combatible en casación por la vía del error”, sentencias de 27 de junio de 1908 y 19 de junio de 1925;

correspondiendo únicamente al Notario tal constatación de capacidad en la escritura de otorgamiento, pero sin que la misma se exija de forma expresa respecto de los testigos, siendo suficiente que así lo corrobore el fedatario, como claramente se deduce de la sentencia de 25 de marzo de 1940; apareciendo del propio contenido de la escritura de testamento que el Notario bajo fe dice “cuenta con plena capacidad testatoria”, y tras transcribir las manifestaciones de la testadora, y concluye, “leo este testamento en voz alta e inteligible, sin usar los presentes el derecho de leerlo ellos que les indiqué, lo aprueba y ratifica el testador y lo firman todos”, lo que viene claramente a poner de relieve que los propios testigos corroboran y ratifican la declaración de capacidad inicial hecha por el Notario autorizante; todo ello aparte de que, expresión “procurarán asegurarse”, que entraña un juicio de capacidad, ha venido a sustituir a la antigua expresión del precepto “deberán asegurarse”, lo que según mantienen las sentencias de 25 de marzo de 1940, antes citada, y la de 30 de septiembre de 1966, “indica que no se exige una aseveración de capacidad con certeza absoluta”».

La constatación de la capacidad del testador corresponde, efectivamente, al Notario autorizante, pero hay que resaltar que el fedatario no es —ni tiene por qué serlo— un experto en Medicina, Psiquiatra o Psicólogo, por lo que su apreciación será, en todo caso, un juicio previo que emitirá fundándose en la experiencia general que puede tener cualquier persona. En ningún modo, estimo, hay que entender este juicio hecho por el Notario como esencialmente determinante de que el testador se halla en su cabal juicio para otorgar testamento válido. De ahí que, como ya ha quedado reseñado anteriormente, surjan los problemas y las dificultades *a posteriori*.

Hay ocasiones en las que se observa que el testador estaba en su cabal juicio, sin que esta apreciación ofrezca dudas de ningún tipo. Así he podido comprobarlo, por ejemplo, en una sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Málaga, de 25 de mayo de 2001, en la que la parte recurrente solicitaba la revocación de la sentencia apelada y el dictado de otra que declarase la nulidad del testamento impugnado, alegando, en apoyo de su petición, que las premisas sentadas en la resolución impugnada son correctas, pero que no lo era el hilo conductor que ha llevado a la desestimación de la demanda. La apelante entendía que la presunción de que el testador se encontraba con facultades para otorgar el testamento al haberlo hecho ante dos testigos, médicos de profesión, quedaba desvirtuada por la prueba consistente en el parte de ingreso en la Clínica por otro padecimiento, donde se reflejaba que se encontraba «muy demenciada», debido a una demencia senil arterioesclerótica, pareciéndole increíble al recurrente que, sabiéndose la testadora en el lecho de muerte por una pancreatitis, conociera el número de los Documentos de Identidad de sus sobrinos y el número del Registro de cada una de las fincas.

El Fundamento Jurídico Segundo de esta sentencia —sin duda, interesante, por lo que puede aportar a la problemática que estoy estudiando— declaró que «la impugnación que la parte recurrente realiza es puramente de la valoración de la prueba, y opone a una muy fundamentada sentencia dos argumentos francamente bastante endebles. Si comenzamos por el segundo, no ya una persona en un hospital, afectada de pancreatitis y con una salud francamente deteriorada, sino también otra en perfecto estado de salud, con el título de licenciado en Derecho y en la Notaría, es muy difícil, por no decir imposible, que sepa de memoria los números de los documentos de identidad de sus sobrinos y la descripción registral de las fincas de su propiedad; éstos son detalles técnicos que el Notario autorizante se procura buscando las fuentes ordinarias de información para cumplir la formalidad de la escritura pública, bastando con que la testadora identifique a sus sobrinos con sus simples nombres de pila e indique las fincas que quiere legar, de modo que al Notario le resulte suficientemente identificativo para confeccionar el documento en que se contendrá su voluntad para después de su muerte. Frente a la valoración genérica del internista del padecimiento de demencia senil arterioesclerótica, lo que llevó a la citada a su incapacitación en el año 1994, cuando otorgó el testamento, el informe del internista doctor M. y del neuropsiquiatra doctor C. L., que intervinieron como peritos-testigos en el testamento, ratificado verbalmente en la prueba testifical y por escrito mediante los oportunos informes, que la testadora tenía capacidad en aquel momento para realizar tan extraordinario acto de disposición, opinión con la que coincide el también neuropsiquiatra doctor A., quien asimismo reconoció a la finada a petición de sus familiares, y además de esto, obra también la presunción de capacidad para testar de quien no ha sido formalmente incapacitado, pues, sabedor de lo que estaba ocurriendo con la salud de su tía, se pregunta la Sala por qué motivo no intentó el ahora recurrente la incapacidad de su tía, estando en el grado más próximo de parentesco para haber podido instar dicha declaración».

Incide esta sentencia, de nuevo, en la problemática que ya ha quedado planteada en páginas atrás: si no hay una incapacitación previamente declarada, con todos los requisitos legales a este respecto, toda persona, en principio, puede otorgar testamento válido. El hecho de estar incurso en un proceso arterioesclerótico no es causa suficiente, según la Jurisprudencia, para no poder otorgar testamento válido, a menos, naturalmente, que ese proceso degenerativo vascular interfiera, de una manera grave y profunda, en las facultades mentales.

Es evidente que lo importante —lo esencial— es la condición psíquica del causante en el instante preciso de otorgar testamento. Esta es la idea perfectamente consolidada en la Jurisprudencia, lo cual no podía ser de otra manera, vistos los términos del artículo 666 del Código Civil. Así lo declararon, entre

otras muchas, las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 1982, 10 de abril de 1987 ó 30 de noviembre de 1991.

Hay que resaltar, no obstante, que sólo quien tiene una conciencia convenientemente conformada comprenderá, a juicio de IZQUIERDO TOLSADA (12), las consecuencias de sus declaraciones de voluntad, pues un testador necesita saber qué es un testamento y cuál es la trascendencia de una disposición testamentaria, valorar la oportunidad de su otorgamiento en una u otra forma de las previstas por la Ley, valorar sus afectos y desafectos, etc. Si la falta de juicio proviene del engaño, la violencia o la intimidación, estaremos ante un concurso de normas impugnatorias, pues habrá falta de capacidad testamentaria, pero también vicio del consentimiento, ex artículo 673 de nuestro Código Civil.

Una ya vieja sentencia del Supremo, de 11 de diciembre de 1962, declaró que el Código Civil, por lo que respecta al requisito del «cabal juicio», no tiene aquí pretensiones científicas «y aun cuando el término cabal es sinónimo de lo completo, justo, acabado o exacto (...) en tal sentido no parece que pueda predicarse de la salud mental, que, como la física, es raramente perfecta (...) La ley emplea la expresión «refiriéndose a que el acto de testar reúna los requisitos del acto verdaderamente humano, caracterizado por que se realice con inteligencia o conocimiento de su significado y alcance y con voluntad propia de querer lo que con el mismo se persigue, voluntad que la falta de inteligencia vicia de por sí, por no poderse querer verdaderamente lo que no es antes conocido, por ello, el estado patológico mental por vía de amencia o demencia impide al testador hallarse en ese cabal juicio (...)».

En esta línea, la Medicina Legal considera que un proceso patológico grave como es la esquizofrenia con alteración de la personalidad, así como las demencias avanzadas, impedirían la testamentifacción. En este sentido, la Jurisprudencia ha tenido ocasión de pronunciarse negando la capacidad testamentaria en una variada tipología de supuestos: enfermedad de Czeutzfeldt-Jakob, que degeneró en una encefalitis espongiiforme (STS de 22 de junio de 1992); arterioesclerosis avanzada con trombosis sobrevenida (STS de 27 de junio de 1997); oligofrenia consecutiva a enfermedad de Lawrence-Moor-Barder y Brelde (STS de 11 de diciembre de 1962); trombosis vascular encefálica (STS de 16 de noviembre de 1972), etc.

También en la jurisprudencia menor se encuentra alguna sentencia interesante: en la de la Audiencia Provincial de La Coruña, de 19 de junio de 1993, por ejemplo, se apreció la falta de capacidad mental de la testadora, que sufría al tiempo de otorgamiento una arterioesclerosis cerebral avanzada, así como la enfermedad de Parkinson, deficiencias psíquicas progresivas e incurables,

(12) IZQUIERDO TOLSADA, MARIANO, *La planificación hereditaria: el testamento*, Ponencia del Congreso «La Herencia», Puerto de Santa María, noviembre de 2003.

dada su edad, que no le permitían gozar del raciocinio y voluntad suficientes para disponer por sí misma de verdadera capacidad de elección, en cuyo estado se produjo el testamento abierto de 2 de abril de 1984.

En cualquier caso, parece que lo menos importante es la denominación del mal padecido. Así, la interesante sentencia de 11 de diciembre de 1962, ya citada anteriormente, se encarga de precisar que lo que importa es la incidencia del mal sobre la capacidad de entender y querer. Por otra parte, a los efectos de determinar si se tiene o no capacidad para testar, no solamente faltará ésta en el enfermo mental, sino en quien se halle en situaciones de falta de consciencia provocadas por causas que no son permanentes, como puede suceder en un caso de delirio febril o de embriaguez.

Pero, en todo caso, ha de partirse de la inicial presunción general de capacidad, que no se ve destruida por el hecho de haberse dado casos de enfermedad mental en la familia del testador, tal como declaró la sentencia de nuestro Tribunal Supremo, de 10 de abril de 1944.

El principio del *favor testamenti* determina que si a todo individuo se le presume que está en su cabal juicio, su incapacidad deberá ser probada de modo evidente y completo, tal como enuncian diversas sentencias del Supremo que serán analizadas más adelante.

Más aún: la apreciación notarial sobre la concurrencia de capacidad de testar conlleva un indicio de incertidumbre que solamente puede abatirse con la indubitada prueba contraria (SSTS de 16 de abril de 1959, 7 de febrero de 1967 y 21 de junio de 1986). Pero esto no significa que la fe pública notarial ampare la realidad de la capacidad mental del testador, pues el Notario, propiamente, no da fe de un acto concluido por él, sino que emite una apreciación subjetiva con base en una impresión personal. A tenor de la sentencia del Supremo de 21 de junio de 1969, «la fuerza probatoria del testamento notarial se extiende a lo que el notario presencia, pero no a lo que opine, ni a la verdad intrínseca de las declaraciones que en el mismo se hagan».

La casuística ofrece maneras de aportar esa prueba contraria. Por ejemplo, una declaración de incapacidad posterior a la fecha del otorgamiento del testamento puede constituir un indicio de que la anomalía mental ya existía al tiempo anterior de otorgarse el testamento (STS de 11 de diciembre de 1962), pero, por sí sola, no tiene virtualidad suficiente para demostrar que el testador careciese de su cabal juicio al tiempo de testar (STS de 24 de febrero de 1981).

Existen numerosos casos en los que la Jurisprudencia ha entendido que existía capacidad para otorgar testamento. Así, por citar algunos ejemplos destacados, la edad avanzada, por sí sola, no determina la incapacidad, porque, como ya dijo la sentencia, muy antigua, de 25 de octubre de 1928, dictada, asimismo, por el Tribunal Supremo, «la historia ofrece múltiples justificaciones de (...) personas que alcanzaron la edad que dicho señor tenía cuando otorgó el discu-

tido testamento, aun bajo la influencia de las debilidades, con las melancolías y los padecimientos orgánicos que suelen acompañar a tal grado de longevidad, realizaron actos que son gloria para la Humanidad».

Tampoco tiene por qué afectar a la capacidad el padecer una enfermedad neurasténica, según la sentencia de 28 de diciembre de 1928. La sentencia del Supremo, de 7 de octubre de 1982, trató el supuesto de una persona que sufría delirio de persecución. En esta sentencia, el Tribunal entró a tratar este difícil supuesto, pues el testador sufría una psicosis del tipo de delirio de persecución con evolución hacia la esquizofrenia, pero sin que se apreciara que la alteración psíquica hubiera llegado a ese límite: «Antes de alcanzar la última fase de total deterioro o demencia es posible que el paciente tenga intervalos lúcidos y por lo tanto que haga lícito ejercicio de la testamentifacción».

Hay que resaltar que el artículo 665 de nuestro Código Civil establece que «siempre que el incapacitado por virtud de sentencia que no contenga pronunciamiento acerca de la capacidad para testar pretenda otorgar testamento, el Notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad».

Este precepto ha permitido que el Tribunal Supremo declare, para un caso de enfermedad paranoica de persona sujeta a curatela, que era factible el otorgamiento con la intervención de facultativos, según la sentencia de 20 de mayo de 1994.

Según la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 1 de octubre de 1991, una depresión no es criterio determinante para negar la capacidad para testar, ni siquiera por mucho que el testador se suicidara unos días después: un estado depresivo no afecta necesariamente a la capacidad testamentaria, y «no puede inferirse que la persona que pone fin a su vida lo haga siempre por no hallarse en su cabal juicio. Tal conclusión sería contraria a las enseñanzas de la psiquiatría e incluso al común sentir de las civilizaciones que tenemos por clásicas...».

No hay inconveniente para que el Notario que dude acerca de la capacidad de un testador que no está judicialmente incapacitado, reclame la intervención de los facultativos, por más que el artículo 665 del Código Civil solamente se refiera al caso del incapacitado. Todo será bueno al objeto «de asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar», según el artículo 685 del citado *corpus* legal. En este sentido, expresa la sentencia del Supremo, de 11 de diciembre de 1952, que tal cosa, no sólo no está prohibida por la Ley, sino que se trataría de «una loable cautela del Notario».

Naturalmente, habría que preguntarse si, efectivamente, «estas loables cautelas» se llevan a buen término, si se realizan en la práctica, sobre todo si atendemos al conglomerado de asuntos y expedientes que suelen atiborrar las Notarías.

Otro asunto, íntimamente relacionado con éste que he apuntado, estriba en qué responder cuando se pregunta al Abogado por la capacidad testamentaria, por ejemplo, del anciano que tiene serios problemas psíquicos, pero no ha sido incapacitado por sentencia. Si la capacidad de obrar se presume en todo mayor de edad no incapacitado, y más aún, la capacidad testamentaria se presume en los mayores de catorce años, ¿quién se atrevería a dar una respuesta segura que aconseje o desaconseje el otorgamiento?

Lo que, a todas luces, es evidente es que sobre las espaldas de quien sostenga la incapacidad de testar de alguien que no estaba judicialmente incapacitado, será sobre quien gravite la carga de la prueba de la falta de capacidad existente en el momento del otorgamiento. Basta dar un vistazo a cómo llevan los especialistas ese análisis póstumo de los estados mentales para poder aventurar un consejo, que, en cualquier caso, siempre contará con muchas reservas.

Naturalmente, serán elementos poderosísimos los testimonios y los actos anteriores y posteriores al otorgamiento, pero también, como no podía ser menos, el propio contenido del testamento. Un contraste brusco, por ejemplo, entre la vida familiar ordenada y sin violencias, en la que había plena cordialidad y almuerzos dominicales institucionalizados, y, en contraste, un testamento en el que se deshereda a los parientes próximos, no puede, por menos, que levantar fuertes sospechas.

Del mismo modo, el otorgamiento de diferentes y contrapuestas voluntades testamentarias en breve lapso de tiempo, o una disposición testamentaria en cuyo origen se advierte un determinado estado pasional, puede llevar a pensar, estimo que con cierto fundamento, que en ese testador había algo más que excentricidad. Y, tratándose de un testamento ológrafo, pueden aportar pistas los rasgos de la escritura utilizada. Hay que tener en cuenta que el Abogado va a evaluar estos datos, normalmente, *a posteriori*, para emitir, *a priori*, un juicio que, al fin y al cabo, no deja de ser arriesgado. Hay que moverse a base de hipótesis, que, muchas veces, resulta que no son certeras, pero hay que jugar con ellas ineludiblemente.

Hay, aún en nuestros días, quien se sorprende de que el Código Civil rodee de cautelas el otorgamiento del testamento otorgado por un «demente» —hay que poner entre comillas esta palabra, ya que, en la actualidad, el desuso que la misma tiene es algo sabido por todos y la Psiquiatría se ha encargado de ofrecer buenas muestras de ello— en intervalo lúcido, dando la impresión de que se trata de asegurar por todos los medios que el testamento se otorgue con las debidas garantías de que el otorgante sea capaz de hacerlo en ese momento, para, a continuación, decir la Jurisprudencia que ello no bendice definitivamente el testamento, sino que siempre queda abierta la posibilidad de impugnación basada en la prueba de la concreta falta de capacidad. A este respecto, afirmaba IZQUIERDO TOLSADA no encontrarse entre los

sorprendidos, porque, a su juicio, la intervención de los médicos se limita a reforzar la presunción de capacidad, pero la capacidad es una auténtica *quæstio iuris*, y su apreciación corresponde a la soberanía del Juez. Nada hay que garantice que los facultativos actuantes pertenezcan siempre a la especialidad médica más idónea para emitir un juicio irrefutable, y tampoco queda garantizado que cuenten con los antecedentes clínicos o que tengan conocimiento de datos que pueden no ser meramente episódicos. No se puede negar el derecho de quien, teniendo un interés legítimo, quiera demostrar que el causante, por mucho facultativo que haya intervenido, no estaba en su cabal juicio cuando otorgó testamento (13).

Desde mi punto de vista, será, en muchas ocasiones, una a modo de prueba «diabólica» demostrar que un testador no se encontraba en su cabal juicio cuando hizo testamento, pero la posibilidad está ahí y no cabe duda que el Ordenamiento Jurídico debería de facilitar los medios probatorios oportunos a estos efectos, aunque la existencia de fraudes en este ámbito suele ser abundante.

No es tarea fácil determinar cuándo se está ante una alteración mental que, en efecto, impide al que la padece hacer testamento. La Jurisprudencia, en este sentido, es casuística y, por ello, ha sido preciso estudiar, una por una, las sentencias que, sobre este aspecto, se han ido dictando en nuestro país. En concreto, hay una interesante sentencia, de 7 de octubre de 1982, que aludía a la carencia de eficacia del negocio jurídico *mortis causa* cuando su autor adolece de falta total o de insuficiencia de las facultades intelectivas y volitivas, de modo que, en el momento de otorgarlo, que es el de la valoración de su capacidad, ex artículo 666 del Código Civil, no ha podido el testador expresar su voluntad libre y conscientemente. Es curioso el tema, porque ya la Ley 13, Título 1.º, de la Partida sexta privaba de la capacidad testamentaria activa al «que fuese salido de memoria (que) non puede hacer testamento mientras que fuere desmemoriado». Esto es por lo que respecta a nuestro Derecho histórico. Pero en algún texto foráneo se descarta, asimismo, la capacidad en aquél que por cualquier causa, aunque sea transitoria, sea incapaz de entender o de querer en el momento de realizar tal disposición. Así lo expresaba el artículo 591.3 del Código Civil italiano.

En el campo del Derecho foral emplean fórmulas semejantes el Fuero Nuevo de Navarra (Ley 149, núm. 2) y el artículo 225 del Proyecto de Compilación catalana, que no pasó a la regulación definitiva, debiendo ser incluidas no sólo las enfermedades mentales propiamente dichas, sino también cualesquiera causas de alteración psíquica que impidan el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espon-

(13) *Ídem: ibídem.*

taneidad, 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, según lo expresa la sentencia de 11 de diciembre de 1962.

Esta sentencia de 7 de octubre de 1982 declaró, asimismo, que la apreciación afirmativa de capacidad hecha por el Notario y los testigos en el testamento público podía ser destruida en el correspondiente proceso declarativo, demostrando que en el acto de otorgarlo el testador no se hallaba en su cabal juicio. Pero esta prueba no deberá dejar margen racional de duda, porque la aseveración del fedatario autorizante reviste especial relevancia de certidumbre.

Esta misma sentencia declaró «que el Tribunal de instancia, revocando en el caso presente la sentencia recaída en el primer grado, entiende insuficientemente acreditada la pretendida carencia de voluntad consciente y libre en el causante don José L. G., fallecido en estado de soltero y sin herederos forzosos el 2 de marzo de 1975, que otorgó estamentos abiertos en número de 4 (...), conclusión que obtiene argumentando que si ya por de pronto la circunstancia de que aquél efectuase las excesivas disposiciones ateniéndose a un propósito sin radicales cambios, desviando tan sólo las atribuciones a los distintos favorecidos, pero manteniendo siempre el caudal dentro del ámbito familiar (hermanos, sobrinos o primos), que un legado de escasa cuantía a un vecino comporta un dato en pro de su recto criterio y de la normalidad de la mente, afirmada en las cuatro ocasiones por los respectivos Notarios y los testigos instrumentales, los informes médicos no conducen forzosamente a la aceptación de la tesis mantenida en la demanda de que en todas las ocasiones el disponente carecía de cabal juicio, pues uno de aquellos consiste en certificación librada el 17 de abril de 1975 por facultativo no especialista, expresando literalmente que José L. G. “padecía durante el tiempo que le consulté, hace más de quince años, una psicosis de tipo delirio de persecución”, otro de los informes aparece suscrito por psiquiatra pero después de muerto el interesado, sin observación del enfermo y con la sola base de lo dicho en el anterior documento y de un manuscrito por el testador trazado, y el tercero procede de un ejerciente en el dilatado campo de la Medicina General que no hace más que reproducir a la letra el diagnóstico hecho por aquel especialista, todo lo cual le permite entender a la Sala sentenciadora que la psicopatía padecida por el testador no llegó a anular su inteligencia y voluntad, y el proceso esquizofrénico, mencionado por dos de esos médicos y los tres informantes en el período probatorio, presenta una marcha evolutiva y antes de alcanzar la última fase de total deterioro o demencia es posible que el paciente tenga intervalos lúcidos y por lo tanto que haga lícito ejercicio de la testamentifacción, ello además de que, sobre todo, la Sala *a quo* entiende que la alteración en el psiquismo de José L. G. “no llegó a alcanzar el límite de la esquizofrenia”».

En esta interesante sentencia, se aborda, como puede observarse, una problemática, sin duda, apasionante: el intervalo lúcido.

Ya en páginas atrás, he apuntado las tesis existentes en la doctrina respecto al controvertido tema de los intervalos lúcidos. Esta sentencia, de modo resumido y sintético, esboza la tesis, a mi juicio de una forma precipitada, de la validez de un testamento otorgado por una persona que padecía una psicosis de tipo delirio de persecución. Y se afirma la validez del testamento en función de que el testador no había llegado al límite, siendo este límite el proceso esquizofrénico o esquizofrenia propiamente dicha. Es decir; la sentencia traza un esquema evolutivo de esta enfermedad o alteración mental, afirmando que la psicopatía que el testador padecía no llegó a anular su inteligencia ni su voluntad —¿estaríamos, quizá, ante una psicopatía en su primer estadio o inicio de la enfermedad?—, y que la esquizofrenia tampoco había alcanzado un grado elevado, es decir, no se había llegado a la última fase del deterioro o demencia. A mi juicio, será casi siempre arriesgado establecer una evolución en el marco del proceso de la enfermedad mental. ¿Es factible afirmar que una persona, aun padeciendo psicopatía y esquizofrenia, puede otorgar testamento válido? Cuando menos, es arriesgado. Tengamos en cuenta que la Medicina no es una Ciencia Exacta y, dentro de su ámbito, la Psiquiatría tampoco lo es.

Esta misma sentencia declaró, en sus Considerandos, que «el motivo primero del recurso, amparado en el número 7 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia error de hecho en la apreciación de la prueba evidenciado por documentos auténticos, citando al efecto los certificados e informes médicos de que se hizo referencia; impugnación improsperable, no obstante el meritorio estudio que por la parte se hace de las dolencias mentales, describiendo con detalle las notas o requisitos de la esquizofrenia, la paranoia y la histeria amnésica, para finalizar con el aserto de que la inteligencia y la afectividad del testador estaban profundamente alteradas en relación con sus familiares más próximos, pues sin desconocer la opinión de los autores que afirman la inoperancia de una disposición testamentaria evidentemente relacionada con la idea fija determinante de un vicio parcial de la mente del testador (delirio de persecución, monomanías, etc.), dicho se está que la apreciación de la capacidad del testador es cuestión fáctica entregada a la soberana decisión del Tribunal sentenciador, y de otro lado son constantes las declaraciones jurisprudenciales en punto a que el contenido de los informes periciales carece de la nota de autenticidad a efectos del recurso de casación, en cuanto elemento demostrativo ya analizado en la instancia libremente, lo que excluye la posibilidad de que tales dictámenes puedan ser utilizados para patentizar el error en la ponderación del material instructorio con arreglo al cauce utilizado (...), ya que por sí mismos no pueden evidenciar, sin necesidad de operaciones diluci-

dadoras y deductivas, el irrefutable desacierto en que tendría que haber incurrido la sentencia combatida».

En definitiva, por lo que respecta a esta sentencia, el Tribunal Supremo declaró, asimismo, que se incurría en una petición del principio de dar por existente en el testador una enfermedad mental que le incapacitaba para otorgar las disposiciones cuya declaración de radical nulidad se postulaba, añadiendo que diversas sentencias, entre las que cita las de 10 de junio de 1897, 25 de octubre de 1901, 22 de enero de 1913 y 12 de mayo de 1962, han declarado que no puede considerarse que ha otorgado un testamento nulo —por demencia— quien no ha sido declarado judicialmente incapaz, bastando, en casos de duda —como lo era el presente—, que el Notario y los testigos procuren asegurarse de que, a su juicio, el testador tiene la lucidez necesaria para testar, todo ello conforme al artículo 685 de nuestro Código Civil.

Estimo, tras la lectura y análisis de esta sentencia, que la duda sobre la capacidad del testador sigue existiendo. Tengamos en cuenta que tanto un proceso esquizofrénico cuanto una psicopatía son alteraciones mentales realmente graves y que, si no siempre, en muchos momentos anularán la capacidad de entender y de querer de la persona afectada. Testar, en estos supuestos tan graves, constituye, cuando menos, un riesgo que hay que evaluar.

Como ya ha quedado expuesto anteriormente, hay supuestos muy interesantes en los que el Tribunal ha admitido la capacidad testamentaria y que merecen un comentario más detenido. A continuación, paso al examen de estos supuestos.

¿Puede una persona alcohólica testar? ¿Se considera que el alcoholismo es, hoy en día, una enfermedad?

Para dar respuesta a esta interrogante, hay que fijarse, otra vez, en nuestra Jurisprudencia. En este sentido, he encontrado una sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, de 31 de octubre de 1997, en la que se ejercitaba una demanda tendente a obtener la declaración de nulidad de dos disposiciones testamentarias. El Fundamento Jurídico Quinto de esta sentencia declaró que «es preciso, pues, examinar las causas de nulidad que se mencionan en la demanda para determinar si cualquiera de ellas puede dar lugar a la pretensión que se formula (...)

»Se pretende llegar a la conclusión de la incapacidad del testador por la merma de sus facultades desde 1957 y para ello se alude a la existencia de un alcoholismo crónico con derivación a una enfermedad de tipo psíquico, con posterior declaración de un carcinoma prostático: se sostiene que, en definitiva, no era dueño de sus actos porque, además, su actuación personal no era normal, sin acudir a tratamientos médicos y llevando a cabo hechos que demostraban tal irresponsabilidad.

»Pero ninguna de dichas apreciaciones ha resultado acreditada a través de la prueba practicada en autos: la confesión judicial ha provocado resultado

contradictorio, pues mientras los hermanos de la demandante que de una u otra forma apoyan su tesis refieren la existencia tanto del alcoholismo como de actos concretos que patentizan la enfermedad psíquica, los demás hermanos sostienen posiciones contrarias. La prueba testifical ha sido igualmente contradictoria, pues mientras algunos testigos merecen escasa fiabilidad por su relación esporádica y ocasional con el testador, aunque otros no dudan en contestar afirmativamente las preguntas del interrogatorio, es altamente significativa la declaración de una empleada del hogar que, durante más de cuarenta años, estuvo al servicio de la familia y que de una forma absolutamente contundente afirma tanto que el causante no probaba alcohol en casa (...) como que si no se ocupaba de su patrimonio era debido a que estaba en manos de los correspondientes administradores (...); que “estaba en su sano juicio” y que “nunca perdió la cabeza” (...) y que nunca presencié malos tratos a los hijos (...)

»Mención aparte merece la prueba pericial: llevada a cabo en el procedimiento con todas las garantías legales, es claro que, por aplicación del artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de ser apreciada conforme a las reglas de la sana crítica. Y el resultado de la misma que, sin duda, ha de ser valorado en conjunto con el resto de las diligencias probatorias, es claro y concluyente, pues tanto los médicos internistas como los especialistas en psiquiatría han dictaminado de una forma unánime que aunque exista la “posibilidad de consumo de alcohol”, ello no determina alteraciones secundarias a un alcoholismo crónico y que, en consecuencia no se ha determinado la existencia de un deterioro intelectual (informe de los primeros). El primer informe psiquiátrico, tras admitir la posibilidad de que el causante padeciera un trastorno disocial de la personalidad, concluye que “no hay criterio para incluirle ni en el menor grado de la mínima” (incapacidad). Y el segundo perito especialista indica que “no puede emitir informe sobre la pretendida falta de salud”.

»A tales radicales informes periciales no pueden oponerse las manifestaciones vertidas a instancia de la parte demandante —sin contradicción— por una serie de médicos que tampoco, en su mayoría, vieron ni trataron al causante. Porque dichas manifestaciones, que han sido duramente criticadas por los peritos judiciales..., no pasan de ser meras pruebas testificales cuyo alcance a la vista de la prueba pericial practicada en el procedimiento, no puede tener el alcance que se pretende por la parte demandante y hacer ineficaz el real y auténtico informe pericial judicial, practicado con todas las garantías, fundamentalmente la de contradicción (...).

Esta sentencia parece poner claramente de manifiesto que el testamento hecho por persona que padezca habituación crónica al alcohol, de tal manera que esta adicción le haya provocado una alteración de su capacidad mental («intelectual», dice la sentencia), puede verse afectado por un vicio de nuli-

dad. Pero si el alcoholismo no es crónico, tan sólo esporádico, el testamento otorgado por una persona en esas condiciones es válido.

Lo verdaderamente trascendental, en consecuencia, a la vista de los planteamientos de esta sentencia, es que el alcoholismo altere la capacidad mental de la persona. Naturalmente, aquí sí serán admisibles los intervalos lúcidos, es decir, cuando la persona alcohólica esté serena y no haya ingerido alcohol, podrá testar y ese testamento será válido, siempre que conserve, sin alteraciones, las facultades mentales perfectamente íntegras.

El Fundamento Jurídico Noveno de esta sentencia declaró que «la capacidad legal ha de ser entendida como sinónimo de capacidad civil que, en definitiva, no es sino la suma de la capacidad jurídica y la de obrar (si por la primera se entiende la aptitud de una persona para intervenir como sujeto en las relaciones jurídicas y la facultad de producir actos con eficacia de tal clase). Es por ello que el artículo 167 del vigente Reglamento Notarial, al hacer constar la necesidad de la constancia de tal requisito se refiere a la capacidad “civil”. No es posible entender que la omisión del calificativo “legal” suponga un obstáculo insalvable para la validez del testamento porque, en definitiva, únicamente si la capacidad tiene tal carácter puede permitir el otorgamiento del testamento, pues la capacidad jurídica, por principio, reside en cualquier persona porque es presupuesto de la condición de sujeto de derecho. Si los Notarios actuantes estimaron y expresaron que, a su juicio, el testador tenía capacidad o era capaz de otorgar el testamento, están dando cumplimiento al requisito que imponían los artículos 685 y 695 del Código Civil (...)»

Otro supuesto interesante que cabe plantearse es el de las personas oligofrénicas. Hay que insistir, desde mi punto de vista, en la idea de que un oligofrénico en grado profundo no tiene la capacidad intelectual exigida para poder otorgar testamento válido. Pero, ¿qué sucede con aquellas personas que padecen una oligofrenia de carácter leve y que mantienen, en consecuencia, sus facultades intelectuales a un nivel mínimamente apto para comprender las situaciones de la vida (nivel cognoscitivo), y relativamente intacta la capacidad volitiva?

Un supuesto de este tipo resolvió la interesante sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz, de 22 de mayo de 2000. Se trataba del testamento abierto otorgado por Juana Petra G. G., el 14 de noviembre de 1996, planteándose por la parte recurrente la cuestión de la incapacidad de la testadora. El Tribunal compartió la tesis mantenida en la resolución apelada de que no se había desvirtuado el juicio de capacidad expresado por el Notario autorizante, ni la presunción legal de idoneidad existente en la materia. Reconocía el Tribunal, efectivamente, que existían datos que permitían entender que la testadora padecía algún grado de limitación de sus facultades mentales, siendo ésta la razón por la que fue declarada su incapacidad plenamente absoluta

para todo trabajo por la Comisión Técnica Calificadora Provincial del Servicio de Mutualidades Laborales del Ministerio de Trabajo, con fecha 24 de mayo de 1982, bajo el diagnóstico «oligofrenia congénita». Fue esta resolución la base fundamental sobre la que se sustentó la tesis mantenida por el apelante en su escrito de demanda.

El Tribunal entendió que la indicada resolución no podía, por sí sola, ni teniendo en cuenta los demás indicios traídos en los autos por el recurrente, hacer desvirtuar la argumentación que procedía, habiendo de tenerse en cuenta otros indicios y pruebas, aún de mayor entidad, que habían de llevar a la conclusión de que esa limitación de las facultades mentales que, sin duda, la otorgante padecía, en el momento de testar no presentaba una entidad suficiente como para entender que la privaba del mínimo de capacidad de raciocinio necesario.

Hay que resaltar que la testadora había nombrado heredero a la persona con la que durante diez años había convivido en relación sentimental asimilable a la propia del matrimonio, en lugar de a su hermano o de dejar operar la sucesión *ab intestato*. De aquí, el Tribunal extraía la conclusión de que la testadora había hecho un uso racional de una de las alternativas que se le presentaban.

Por lo que respecta a la prueba pericial, se practicó la misma acerca de la capacidad mental de la testadora, siendo contundente el Perito, en el sentido de afirmar que la testadora padecía «una deficiencia mental leve que no le impedía realizar testamento», destacando, asimismo, que la capacidad de la misma había mejorado con la experiencia de su larga vida y educación. Para realizar este dictamen, el perito contaba también con el examen de numerosos certificados médicos obrantes en autos.

En definitiva, por lo que respecta a la problemática de la oligofrenia, hay que concluir afirmando que una persona que padezca oligofrenia de carácter leve podrá emitir una disposición testamentaria válida. Pero, lejos de generalizaciones que, en todo caso, son imprudentes, hay que decir que siempre y en todo caso será preciso el dictamen de un facultativo en torno a esta cuestión. Insisto en que el testamento es un acto de suma importancia y esa trascendencia ha de ser tenida en cuenta a la hora de valorar la capacidad mental del otorgante.

SUPUESTOS ESPECÍFICOS EN LOS QUE LA JURISPRUDENCIA NIEGA LA CAPACIDAD TESTAMENTARIA

Hay, efectivamente, supuestos muy interesantes y, desde luego, polémicos, en los que nuestra Jurisprudencia ha negado, por razones obvias, la capacidad testamentaria. Voy a entrar, a continuación, en el examen de diversos de estos supuestos.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de junio de 1991, declaró que la incapacidad del testador era claramente deducible del testimonio de tres médicos: «Don Darío B. M., actuando para la comunidad de herederos de su finado padre don José Constantino B. E., demandó a doña Gloria B. E., solicitando la declaración de nulidad del testamento abierto otorgado por la abuela a los actores doña Asunción E. P., madre también de la demandada, el día 17 de junio de 1988, ante el Notario de Orense don Santiago B. P., por estar incapacitado en el momento del otorgamiento. Subsidiariamente, que era nulo por estar viciada la voluntad de la testadora por dolo de la demandada, incurriendo ésta en causa de indignidad para suceder. También subsidiariamente, la nulidad del testamento por no haber respetado la causante las normas sobre legítima de los descendientes; o alternatively, se declarase que, siendo válido el testamento, procede el complemento de legítima a favor de la comunidad hereditaria actora.

El Juzgado de 1.^a Instancia absolvió en la instancia a la demandada por defectuosa constitución de la relación procesal, ya que no se había traído al litigio al notario autorizante del testamento. La Audiencia, en grado de apelación, revocó la sentencia, y entrando a conocer del fondo del asunto, declaró la nulidad del testamento por incapacidad de la testadora (...).

Doña Gloria ha interpuesto contra esta última sentencia recurso de casación por tres motivos, de los que no ha sido admitido en la fase procesal oportuna el tercero.

SEGUNDO.—El motivo primero, al amparo del artículo 1692.5.º LEC acusa «infracción de lo establecido en los artículos 662 y 663.2 del Código Civil, y de la constante y uniforme jurisprudencia que los integra, exigiendo expresamente, para impugnar la presunción de capacidad contenida en ellos y en el artículo 685 del mismo cuerpo legal, al objeto de respetar la seguridad jurídica, la debida aplicación del artículo 1.248 del Código Civil».

El motivo se desestima porque en él se pretende combatir la prueba testifical practicada respecto a tres médicos, cuyos certificados sobre la salud de la testadora fueron objeto de preguntas y extensas repreguntas, éstas por parte de la hoy recurrente. Ese ataque se hace bajo el cobijo de la doctrina jurisprudencial según la cual la presunción de capacidad del testador ha de destruirse acreditando con seguridad precisa que estaba aquejado de insania mental, con evidentes y concretas pruebas, que en el caso de autos entiende la recurrente que es el informe clínico elaborado por los servicios médicos del Hospital Provincial de Orense, donde estuvo recluida la paciente hasta el 16 de junio de 1988 —día anterior al otorgamiento del testamento por la causante— y el demandante y recurrido no lo ha aportado a los autos, sino que ha acudido a la «imprecisa y tan manipulable prueba testifical».

«Estas argumentaciones carecen de toda consistencia jurídica, porque esta Sala no ha afirmado, en aplicación de aquella doctrina jurisprudencial ex-

puesta, que la prueba testifical no sirva para acreditar que un testador adolecía de falta de cabal juicio para testar, ni ha dado preferencia a una prueba sobre otra. Por otra parte, si el historial clínico podía fundamentar la capacidad de la causante —posición de la recurrente— nada le hubiera impedido pedirlo como aportación de prueba en su ramo correspondiente.

No menor rechazo merecen sus críticas a la acogida por la sentencia de las opiniones médicas coincidentes en el deterioro mental de la testadora, que no obedecen más que a su interés en el pleito, pero no ponen de manifiesto ni remotamente que la Audiencia hubiese procedido contra las elementales reglas de formación de los juicios humanos o de las máximas de experiencia».

TERCERO.—El motivo segundo, al amparo del artículo 1692.5º LEC denuncia infracción de los artículos 664, 665 y 666 del Código Civil y de la jurisprudencia que lo interpreta, por no haberse practicado prueba alguna referida al momento en que la testadora otorgó el testamento. En su justificación vuelve a intentar la recurrente destruir la valoración judicial de los testimonios de los médicos (tres), a fin de que prevalezcan los de los testigos que trajo al pleito, y con este objeto resalta continuamente que los primeros testimonios no se refieren al estado mental de la testadora al salir del Hospital el día anterior al otorgamiento del testamento, donde estuvo internada por un accidente cerebro-vascular agudo que sufrió, falleciendo en el mes de octubre siguiente.

El motivo se desestima porque la Audiencia pudo deducir, como dedujo, su estado en el momento del otorgamiento por los combatidos informes médicos, que dan cuenta de su situación física posterior, y esa valoración se ha dicho que, por no infringir ni máximas de experiencia ni reglas del criterio humano, ha de ser respetada en casación. Por otra parte, la tesis que se sustenta en el motivo llevaría al resultado absurdo de que nunca se pudiese probar la incapacidad del testador si no constase su estado real en el preciso momento de otorgar el testamento, cosa que habitualmente no se comprueba médicamente. De las pruebas obrantes al efecto, la Sala pudo extraer la conclusión de la incapacidad de la testadora en el momento de testar.

Esta sentencia es interesante porque expresa, aunque no con la suficiente claridad, que la prueba testifical es apta para destruir la presunción *iuris tantum* de capacidad del testador en el momento de otorgar testamento. Se refiere la sentencia al «testimonio» de tres médicos, lo cual no es correcto, ya que habría que hablar de «peritaje» de tres facultativos, los cuales, en los informes clínicos emitidos, estuvieron de acuerdo en confirmar que la testadora estaba aquejada de insania mental. Ese estado de insania mental no fue acreditado en el mismo día del otorgamiento del testamento, sino un día antes, pero este factor no resta credibilidad a esos informes clínicos, porque, como dice la sentencia, por lo general, nunca o casi nunca se podría probar la incapacidad del testador en el preciso momento de otorgar testamento.

Alude, asimismo, la sentencia a la interesante cuestión de la prueba testifical como prueba apta para destruir la presunción *iuris tantum* de capacidad testamentaria. Según esta sentencia del Supremo, no hay que valorar una prueba por encima de la otra, es decir, no sería prioritaria, en todo caso, la prueba pericial, por ejemplo, frente a la prueba testifical, a los efectos de destruir la presunción o, entiendo, incluso a los efectos de mantener la presunción de capacidad.

Desde mi punto de vista, es peligroso poner al mismo nivel la prueba pericial y la prueba testifical. De todos es sabido la hipovaluación que sufre la prueba testifical en determinados ámbitos, como sucede, por ejemplo, en el proceso penal, por las inseguridades y posibilidades de error que su práctica genera. En mi opinión, no es que deba desecharse totalmente la prueba testifical en la problemática que estoy tratando, pero sí es evidente que no son equiparables, desde el punto de vista jurídico, la prueba pericial, realizada por médicos, a la testifical, llevada a cabo por cualquier persona lega en Medicina y que lo máximo que, en su caso, puede aportar son, generalmente, apreciaciones personales, subjetivas, pero no auténticos juicios de valor sobre el estado mental de una persona.

Hay casos, a mi juicio muy interesantes, en los que se declara la falta de capacidad del testador tras un examen *post mortem* de su cerebro. Así ocurrió, por ejemplo, en la dictada por nuestro Tribunal Supremo el 22 de junio de 1992: «El *thema decidendi* versa sobre nulidad del testamento, a causa de la incapacidad del testador, como consecuencia de no hallarse éste en su “cabal juicio” al tiempo de otorgar aquél. Ambas sentencias de instancia coinciden, tras un análisis riguroso de la prueba practicada en la estimación de la insania mental del causante en grado suficiente y con sujeción a los requisitos exigibles para declarar la nulidad del citado negocio jurídico unilateral. Al efecto, la sentencia recurrida establece: la prueba pericial practicada durante el proceso lo ha sido con respeto a los principios de igualdad, bilateralidad y contradicción; extraña, a los que la presente suscriben, la actitud de los demandados comparecidos en la instancia, que se opusieron a su práctica cuando resultaba evidente su necesidad para determinar la veracidad de las afirmaciones de la demanda, así como las suspicacias sobre la identidad del cerebro examinado *post mortem* en el Hospital Civil de Basurto; tal duda debe predicarse carente de todo fundamento, atendida la documental obrante en autos. Centrándonos en la citada pericial, habrá de coincidirse con el Juez de instancia en que los tres peritos emiten un informe “exhaustivo, concluyente y convincente”. De los tres peritos, uno es médico-forense, profesor colaborador del Departamento de Medicina Legal y Toxicología de la Universidad del País Vasco; otro es especialista titulado en Neurología y en Psiquiatría, jefe del Servicio de Neuropsiquiatría del Hospital de la Cruz Roja de Bilbao, y el otro también es especialista titulado en Neurología y Psiquia-

tría, además de diplomado en Psicología, desarrollando uno de ellos funciones de jefe del servicio médico central de una entidad bancaria y el otro de médico de empresa. De tan exhaustivo informe, cabe referir, además, su profundidad, fundamentación técnica y contundencia, la adecuada sistematización, comprendiendo un resumen cronológico de hechos, aspectos destacables de los informes médicos obrantes en autos, aspectos conceptuales y científicos de la concreta enfermedad que padeció el difunto señor L., examen del propio testamento y de la personalidad del testador y unívocas conclusiones finales. Tal ineluctable hermenéutica de las conclusiones tiene su cenit al contestar a la pregunta “si desde el punto de vista científico puede asegurarse con evidencia y sin dejar margen racional de duda que don Román L. G. estaba incapacitado el día 18-8-1983 para otorgar el testamento que figura incorporado a los autos, pese a la declaración de capacidad del mismo, que en dicho testamento expresan el Notario autorizante y los dos testigos presenciales, uno de ellos médico de profesión con la respuesta sin ningún género de dudas, a la fecha del testamento. Don Román L. G. no estaba capacitado para otorgar el testamento que figura incorporado a los autos, basándonos en todo lo anteriormente expuesto. Y esta incapacidad data de varios meses antes”. Contra tal prueba no puede prevalecer ni la presunción de capacidad del notario y del médico amigo del difunto y que actuó como testigo en el acto de disposición testamentaria ni la documental y testifical practicada en esta instancia. Fundamentalmente sobre estas dos últimas pruebas versó el alegato de la parte apelante. Léida la documental referida y la testifical ratificadora, debe señalarse que la misma reconoce la causa de la muerte apuntada por el resto de las pruebas y reconoce expresamente como dato cierto la sintomatología física hecha constar en el informe de la doctora F. (...) y que data la misma a mediados de agosto de 1983. No admite dicho doctor que existiera una previa sintomatología psíquica de la enfermedad que definitivamente le produjo la muerte al testador, contra las opiniones expuestas. Tanto razones procesales —igualdad, bilateralidad y contradicción, frente a unilateralidad en su encargo y realización, paliada en parte con la testifical sometida a repreguntas— como numéricas —tal opinión frente a la de los tres peritos y la de los médicos que suscribieron las documentales comentadas— y de especialidad respectiva —Neurología y Medicina Interna, frente a la ya expuesta, si bien sería injusto no reconocer su muy alta cualificación universitaria— abocan a mantener el resultado valorativo de instancia. No estará de más apuntar que dicho doctor es adjunto de un Servicio, cuyo jefe es el doctor L. H. M., que no alberga dudas sobre el estado de incapacidad que aquejaba al testador en el momento de otorgar el testamento. Por todo lo cual, no se ha desvirtuado lo acertado de los razonamientos del Juez *a quo*, quien tras exponer la doctrina del *favor testamenti* y de la rigurosidad de la prueba exigida para anular el testamento por incapacidad, en aplicación de la presun-

ción de capacidad que para toda persona rige en nuestro Derecho, ha considerado, al igual que la mayoría de los miembros del Tribunal, que ha quedado debidamente acreditada la incapacidad que aquejaba al difunto en el momento de otorgar el testamento de fecha 18-8-1983».

Esta sentencia se refirió, en su Fundamento de Derecho Segundo al controvertido tema de la declaración judicial de incapacidad del testador. Hay que tener en cuenta que esa declaración se produjo unos días después de haber hecho testamento. ¿Podemos entender, en este caso, que el testador, unos días antes, es decir, en la fecha en que otorgó su testamento, no estaba ya en su cabal juicio?

La sentencia, en este sentido, toma una posición clara, declarando que «...Ninguna incidencia tiene sobre el problema debatido, en relación con la naturaleza de la prueba sobre la que sustancialmente descansan las apreciaciones del Juzgador, la circunstancia puesta de relieve por los recurrentes respecto de la fecha en que se otorgó el testamento (18-9-1983) y la fecha de declaración judicial de incapacidad judicial del señor L. (31 de octubre del mismo año), pues no es preciso ni siquiera que tal declaración judicial exista como condición, ni con anterioridad ni al tiempo del otorgamiento, ni posteriormente, a los fines de denunciar la nulidad del testamento, por causa de incapacidad del testador, aunque de su concurrencia se deduzcan determinados efectos, que, en el caso presente, no han revestido significación, no obstante, la utilidad de su valoración como un elemento más en el conjunto de los probatorios, dado que si establece el artículo 666 que “para apreciar la capacidad del testador se atenderá únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar el testamento”, este mandato no impide que una sintomatología manifestada abruptamente, con posterioridad, sirva como explicación de trastornos antecedentes de la conducta. Tampoco cabe inferir de tal circunstancia que la prueba sobre el hecho fundante de la acción, tenga que ser, en estos supuestos, necesariamente, prueba indirecta, en el sentido de prueba indiciaria o por presunciones, pues las operaciones probatorias consisten habitualmente en una reconstrucción del pasado; de aquí, por ello, que sea erróneo el intento de la parte recurrente de transmutar la prueba pericial en prueba de presunciones para acomodar su crítica a las pautas jurisprudenciales, elaboradas respecto de los artículos invocados como infringidos...».

Esta sentencia viene a decir, sustancialmente, que lo verdaderamente trascendental es el estado en el que se hallare el testador en el preciso momento en que otorgó el testamento. Este dato es el realmente importante. No hay que atender, por tanto, a los momentos anteriores al otorgamiento, ni a los posteriores, si bien esta apreciación ha de ser matizada, afirmando la utilidad de su valoración —como no podía ser menos, pues son datos que, efectivamente, pueden servir para intentar conocer cuál era el estado mental del testa-

dor—, pero sólo como un elemento más a considerar en el marco de los elementos probatorios.

El Fundamento de Derecho Tercero de esta sentencia aborda una cuestión, problemática, referida a la resolución del conflicto que se produce cuando los facultativos estiman con capacidad mental al testador, pero el Notario no lo considera así a su juicio: «El segundo y último motivo casacional discurre por el cauce del número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, acusando la infracción de los artículos 662, 663, 664 y 666 del Código Civil, así como la doctrina jurisprudencial de esta Sala. Pero, en verdad, que ninguno de estos preceptos, ni los criterios atinentes a su recta interpretación judicial han sido vulnerados, ya que los Juzgadores de instancia han tenido muy en cuenta la presunción de capacidad del testador, siempre destacada por la jurisprudencia (sentencia de 30-4-1920), aunque con valor *iuris tantum* (sentencias de 8-5-1922, 25-10-1928 y 23-3-1944), que admite, por propia definición, pese a su rango de fuerte presunción, que se destruya por pruebas, cumplidas y convincentes, demostrativas de que en el acto de otorgar testamento el testador no se hallaba en su cabal juicio, pues la declaración que en este sentido revisorio hagan los Tribunales no pugna con el juicio equivocado que de buena fe pudieron formar el Notario y los testigos sobre la dicha capacidad en el acto del otorgamiento (sentencia de 16-2-1945); conforme, además, resulta, según destacó la sentencia de 25-3-1940, de la misma dicción del Código, que, en su segunda edición, sustituyó la expresión «deberán asegurarse», que no exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza. La evidente y completa prueba en contrario a que alude la sentencia de esta Sala, de 26-9-1988, resulta tanto más patente, en este caso, cuanto que a diferencia de otras muchas, la enfermedad de Creutzfeldt-Jacob que padeció el testador, como consecuencia de su origen virásico, que degeneró en una encefalitis espongiiforme, permitió su análisis, también, con los resultados de la necropsia, por lo que las características de su incubación y desarrollo posterior, de acuerdo con los criterios científicos, establecen la certeza de la incapacidad que se acogió por la sentencia recurrida. Por tanto, el segundo motivo decae».

A la vista de esta sentencia, parece evidente concluir que el Notario, en efecto, puede hacer un juicio sobre la capacidad del testador. Pero ese juicio que haga no es, naturalmente, irrefutable. Como ya he expuesto anteriormente, no deben ser equiparables o, en otras palabras, no debe tener el mismo valor probatorio la apreciación que haga el Notario de la capacidad mental de testador, que, al fin y al cabo, será siempre un juicio subjetivo, que la valoración que establezca un perito psiquiatra o psicólogo.

La Jurisprudencia española, asimismo, ha negado la capacidad testamentaria de aquellas personas que padecen oligofrenia. La oligofrenia es una enfermedad psíquica cuya característica principal es el infantilismo psíquico,

acompañado, a menudo, de un retraso en las funciones intelectuales. Con este calificativo de «oligofrenia» o «debilidad mental» se designa el estado consecutivo a un desarrollo insuficiente de las funciones psíquicas, principalmente denotable o visible en su aspecto intelectual. Como ya, en otra ocasión, expuse, le falta al débil mental la disposición intelectual necesaria para comprender los problemas que le plantea la vida social, para crear los hábitos de adaptación convenientes y para criticar, de acuerdo con los resultados de su experiencia personal, el valor de los mismos. Si lo decimos de un modo más preciso, al débil mental le falta la inteligencia en sus tres modalidades: de comprensión, de creación y de crítica, que se requieren para poder autoconducirse en nuestra sociedad (14). El concepto de oligofrenia o debilidad mental es puramente cuantitativo y, además, de cierta relatividad, impuesta por los variables estándares sociales que han de servir, al fin y al cabo, para definir esta enfermedad. Según cual sea el nivel intelectual medio del grupo humano que se utilice como referencia, puede ocurrir que un mismo sujeto aparezca en él como débil mental o no.

Una sentencia, ya algo remota en el tiempo, de 8 de marzo de 1972, declaró la nulidad de testamento otorgado por testadora que padecía oligofrenia en grado segundo —grado medio—, afirmando, en sus Considerandos que «también debe rechazarse el segundo motivo del recurso esgrimido bajo la rúbrica del número 1 del mencionado artículo 1.692 (LEC), porque la circunstancia de que en el testamento litigioso se hayan observado o no los requisitos formales exigidos para su validez por el artículo 665 del Código Civil, no se opone a la posibilidad de que la Sala sentenciadora lo declare nulo como consecuencia de la estimación de incapacidad legal de su otorgamiento, por constituir los problemas relativos al estado mental de éstos en el momento de otorgar sus disposiciones de última voluntad, meras cuestiones de hecho sometidas a su libre apreciación y como tales censurables en casación únicamente por la vía del número 7 del artículo 1.692 (...), aun cuando el resultado a que lleguen sea contrario al informe facultativo emitido a efectos del artículo 665 y a lo que el fedatario haya hecho constar sobre la materia, cumpliendo lo que previenen los artículos 685 y 695, por no tener que ajustarse los órganos judiciales a aquellos dictámenes, según lo dispuesto en los artículos 1.243 del indicado Código y 632 de la Ley Rituaria (...), ni a las aseveraciones de los segundos que pueden destruirse por medio de una prueba en contrario (...), por lo que al declararse por la resolución impugnada, a la vista de los diversos elementos de prueba aportados al juicio, que la otorgante del testamento, cuya nulidad se postula, padeció con varios años de antelación a su comparecencia ante el Notario, de oligofrenia en grado segun-

(14) ROMERO COLOMA, AURELIA MARÍA, *El análisis psicológico del testigo en el proceso penal*, Ediciones Serlipost, Barcelona, 1991.

do, con facultades mentales inferiores a las de una niña de cuatro años, cuya enfermedad, por su carácter permanente e irreversible, no permita se produzcan intervalos de lucidez y al declararse nula dicha disposición testamentaria por el Tribunal *a quo*, no incurrió éste en las infracciones denunciadas en el motivo que por consecuencia carece de viabilidad».

Se estima, en esta última sentencia citada, que los oligofrénicos no pueden testar, ya que se considera, incluso, que en la oligofrenia no hay intervalos lúcidos, ya que es una enfermedad que no admite fluctuaciones, sino que, por el contrario, tiene un carácter de permanencia.

Hay que plantear otros supuestos que, en la práctica, suelen presentarse, como, por ejemplo, el de la persona que padece una paranoia y que, sin embargo, hace testamento. ¿Es válida esa disposición de última voluntad o hay que reputarla, siempre y en todo caso, nula?

Aquí, hay que distinguir entre paranoia en grado profundo y paranoia que admite ciertas gradaciones más leves. Ante todo, hay que definir la paranoia como una enfermedad mental de carácter grave y progresivo, que se caracteriza, al comienzo, por la aparición de una idea fija, de carácter delirante y obsesivo; más adelante, en un estado ya más avanzado de la enfermedad, el sujeto afectado se ve inmerso en un sistema, complejo, de ideas delirantes que le atormentan y que, en ocasiones, le empujan al suicidio.

En la actualidad, gracias a los avances de la Ciencia y, en concreto, de la Medicina Psiquiátrica, se considera que la paranoia está asociada a un proceso esquizofrénico, con características ligeramente diferenciadas: es la demencia paranoide o esquizofrenia paranoide.

Hay que resaltar, no obstante, que el delirio que sufren las personas paranoicas suele estar bastante bien circunscrito, girando en torno a una idea fija.

Hay que resaltar que la etimología de la palabra «paranoide» es poco afortunada, pues, en realidad, podría aplicarse a casi todas las formas psicopáticas. Así, los síndromes delirantes no son exclusivos, ni siquiera característicos de las personalidades paranoicas. Lo que, desde luego, define a estos sujetos es, de un lado, la facilidad con que utilizan la función de autojustificación y, de otra, la energía con que siempre tratan de imponer a otras personas los resultados o conclusiones a que llegan en su desviado modo de razonar y de pensar.

En definitiva, tras estas apreciaciones sobre la paranoia, hay que concluir afirmando que el testamento hecho por una persona afectada de esta enfermedad mental no debería, en principio, ser considerado válido, porque la capacidad de entender y de querer se encuentran gravemente afectadas.

Otro supuesto que, con frecuencia, suele plantearse en la práctica es el del testamento otorgado por persona que padece esquizofrenia.

Ante todo, hay que decir que la esquizofrenia es una enfermedad que consiste en una profunda disociación, perdiendo el enfermo todo contacto

vital con la realidad. Este proceso mental tiene, con cierta frecuencia, etapas que pueden dar la ilusión de una mejoría o bien ocultar casi completamente, o incluso de manera absoluta, la enfermedad, por lo cual es fácil comprender los riesgos que estos enfermos comportan a la hora de la testamentifacción.

Lo característico de los tipos esquizoides es, precisamente, la perpetua contradicción de su conducta, que escapa a toda previsión lógica y resulta, de hecho, psicológicamente incomprensible. El tipo esquizoide se caracteriza por su caprichosidad, originalidad, brusquedad y falta de coherencia externa. Uno de los elementos esenciales de este tipo de personalidad es su introversión, su tendencia al «autismo», a la vida irreal subjetiva, imaginativa, completamente libre de la censura impuesta por los valores de la sociedad en la que vive.

Las formas avanzadas de esquizofrenia —las estereotipias y actitudes catatónicas— denuncian claramente la enfermedad, por lo que cualquier fedatario, aunque no esté avezado en estas cuestiones, puede distinguir, con bastante claridad, cuando tiene ante sí a un sujeto afectado por esta enfermedad y que pretenda hacer testamento. Sin embargo, son prodrómicas, es decir, las formas menos avanzadas de la enfermedad, las más peligrosas, porque consiguen disimular el proceso mental anómalo consiguiente. A ello hay que añadir que estos enfermos pueden dar la ilusión de mejoría o bien ocultar por completo su enfermedad. En estos casos, sólo un perito médico podrá llegar a comprender el estado mental de estos sujetos, pero nunca —o casi nunca— un Notario, que, al fin y al cabo, es lego en temas y cuestiones médico-psiquiátricas.

A mi juicio, una persona afectada de esquizofrenia no es capaz de realizar un testamento válido.

En algunos supuestos, la Jurisprudencia ha negado la capacidad de testamentifacción a personas de edad muy avanzada y que padecen una arterioesclerosis en grado profundo, de tal modo que esta enfermedad era susceptible de disminuir o alterar gravemente la capacidad mental. Veamos, en este sentido, una sentencia dictada por el Supremo, de 27 de junio de 1977, cuyo Fundamento de Derecho Primero declaró que «es doctrina reiterada de esta Sala, la de que la estimación de la capacidad, al momento de otorgar testamento, es puramente una circunstancia deducida de los que son supuestos de hecho, y aunque se presume por regla general, aún avalada por la declaración del Notario autorizante y corroborada por los testigos intervinientes, dicha presunción, que lo es «puede ser abatida por la prueba en contrario, por lo que ha de alcanzar extrema importancia en la resolución del recurso, el que el Juzgador declare como probado, de la apreciación conjunta de la prueba practicada y, muy especialmente, según expresión literal de la sentencia, de los dictámenes periciales, el que la testadora, de setenta y nueve años de edad, venía sufriendo desde tiempo anterior una arterioesclerosis avanzada que disminuía su capacidad mental, siendo internada el día 6 de diciembre de

1972 en una clínica al haberle sobrevenido una trombosis cerebral progresiva e irreversible, de la que falleció veinte días después, mostrándose durante ese período de internamiento somnolienta, obnubilada y en tal estado de sopor que hacía imposible la exploración de su sensibilidad, porque en su estado psíquico carecía de capacidad para responder, sin admisibilidad de intervalos lúcidos; de lo que forma el Juzgador de instancia la convicción de que en el momento en el que otorgó el testamento —7 de diciembre de 1972—, cuya nulidad se pretende, la testadora no se hallaba en su cabal juicio, sino privada totalmente de las precisas facultades de inteligencia y voluntad, aunque pudiera hacer algún gesto, pronunciar alguna palabra e incluso trazar maquinalmente, en tal estado, su propia firma, dando lugar, en consecuencia, a la acción de nulidad ejercitada».

En este supuesto, a mi juicio interesantísimo, la falta de capacidad de la testadora era evidente. Había que tener en cuenta, no ya sólo su edad avanzada, pues la ancianidad no es obstáculo para realizar un testamento válido, siempre que se conserven incólumes las facultades mentales, sino la enfermedad que padecía la testadora, una arterioesclerosis avanzada que, lógicamente, alteraba de manera grave su capacidad mental. Además, hay un dato curioso en esta sentencia, que viene referido al hecho de que uno de los testigos instrumentales no conocía a la testadora con anterioridad y, sin embargo, a pesar de esta circunstancia, se dio cuenta de su falta de capacidad, apreciando este hecho con toda evidencia. El Tribunal Supremo, como no podía ser menos, declaró la nulidad del testamento otorgado.

La Jurisprudencia ha negado, asimismo, capacidad testamentaria a aquellas personas que padecen una demencia arterioesclerótica, de evolución crónica, irreversible e incapacitante, enfermedad degenerativa y progresiva de nulas posibilidades de recuperación. En el supuesto concreto, resuelto por sentencia del Tribunal Supremo, de 19 de septiembre de 1998, la testadora había otorgado testamento en el «Instituto de Investigaciones Neuropsiquiátricas doctor López Ibor, S. A.», ante el Notario de Madrid, don Francisco Lucas Fernández. En sus Fundamentos de Derecho, la sentencia señaló que «los recurrentes (demandados en el pleito) plantean en el primer motivo infracción de los artículos 662 y 663, en relación al 1.243 del Código Civil, 632 de la LEC y doctrina jurisprudencial, para combatir la sentencia de apelación que decretó nulo el testamento abierto, otorgado por doña Salomé P. P. el día 14 de marzo de 1980, en el “Instituto de Investigaciones Neuropsiquiátricas López Ibor”, ante el Notario de Madrid don Francisco L. F., por incapacidad mental de la referida testadora y cuya nulidad instó la actora, doña Joaquina P. M., en su condición parental de sobrina de dicha otorgante».

«Conviene hacer constar que la cuestión tiene relación originaria y derivada de la sucesión hereditaria del patrimonio de don Benjamín P., pintor de notoria fama universal, cuyo prestigio artístico reconocido suficientemente no

se puede poner en duda, el que, mediante testamento ológrafo de 20 de marzo de 1972 —protocolizado el 4 de julio de 1980— instituyó herederas universales a sus dos hermanas, la mencionada doña Salomé P. P. y doña Remedios P. P. (premuerta). También ha de advertirse que la normativa aplicable es la anterior a la reforma operada por Ley de 20 de diciembre de 1991».

«El motivo está dedicado a combatir la valoración que el Tribunal de Instancia llevó a cabo de la prueba pericial médica, que le permitió alcanzar, junto a otras probanzas, la conclusión de que en el momento de otorgar su testamento doña Salomé P. P. no reunía las condiciones psicológicas y mentales que la capacidad de testar exige, por estar afectada de constatada enfermedad de demencia arterioesclerótica consecutiva, de evolución crónica, irreversible e incapacitante, prácticamente incurable.

»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 (art. 200 del Código Civil).

»El precepto se ha de aplicar no sólo 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, que es el caso de autos, ya que doña Salomé P. P. fue declarada incapaz a medio de Auto de 9 de julio de 1981 —posterior a la fecha del otorgamiento de su disposición de última voluntad—, pero la proximidad temporal también es significativa, en cuanto a que la anomalía mental ya existía, pues cuando se incoa el procedimiento judicial, evidentemente se parte de la concurrencia de un presencial y exteriorizado estado anómalo mental y no se ha de esperar a que durante el iter del proceso aquél tenga que manifestarse necesariamente».

«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 —*favor testamenti*—, que cabe ser destruido por medio de 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 (...) Dicha prueba se ha practicado y el Tribunal de Instancia la valoró en sentido positivo, para lo que no sólo atendió a la pericial médica que se cuestiona y actuó sobre la historia clínica y datos médicos obrantes de doña Salomé P. —ya que falleció el 17 de noviembre de 1984—, sino también a actos anteriores, coetáneos y posteriores de dicha causante, próximos temporalmente a la fecha de otorgar su voluntad sucesoria, suficiente y detalladamente estudiados, con destacada atención, en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia en recurso».

El Fundamento de Derecho Segundo de esta interesante sentencia señaló que la testadora no se encontraba en un intervalo lúcido cuando hizo testa-

mento: «Se aporta infringido (motivo segundo) el artículo 666 del Código Civil, en cuanto se argumenta que el Tribunal de Apelación tuvo en cuenta, a efectos de apreciar la capacidad de la testadora, actos anteriores y posteriores, que se relatan en el fundamento de derecho quinto de la sentencia.

»La decisión de los juzgadores de instancia no se basó exclusivamente en la concurrencia de estas circunstancias, ya que, al conformar hechos demostrados, los analizó y sometió a proceso valorativo por ser material probatorio obrante en el pleito y que debía de tenerse en cuenta, así como la declaración judicial posterior de incapacidad, ya que actúan corroborando la prueba pericial, que fue debidamente estudiada y atendida, la que resulta trascendental en estos casos, cuando se trata de precisar el estado mental de las personas naturales, pues los trastornos de este tipo no suelen surgir de un modo súbito, ya que lo más frecuente es que responden a un proceso degenerativo que se desarrolla y acrecienta con el transcurrir del tiempo.

»El precepto citado no ha sido infringido. No se trata precisamente de un testamento otorgado en un intervalo lúcido, que ha de reunir los requisitos del artículo 665 del Código Civil. El hecho de que en el abierto que dictó doña Salomé P. hubieran intervenido como testigos tres médicos del centro sanatorial en el que estaba internada y donde se redactó la disposición, no supone por ello blindaje del acto notarial que haga inatacable la conclusión de que gozaba en dicho momento histórico de la capacidad mental suficiente para otorgar un testamento complejo, como el que es objeto del proceso, pues dichos facultativos sólo actúan como testigos instrumentales idóneos, dentro de las competencias y deberes que la ley les impone y nada más (arts. 694, 695, 696, 697 y 698 del Código Civil).

La exigencia del referido artículo 666, a efectos de apreciar la incapacidad de la testadora, impone 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 caso no lo apreció (...), toda vez que concurre prueba bastante para mantener con la seguridad suficiente que la referida 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, de casi nulas posibilidades de recuperación.

»El motivo no procede. Se hace supuesto de la cuestión en cuanto valora la prueba pericial, en la pretensión de sustituir el criterio imparcial de los juzgadores por el decididamente interesado de los recurrentes. No ha de olvidarse que el ingreso en la clínica fue precisamente debido al estado mental deteriorado de doña Salomé P. A su vez, la sentencia no hace declaración alguna respecto a la retroactividad de la resolución judicial que decretó su incapacidad, que no resulta preciso cuando se trata de una incapacidad de hecho mantenida hasta su fallecimiento como es el caso de autos».

Es evidente, a mi juicio, que la enfermedad incapacitante que la testadora padecía, demencia arterioesclerótica, invalida a los efectos de realizar una disposición de última voluntad. Tengamos en cuenta, hay que insistir en este extremo, que el testamento es un acto personalísimo, trascendental, en el que hay que exigir el pleno disfrute de las facultades intelectivas y volitivas. Sólo con estas exigencias se podrá afirmar que, en efecto, el testamento responde, íntegramente y de manera plena, a la voluntad del testador o testadora.

No admitió esta sentencia tampoco la posibilidad de intervalos lúcidos en esta enfermedad incapacitante, lo cual es lógico habida cuenta del hecho de que la demencia arterioesclerótica tiene un carácter progresivo, es decir, va a más, a peor, pero nunca a la mejoría de los síntomas y, de ningún modo, a la remisión, sea total o parcial, de éstos.

El Fundamento Jurídico Tercero de esta sentencia se refirió a la denuncia de infracción del artículo 685 del Código Civil, en relación con los artículos 662 y 663 del citado *corpus* legal, tomando como fundamento que ese precepto afirma que dos de los testigos instrumentales y el Notario autorizante «procurarán» asegurarse que el testador tiene, a su juicio, la capacidad necesaria para testar: «Se ataca la sentencia que se recurre con el argumento de que infringió el precepto civil aportado, al invalidar la valoración del grado de capacidad de la testadora que efectuó el Notario autorizante y los testigos presenciales, dado que en éstos —doctores L. I., H. y C.— eran destacados expertos psiquiatras y poseían conocimientos necesarios para enjuiciar la capacidad de doña Salomé P. a efectos de realizar el acto de disposición de última voluntad. Esta Sala no cuestiona ni pone en duda, tanto la honorabilidad y competencia profesional del Notario como la científica de los peritos mencionados.

Sin embargo, lo que se deja dicho no resulta suficiente ni hace por sí inatacable el testamento que se discute en el pleito. La capacidad para testar equivale a capacidad o aptitud natural y según la jurisprudencia reiterada se presume asiste a todo testador. Cuando se requiere la presencia del Notario para otorgar testamento, el fedatario se encuentra en un primer momento —es al que se refiere el citado art. 685— que le impone una extremada atención, consecuente al contacto directo y personal con el otorgante, en cuanto que tiene que determinar su capacidad de obrar en relación al acto jurídico que pretende llevar a cabo, por lo que ha de hacer una calificación que suele ser inmediata respecto a su idoneidad para poder testar.

«El texto legal utiliza el vocablo procurar, que equivale a intentar, tratar o hacer esfuerzo de atención y diligencia, que no exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza ni intervención facultativa (...)

»La reforma operada por Ley de 20 de diciembre de 1991 llevó a cabo un cambio semántico, que no es ninguna innovación, ya que se volvió a la primera edición del Código Civil, en cuanto establece que el Notario deberá

asegurarse de la capacidad, lo que resulta más imperativo, pues ya le obliga y compromete, adquiriendo mayor preponderancia, toda vez que ha de emitir un juicio jurídico 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, a efectos de que este acto jurídico esté asistido de la legalidad correspondiente, que lo instaure como plenamente eficaz y válido. El juicio del Notario es exclusivamente propio y personal, pues no se apoya en la colaboración del especialista, como ocurre en el supuesto del artículo 665, que la sentencia recurrida descarta terminantemente corresponda al caso que nos ocupa.

»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 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.

»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 mas 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 éste 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 en camino de ajuste a la ley, lo que resulta efectivo ante la redacción de disposiciones testamentarias que presenten complejidad. En el caso que nos ocupa, tal complejidad la permite las circunstancias personales que concurrían en doña Salomé P. en razón al deficiente estado y perturbación mental que la afectaba, por lo que precisaba, como se deja dicho, no sólo una capacidad natural media, sino más que suficiente y equilibrada, ya que en su testamento no sólo designa como sucesor de todos sus bienes a la entidad que denomina “Fundación Benjamín Palencia” —que no estaba constituida por entonces—, sino que resulta cuidadosa, lo que supone una también intensa atención mental, toda vez que adopta precisas medidas respecto a las finalidades culturales y objeto que detalla de la entidad, designa nominalmente a las personas encargadas de su creación —don Antonio G. D. C. y don Ramón B. A.—, a los que instruye

sobre su voluntad en tal sentido y al tiempo los nombra albaceas testamentarios, contadores partidores y administradores de su herencia.

»El juicio notarial de la capacidad de testamentifacción, si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dado el prestigio y confianza social que merecen en general los Notarios, no conforma presunción *iuris et de iure*, sino *iuris tantum*, que cabe destruir mediante prueba en contrario, que los Tribunales deben declarar cumplida y suficiente para decidir la incapacidad de quien testa y en el momento histórico de llevar a cabo tal acto, lo que conforma reiteradísima doctrina jurisprudencial (...), y de acuerdo a la misma, el Tribunal de Apelación estableció como hecho probado, tras la valoración conjunta del material probatorio del pleito, la incapacidad discutida de doña Salomé P. y tal valoración probatoria, que combaten los motivos estudiados, ha de ser respetada, pues no se acreditó que fuera incorrecta, con lo que es obligado asumir y coincidir con la decisión de los juzgadores de la instancia, ya que su actividad es revisoria al haberse planteado contienda judicial y no pugna con el juicio de capacidad a cargo del Notario y testigos presenciales en cuanto se les supone actuantes de buena fe, pero que el proceso, con sus garantías de dualidad y contradicción procesal, pone de manifiesto que se trata de un juicio equivocado, que acarrea la nulidad de la disposición testamentaria otorgada».

Se planteó en esta interesante sentencia la cuestión, sin duda polémica y controvertida, del juicio de capacidad que el Notario autorizante del testamento de doña Salomé P. había realizado, considerando que el fedatario creyó, de buena fe, que efectivamente esta señora tenía la capacidad mental suficiente para otorgar una disposición testamentaria.

Quedó probado, en efecto, que la testadora padecía una grave enfermedad arterioesclerótica, de carácter irreversible, altamente incapacitante y de evolución degenerativa. Tanto el Notario autorizante del testamento de esta señora, como los médicos, de reconocido prestigio profesional, del Centro Sanatorial en el que estaba internada, coincidieron en afirmar que la testadora se hallaba en su cabal juicio y que, por tanto, podía testar válidamente.

Sabemos que el juicio de capacidad que haga el fedatario puede estar sujeto a múltiples errores. Ya ha quedado expuesto, en páginas atrás, cómo el Notario no es un experto en Medicina y, por tanto, no tiene por qué conocer de una forma irrefutable que una persona se encuentre o no en su cabal juicio. Estimo que ese «cabal juicio» al que se refiere nuestro Código Civil es bastante complejo de dictaminar para aquellas personas legas en Medicina y, en concreto, en Psiquiatría o en Psicología.

Extraña es, sin embargo, la situación que plantearon los médicos que actuaron como testigos. Estos médicos eran facultativos que, sin duda, conocían, a la testadora, pues ejercían su profesión en el Centro Sanatorial en el que ésta estaba internada. Y, no obstante, dictaminaron que la testadora se encon-

traba en su «cabal juicio». La única explicación posible a este hecho, desde mi punto de vista, estriba en que estos facultativos estimaran que la testadora se hallaba en un intervalo lúcido, cosa, en cualquier caso, poco probable si tenemos en cuenta la enfermedad que padecía, pero posible en todo caso.

Hay que resaltar que, cuando el juicio de capacidad del Notario autorizante es coincidente con el emitido por los facultativos, la presunción *iuris tantum* de capacidad del testador y, por ende, de la validez de su testamento, alcanza el rango de fuerte presunción, tal como indicó una antigua sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 1945: «Que, si bien la afirmación de la capacidad en el testador que en cumplimiento del artículo 685 del Código Civil hace el Notario que autoriza el testamento, alcanza el rango de fuerte presunción *iuris tantum*, con mayor motivo si es coincidente con el informe de los facultativos a quienes haya dado intervención en el otorgamiento —momento al cual ha de referirse el requisito de la capacidad— la expresada aseveración puede ser destruida por ulteriores pruebas —cumplidas y convincentes— demostrativas de que en aquel acto el testador no se hallaba en su cabal juicio (...)

«Que en el caso de este recurso resulta que el Tribunal de la Audiencia examina en su sentencia todos los dictámenes periciales emitidos sobre la capacidad de doña María L., a partir del año 1932, la prueba de confesión en juicio practicada en el pleito, la documental y la de testigos, muy especialmente en cuanto a esta última la declaración de un Notario ante quien pretendió testar aquélla en fecha próxima a la del testamento en litigio, y después de ponderar todos estos elementos probatorios, los aprecia en conjunto y deduce de modo inequívoco y concluyente que la repetida testadora padecía una lesión cerebral determinante de incapacidad mental, de carácter permanente, y que, por ello, en el momento de testar no tenía la capacidad legal necesaria para el acto».

Estimo que las personas que padecen la enfermedad de Alzheimer no pueden hacer testamento válido. Veamos, en este sentido, una interesantísima sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra, el 7 de junio de 1999: Por el Juzgado de Primera Instancia de Pamplona/Iruña se dictó sentencia en que se estimaba en parte la demanda interpuesta por la representación procesal de don Jesús María E. F. H. frente a doña María Lucía E. F. H. y don José Pablo E. F. H., declarando nulo el testamento de hermandad otorgado por don Pedro E. G. y doña Arcadia F. H., en fecha 18 de julio de 1996.

Contra la indicada sentencia, se interpuso recurso de apelación por la representación de la parte demandada personada. Por la parte apelante se solicitó que, con estimación de su recurso, se desestimara la demanda, revocándose a tal fin la sentencia dictada, y se absolviera de aquella a su defendida, dejándose sin efecto la declaración de nulidad realizada del testamento

de hermandad otorgado por los causantes de los hermanos litigantes, ya que entendía que no se había valorado correctamente la prueba practicada en autos, pues se había dado excesivo valor a la pericial del doctor M., que era de referencia, basada en otros informes médicos anteriores sobre la capacidad mental del padre, debiendo prevalecer la presunción de certeza de la calificación de esa capacidad, en el momento del otorgamiento, del Notario autorizante y de los testigos presentes, así como la del médico de cabecera, doctor G., que expresó que la enfermedad de Alzheimer en el testador surgió seis meses más tarde del testamento, cuando falleció su esposa.

El Fundamento de Derecho Primero de esta sentencia refiere que el testador había sido diagnosticado por el doctor L., del Servicio de Neurología, del Centro de Consultas «Príncipe de Viana», teniendo ochenta y siete años, el 19 de septiembre de 1994, de «deterioro cognitivo compatible con afectación degenerativa cortical primaria (enfermedad de Alzheimer)», basado este diagnóstico en un TAC cerebral, según el cual padecía «atrofia córtico-subcortical difusa de grado moderado-severo con infartos corticales o lagunas»; Leukoariosis grado II, y un electroencefalograma de «trazado irregular mal diferenciado, con lentificación difusa». Según el estudio neuropsicológico entonces realizado, se le apreciaba una «marcada desorientación temporal espacial; alteración de atención, concentración, cálculo, memoria retentiva y recuerdo diferido, parafasias nominales, pobre fluencia verbal, alteración en secuencias motoras, alteración razonamiento-abstracción, apraxia y agnosia», siéndole recetado un comprimido de «Brainal» en desayuno y otro en comida, y ordenándole una revisión médica a los cinco meses.

La esposa falleció el 21 de enero de 1997, desde cuyo momento el doctor G., médico de cabecera, le apreció una sensible pérdida de facultades, y falleciendo en esta ciudad el 2 de agosto siguiente. El último informe médico del Servicio de Geriatría, del Hospital de Navarra, se le realizó con motivo de su ingreso, teniendo ochenta y nueve años, habiendo sido llevado al Centro y Servicio de Urgencias por «obnubilación y rechazo de la ingesta», y constatándose en el informe médico del doctor L. de aquel Servicio, entre sus «antecedentes personales», el haber sido «diagnosticado de enfermedad de Alzheimer hace tres años; requiere ayuda para todas las actividades básicas con incontinencia doble; frecuentes episodios de vagabundeo; atragantamientos fáciles sobre todo con líquidos; agitación nocturna; sigue tratamiento con “Noctamid” y “Meleril”, al parecer con poca eficacia».

El hijo del testador, don Jesús M.^a E. F. H., interpuso demanda de juicio declarativo frente a sus otros dos hermanos, solicitando se declare, por incapacidad mental para testar de su padre, la nulidad del testamento de hermandad de 18 de julio de 1996, dando validez al de igual clase de 10 de octubre de 1991, otorgado en Pamplona. El hermano don José Pablo se allanó a la demanda, pero no así la hermana doña María Lucía, que se opone a ella

y la contesta, pidiendo su rechazo y que se le absuelva de la misma, por entender que su padre se encontraba en buen estado de salud mental cuando otorgó el testamento, que es al momento al que hay que referir la misma, y así se emitió el juicio de capacidad por el Notario autorizante y fue apreciado por los testigos que comparecieron en el acto, entendiendo, en consecuencia, que el testamento era válido y así había de declararse.

El Juzgado dictó sentencia, con fecha 23 de junio de 1998, por la que se estimó, en su parte principal, la demanda y se declaró que el testamento impugnado era nulo, por falta de capacidad psíquica del otorgante, que derivaba del informe pericial único practicado en autos por un Psiquiatra de reconocido prestigio, que informaba, de acuerdo con los dictámenes procedentes de los médicos que atendieron al enfermo, por entender que el mismo padecía del síndrome de Alzheimer desde septiembre de 1994, lo que quedaba constatado, de manera fehaciente, por pruebas de diagnóstico objetivo, como el TAC y el EEG cerebrales, además de la confesión del demandado allanado, que convivió con su padre y que declaraba que «se encontraba mal», lo que, al entender de la sentencia, rompía la presunción de certeza del juicio de capacidad del Notario autorizante; y desestimaba la demanda en el resto, en cuanto se pedía que se declarara válido el testamento precedente del causante, lo que no procedía en este juicio, al no haberse valorado aquí el mismo.

La demandada opuesta interpuso recurso de apelación contra dicho Fallo, pidiendo que se revocara éste y se tuviera por válido el testamento impugnado en la demanda, ya que, frente al juicio de valoración de capacidad del Notario que lo había autorizado, que suponía una presunción de veracidad, la valoración al efecto practicada, a su juicio, no había sido suficientemente eficaz, ya que se basaba en una prueba pericial realizada con posterioridad y no había incidido directamente en el afectado, haciendo deducciones, que entendía equivocadas, de informes médicos anteriores, que eran, en cierto sentido, contradictorios, ya que el médico de cabecera que visitó más asiduamente al enfermo entendió, al ratificar, como testigo, su propio informe, que la verdadera recaída en el mal de Alzheimer del enfermo lo fue después de otorgado el testamento, al morir su esposa, cuando se le produjo un deterioro grave de su salud mental, que antes no tenía, a lo que había que unir la ratificación del Notario y su oficial en su juicio valorativo y en la realización por aquél de pruebas significativas para excluir la demencia.

El Fundamento Jurídico Segundo de esta sentencia centró la cuestión planteada, fundamentalmente, en el juicio valorativo efectuado por el hijo del testador que convivía con él y que había afirmado que su padre «se encontraba mal». En este sentido, declaró la Audiencia Provincial que «debe ser rechazado el recurso planteado, en su aspecto fundamental, y confirmarse en ello la sentencia dictada, pues limitado el recurso a la realización de una correcta valoración de la prueba sobre la capacidad mental del testador (...), debe dejarse aquí

por sentado que la apreciación al respecto del juzgador de primera instancia es la adecuada y se ajusta a los criterios legales sobre la misma, y ello de acuerdo con lo siguiente: *a)* Conforme a las Leyes 184-2 y 206 del Fuero Nuevo de Navarra, son nulos los testamentos, de cualquier clase que sean, otorgados sin cumplir los requisitos legales establecidos para ello, y los mismos no pueden ser otorgados por las personas que, al momento de tal acto, no se hallen en su cabal juicio (aunque pudieran ser válidos —arts. 663 y 666 del Código Civil— aquellos otorgados por personas dementes en intervalos lúcidos, problema que aquí no se plantea, pues se parte, por el que defiende la validez del otorgado, que la enfermedad de Alzheimer no estaba suficientemente implantada en el testador a tal momento); *b)* remitiéndose la Ley 193 del Fuero a los artículos 688 y siguientes del Código Civil, en relación con las formas de testar, y con la única salvedad de que el testamento abierto —como lo es el aquí discutido— hecho ante notario, requiere de la intervención de dos testigos (Ley 188-1.^a), será aquí aplicable el artículo 696 del Cuerpo Legal común, en cuanto establece la presunción de certeza de la fe del Notario autorizante, sobre que el testador tiene la capacidad legal correspondiente para otorgar testamento, presunción que debe valer aquí como punto de partida inicial, dado que el referido Notario también se ha ratificado en juicio, y asimismo lo han hecho los testigos instrumentales asistentes, explicando la forma en que, respecto a una persona de edad o con posibilidad de incapacidad, se aprecia no obstante que ésta no concurre, y para ello se le practican las preguntas correspondientes para poder obtener un juicio cierto en tal aspecto; *c)* no obstante, esta presunción de apreciación es *iuris tantum* y admite prueba en contrario, y al no asistir al acto los dos facultativos a que se refieren los artículos 665 y 698.2, por no existir declaración previa judicial de incapacidad general, ni específica relativa a la de testar (según redacción de la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, es claro que la prueba posterior correspondiente, para deducir la incapacidad mental, corresponde a quien la alega, pues, en caso de no darse la misma, o carecer la practicada de eficacia, debe estarse al juicio del notario; *d)* en el presente caso se da una prueba pericial al respecto, que sí goza de eficacia, en cuanto mantiene que el testador, al momento del otorgamiento de la voluntad testamentaria, carecía de capacidad cognoscitiva y volitiva suficiente para ello, y la misma se basa en el carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad padecida, y en estar implantada, al menos, dos años antes (septiembre de 1994) al del otorgamiento testamentario (18 de julio de 1996), y a que tal apreciación se basa en datos objetivos y fiables que aparecen en los informes médicos aportados entonces (TAC, EEG, exploración neuropsicológica de especialistas y datos externos de comportamiento); y *e)* además, la sentencia funda su decisión de incapacidad, enervante del criterio notarial opuesto, en la confesión del demandado allanado, hijo del testador, con el que convivía en la época, y que dice que su padre entonces estaba mal».

A la vista del Fundamento Jurídico Segundo de esta sentencia, se observa que el núcleo de la cuestión se centraba, efectivamente, en la posible incapacidad del testador en el momento de otorgamiento de su última voluntad. Era innegable que padecía la enfermedad de Alzheimer, pero no quedaba claramente determinado si, al momento de testar, ya sufría de esa enfermedad incapacitante o, por el contrario, dicha enfermedad se le presentó más tarde. Aquí radicaba el punto esencial de la cuestión debatida. No hay duda que, si una persona padece Alzheimer, está incapacitada para otorgar testamento válido, al ser ésta una enfermedad degenerativa y sin posibilidad de intervalos lúcidos. El problema central radica en determinar cuándo tiene lugar el inicio de esa enfermedad y, por ende, cuándo el testamento de esa persona afectada es nulo —o no lo es, porque aún conserve intactas sus facultades cognitivas y volitivas—.

En esta sentencia se puso de manifiesto que la confesión del hijo que vivía con el testador fue de una gran trascendencia, al afirmar que su padre «estaba mal», lo que, en realidad, quería decir que no se encontraba en un estado mental apto para realizar un acto de tanta trascendencia jurídica como lo es el testamento. Si el testador estaba ya afectado del mal de Alzheimer al momento de otorgar testamento, es evidente que dicha disposición testamentaria no podía admitirse como válida.

El Fundamento de Derecho Tercero de esta sentencia declaró que «en el recurso se combate, no obstante, tal apreciación, partiendo de ciertas pruebas contrarias, que deben aquí, no obstante, ser rechazadas, frente al argumento razonado de la sentencia dictada, basado en el informe psiquiátrico dicho, y ello de acuerdo con lo siguiente: A) la existencia de criterios, testificales, contrapuestos al efecto, no puede primar sobre el juicio profesional y documentado del perito; B) este informe es completo y plenamente aceptable, en cuanto parte de los diagnósticos existentes a partir de septiembre de 1994 (doctor L., del Servicio de Neurología, y doctor L., del de Geriátrica, que lo ratifica, en enero de 1997), del carácter de la enfermedad, en cada momento descrita, y cuyo desarrollo progresivo también se estudia; C) dichos informes precedentes son taxativos al respecto y, en relación a ellos, como se ha dicho antes, se aportan datos objetivos y de reconocida solvencia; D) la prescripción, en 1994, de “Brainal” (pudo deberse a otras dolencias coronarias, o de otro tipo, que también padecía el enfermo), y que en el “Vademécum” se alerta sobre su no administración a enfermos de Alzheimer, en criterio médico actual, no es óbice a aquel resultado médico, dado que no se vuelve a prescribir, y no se conoce el momento de su retirada, y si ésta se debió a contraindicaciones posteriormente recomendadas por los órganos de sanidad, pues ello es habitual en específicos implantados sin conocerse aún todas sus posibles incompatibilidades; E) el informe del doctor G., médico de cabecera del enfermo, es rotundo también en el aportado con la demanda, pues remite

al mismo a los servicios especiales correspondientes, al observar sus comportamientos, y no contradice a los mismos, ni mucho menos, ni se sobrepone a ellos, y el matiz de su declaración ratificatoria, sobre la recaída más apreciable del paciente al fallecer su esposa, no merma la certeza de los otros juicios clínicos precedentes; y F) ante ello, pues, el criterio, valorativo de la capacidad del notario (el de los testigos instrumentales, no es de apreciación legal al respecto, aunque pudiera reunir, en algunos casos, de apoyatura a aquél), cede, como corresponde en el sistema de valoración judicial probatoria, dada la contundencia de los informes técnicos existentes y de su valor científico, tal como se han relatado».

Como creo que ha quedado detalladamente expuesto en páginas atrás, el juicio del Notario autorizante sobre la capacidad del testador ha de ceder en función de otros juicios valorativos y, en definitiva, en función de otros informes técnicos y científicos. En este sentido, los informes emitidos por facultativos suelen ser determinantes a la hora de valorar la capacidad o incapacidad, en su caso, del testador.

Hay supuestos en los que el Notario, ante la duda acerca de la capacidad mental del testador, formula una serie de «preguntas trampa» para, a la vista de las respuestas de éste, intentar deducir si sus facultades mentales son las requeridas para este tipo de actos. Así he podido consultarlo en una sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares, de 17 de abril de 2001, resolviendo un supuesto en el que se solicitaba la declaración de nulidad de testamento de una señora que padecía problemas cognitivos de naturaleza irreversible, los cuales desembocaron en demencia senil con total mengua del nivel de conciencia y desintegración de su conducta personal, lo que la incapacitaba, desde el punto de vista intelectual, para discernir y actuar libremente, por lo que hubo de ser ingresada en varias ocasiones. El Fundamento Jurídico Primero de esta sentencia se refirió tanto a la prueba testifical como a la actuación del Notario y su empleado, declarando «...basa así el recurso en el propio historial clínico, así como en dicha testifical. En cuanto al primero, considera que el mismo contradice la sentencia, pues es revelador de un suficiente nivel cognoscitivo, existiendo una mejoría reflejada en el propio historial clínico en el período comprendido entre el 20-12-1996 y el 11-1-1997, en el que quedaba sólo un trastorno cognitivo residual que no anulaba las facultades mentales, lo que llevó al alta el día 12-1-1997. Sostiene que el ingreso de 18-1-1997 corresponde a un empeoramiento cognitivo, pero no mostrando signos neurológicos claros, y sólo un moderado grado de atrofia cerebral que ya aparecía antes; aconteciendo en las fechas del testamento y poder una mejoría que desvirtúa las pretensiones de irreversibilidad del mal padecido por la causante. Considera que hubo períodos lúcidos, y entre 24-1-1997 y 23-4-1997 se señala que la paciente había ido recuperando el nivel de conciencia, sufriendo afasia de expresión, pero no mental, sólo de vocalización. Consi-

dera esta parte que lo trascendente es el estado en que se hallaba en el momento de otorgar el testamento y el poder, lo cual está adverado por el Notario, por su empleado y por los dos testigos, quienes actuaron con cautela, pues el nivel cognitivo de la causante estaba tocado, o sufría problemas de conversación; explicando el Notario que mantuvo diálogo con la otorgante, y que se hizo el testamento en el domicilio de la causante por padecer problemas de movilidad física. Afirma que el Notario fue prudente pues llamó a dos testigos (...) y que incorporó preguntas trampa para apreciar la capacidad cognitiva de la causante, explicando el Notario que aquella sólo se manifestaba por signos negativos o afirmativos —no recuerda si con palabras o gestos—...».

«La defensa de la parte actora-apelada cuestiona la valoración de la prueba que realiza la parte apelante, y se remite al resultado de la prueba pericial obrante en autos, apoyada a su vez en la documental, de la que se deduce la falta de lucidez de la causante en el período en el que fueron otorgados el poder y el testamento, lo que a su vez se aprecia en la extremada situación de hecho en la que se emitió el testamento, descrita por el propio Notario autorizante, y que evidencia la incertidumbre sobre la capacidad de la causante. Solicita, por lo tanto, la confirmación de la sentencia y se opone al pretendido de contrario, no pronunciamiento en costas, pues considera la parte apelada que de los autos se deriva una clara intención de los demandados de aprovecharse de la situación de doña Margarita B., quien, una vez que otorgó el testamento y poder el 23-1-1997, al día siguiente, siquiera 24 horas después, fue ingresada en el Hospital y de allí se trasladó a la Residencia de Palmañola, desentendiéndose de ella».

Es ciertamente frecuente, en la práctica notarial, que, ante la duda o incertidumbre sobre la capacidad de la persona que desea otorgar testamento, acuda el fedatario a algunos recursos, como, por ejemplo, las denominadas «preguntas trampa», hechas, en este supuesto, a la testadora con el fin de averiguar si efectivamente estaba o no en su cabal juicio. Naturalmente, hay que resaltar que son muy limitados los recursos con los que el Notario, en realidad, cuenta para poder efectuar una valoración de la capacidad del testador. Lo más fiable, en todo caso, es acudir al dictamen de los facultativos, los cuales siempre tendrán mejores y más certeros elementos de juicio para llevar a cabo esa valoración. El propio fedatario, tras la emisión del dictamen facultativo, que dio por resultado que la testadora sufría una muy grave afectación cognitiva, evidenciada por el llamado Mimimental Test —MMS, TEST de FOLSTEIN—, concluyendo con una puntuación de 7, frente a la que es considerada como normal, ascendente a 30 puntos, declaró testificalmente que «la obtención de la voluntad del causante no fue mediante la emisión directa por parte de ésta de tal expresión de voluntad, sino que, como quiera que sólo podía expresarse mediante afirmaciones y negaciones —no recuerda

el Notario si de palabra o mediante gestos—, se le iban formulando distintas preguntas contradictorias hasta obtener su voluntad, preguntas entre las que se incluían preguntas trampa, dirigidas a conocer la verdadera voluntad de la causante».

«En consecuencia, la rotundidad de las afirmaciones contenidas en la prueba pericial médico-psiquiátrica, unidas al historial clínico de la paciente previo a la emisión del poder y del testamento, reflejan una grave situación de deterioro en la capacidad cognitiva y volitiva de doña Margarita B., que también fue en cierto modo sospechada por el Notario autorizante, como se evidencia por el hecho de que incorporara cautelas excepcionales en su intento de obtener la verdadera voluntad de la otorgante, tales como preguntas trampa, las cuales, sin embargo, considera el Tribunal que, a la luz del resultado de las pruebas practicadas en autos, especialmente la pericial y documental, no garantizaron con suficiencia la validez de los actos tachados de nulidad por vicios en el consentimiento, consistentes en el testamento otorgado por aquella (...)».

«Cabe asimismo referir, como complemento a las consideraciones probatorias ya alcanzadas, que tampoco tales actos —apoderamiento y testamento— presentan aparentemente acreditada justificación de hecho, y ello por no derivarse de la prueba practicada la existencia de una sólida relación de confianza ni de una especial proximidad sentimental entre la poderdante-causante y las apoderadas y herederos, lo que refuerza y confiere solidez y coherencia argumental a las anteriores conclusiones, ya que son usualmente tales circunstancias las que con arreglo al actuar humano vienen a justificar semejantes designaciones (...)».

Duce esta sentencia, como suele hacerse, que el contenido del testamento de una persona se revela como un indicio para valorar y apreciar la capacidad de ésta en el momento de otorgarlo.

SUPUESTOS EN LOS QUE LA JURISPRUDENCIA HA ADMITIDO LA CAPACIDAD TESTAMENTARIA

Hay supuestos, efectivamente, dudosos y que, desde mi punto de vista, es realmente complejo determinar si el testador se encontraba —o no— en su cabal juicio. Veamos algunos de estos supuestos controvertidos.

Una sentencia del Tribunal Supremo, de 20 de mayo de 1991, declaró que el trastorno paranoide, al que me he referido en páginas atrás, es un estado mental que admite determinados grados de discernimiento, haciendo una distinción entre actos relacionados con el gobierno de la persona incapaz y con sus bienes, admitiendo la posibilidad de otorgar testamento en los intervalos lúcidos, tal como dispone el artículo 665 del Código Civil: «El mérito del

proceso se centra en la declaración de incapacidad de la recurrente que fue acordada por el Juzgado de Primera Instancia, bajo régimen de curatela y confirmada por el Tribunal *a quo*. El primer motivo del recurso, articulado bajo el número 5 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (redacción legal anterior), denuncia la infracción de los artículos 200, 210 y 289 del Código Civil y de la doctrina contenida, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo, de 10 febrero de 1986. Supuesto que, como reconoce la parte, no es dable en este ámbito la revisión de las pruebas periciales psiquiátricas, ni por ello, una nueva valoración de las mismas, excluida del control casacional, por ser pruebas apreciadas conforme a las reglas de la sana crítica, mal pueden haberse infringido los preceptos citados ni la doctrina jurisprudencial que se invoca que, por el contrario, corroboran los aciertos de la decisión judicial. La citada sentencia que se refiere a las consecuencias de una enfermedad, con sustrato paranoico, tal como ocurre en el caso de autos, precisamente, sostiene, en relación con el artículo 20 del Código Civil, la duración permanente del padecimiento psíquico, con independencia de su mayor o menor intensidad periódica, esto es, de sus manifestaciones más o menos agudas en forma de brotes y, por ello, la necesidad de la declaración de incapacidad, sin perjuicio de determinar su extensión y límites, así como del régimen que para su protección haya de quedar sometido el incapacitado. Tampoco se observa en qué sentido puede haber vulnerado el artículo 211 del Código Civil. La sentencia impugnada al confirmar la de primera instancia que toma en consideración la imposibilidad de que la incapacitada reconozca su propia enfermedad, y con ello la necesidad de la adopción de medidas terapéuticas adecuadas en su beneficio, faculta al curador para que pida su internamiento “siempre claro está con autorización judicial” (art. 271.1.º del Código Civil); mas esta facultad no impide sino antes bien exige las garantías que en orden al internamiento representa el artículo 211 del Código Civil y, por ende, no se entiende la infracción alegada». En consecuencia, el motivo perece.

El Fundamento de Derecho Segundo de esta última sentencia se refiere a una problemática interesante: los trastornos depresivos: «Del mismo modo no puede prosperar el motivo segundo que aduce la infracción de los artículos 289 y 287 del Código Civil en relación con el alcance de la curatela, bajo igual ordinal que el anterior. El estado mental, en efecto, de la recurrida admite determinados grados de discernimiento, pues, como razona la sentencia de instancia, la enfermedad de origen depresivo con un desarrollo vivencial con ideación fija y grave ansiedad, calificada como trastorno paranoide, afecta a su capacidad sólo parcialmente, por lo que la Sala de alzada comparte el examen que hace el juzgador de la capacidad al estar distinguiendo entre actos relacionados con el gobierno de su persona y con sus bienes, en la manera que establece la sentencia».

Los trastornos depresivos, a mi juicio, deben analizarse en función de los grados de éstos, porque, efectivamente, hay supuestos en los que la persona está tan deprimida que es prácticamente imposible que pueda razonar con precisión. Son formas de tristeza, no larvadas, sino muy intensas, que, lógicamente, condicionan la capacidad del testador. Se le llama melancolía al estado de tristeza o depresión, de origen psicopatológico, no motivada por causa alguna exterior, que configura un estado de tristeza vaga, profunda, sosegada y permanente, que conduce al que lo padece a no disfrutar con ninguna cosa. Asimismo, se traduce en torpeza de las actividades psíquicas y puede llegar, en fases agudas, hasta la suspensión de éstas. Es una forma opuesta a la manía, a la que, más adelante me voy a referir, con la que puede incluso alternarse cíclicamente.

En los períodos de depresión avanzada o pronunciada, la persona está en un estado de inhibición psíquica, de indiferencia, de abulia, de ansiedad o de estupor, que le veda todo interés y toda atención por lo que le rodea y, desde mi punto de vista, le hace incapaz para la testamentifacción, pues llega a confinarse en un completo mutismo.

La melancolía suele manifestarse con una intensificación de la vida sentimental en total menoscabo de la vida intelectual. El individuo se restringe en la concentración de su personalidad y no se preocupa de nada que no sea extraño a su propio yo, dejándose vencer por una forma de abulia. Con frecuencia, tal como la Psiquiatría ha demostrado, la persona afectada ve alterada su percepción en alto grado. La ideación de la persona afectada es limitada, tal como ha puesto de relieve MONGERI (15).

En los últimos estadios de este trastorno suelen aparecer alucinaciones, al paso que, con anterioridad, son frecuentes las falsas interpretaciones de percepciones reales y las ilusiones.

¿Puede considerarse válido, tras estas consideraciones, el testamento de una persona afectada se trastorno depresivo o melancolía?

La Jurisprudencia parece que, por lo general, declara válido el testamento de estas personas, al estimar que su capacidad se ve afectada sólo parcialmente, pero, desde mi punto, estimo que cualquier médico avezado en estas cuestiones o cualquier Psiquiatra pondría en tela de juicio una disposición testamentaria efectuada en estas condiciones psíquicas tan penosas.

No obstante, será difícil que un Notario, no experto en estas cuestiones, se dé cuenta de que ante sí tiene a una persona afectada por este trastorno, lo cual, con toda evidencia, complica el panorama mucho más.

Parece oportuno detenerse ahora en analizar si la edad muy avanzada del testador puede ser tenida como causa de incapacidad para disponer libre y

(15) MONGERI, P., *Principii di sicopatologia forense*, Hoepli, Milán, 1907.

voluntariamente de sus bienes. Se trata del complejo tema de la capacidad testamentaria de los ancianos.

Sabido es que a la ancianidad se la puede considerar, en muchos aspectos, como una «segunda infancia». En esta etapa final de la vida, los sentidos se encuentran debilitados y las percepciones, en consecuencia, no son tan firmes como en la etapa anterior de la existencia. ¿Qué sucede cuando una persona muy anciana hace testamento?

En principio, cabe decir que el testamento realizado por una persona anciana es válido. Pero, en determinados supuestos, tal como he tenido ocasión de analizar, se ha puesto en duda la validez del mismo. Veamos, en este sentido, una sentencia del Supremo de 2 de junio de 1959: «La actora alega que la testadora fue declarada demente por auto judicial de fecha 11 de octubre de 1951, cuando la incapacitada contaba ya con ochenta y cinco años de edad, habiendo dictaminado los doctores que padecía reblandecimiento cerebral y parálisis progresiva; que posteriormente otorgó un testamento abierto, ante Notario, en el que se afirmaba que tenía la capacidad suficiente para otorgar testamento, cuando tal cosa, según los dictámenes médicos, era poco menos que imposible, por lo que se debía anular dicho testamento y considerar válido el ológrafo que había otorgado la testadora en el año 1948.

Los demandados mantienen la capacidad de la testadora aportando el dictamen médico que para otorgar testamento se dio, en el que se hace constar que el primer examen médico fue puramente subjetivo y no objetivo, pues la testadora, al ser declarada su incapacidad, no contestó a pregunta alguna.

El Juez de Primera Instancia dictó sentencia desestimando la acción de nulidad ejercitada en el pleito, sin hacer expresa condena de costas.

Apelada la sentencia, la Audiencia Territorial confirmó en principio la sentencia apelada, desestimando la acción de nulidad interpuesta por la actora sobre testamento abierto otorgado por la testadora ante Notario, declarando, por tanto, válido dicho testamento y absolviendo a los demandados de las demás pretensiones de la demanda; y desestimando parcialmente la reconvencción formulada por los demandados, declaró, con revocación en concepto extremo de la resolución apelada, sin efecto el testamento ológrafo otorgado por la testadora doña Francisca M. M., en fecha 16 de febrero de 1948, absolviendo a la actora de los demás extremos de la susodicha reconvencción; sin hacer expresa condena de costas en ambas instancias.

Se interpuso recurso de casación por infracción de ley, por un solo motivo que se recoge en el Considerando siguiente: «Que el recurso interpuesto en su motivo único al amparo del número primero del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, impugna la sentencia de la Audiencia de Palma de Mallorca, por la infracción que en ella se dice cometida, de los artículos 663, número segundo, 665 y 666 del Código Civil y de la doctrina legal de las sentencias de esta Sala, de 7 de junio de 1893, 1 de julio de 1901, 20 de

septiembre de 1911 y 23 de noviembre de 1919; y aun admitiendo la tesis del recurso y reconociendo, en su consecuencia, que, según la expresión que en el mismo se emplea, la presunción de capacidad ocasional establecida en el artículo 665 del Código Civil puede ser destruida por prueba en contrario, por no ser por su índole *iuris et de iure*, el Tribunal a quo afirma que esta presunción no ha sido desvirtuada en el pleito; y como en el único motivo del recurso no se aduce ningún elemento de prueba que enerve aquella presunción ni que demuestre de modo evidente como requiere el número séptimo del referido artículo 1.692, tratándose de una declaración de hecho, la equivocación del Juzgador de instancia, el recurso no puede prosperar».

La avanzada senectud, tal como parece deducirse de esta última sentencia analizada, no es motivo para declarar nulo un testamento. En este supuesto, la testadora tenía ochenta y cinco años de edad. Hay que reconocer que siempre que la persona que vaya a testar esté en posesión de sus facultades mentales, aunque sea muy anciana, habrá que reconocer la validez de su disposición testamentaria. Lo contrario abocaría a que no se admitieran testamentos realizados por personas en la senectud, siendo así que, en la actualidad, gracias a los avances de la Ciencia Médica, se sabe que hay muchas personas que, a pesar de su avanzada edad, mantienen la plenitud de sus facultades mentales, con capacidad de entender y querer.

Otra cosa, naturalmente, sería el supuesto de persona de edad avanzada y que padece, a un tiempo, una demencia senil, o que haya sufrido una enfermedad incapacitante, como una trombosis cerebral de carácter progresivo, o una embolia o una hemorragia cerebral aguda. En estos casos, lógicamente, la capacidad de entender y querer se va a ver gravemente afectada y, en consecuencia, no se podría admitir un testamento realizado en estas precarias condiciones.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de abril de 1959, admitió la validez de un testamento otorgado por una persona que fue declarada incapaz dieciséis años después de haberlo otorgado: «Que el actor, hoy recurrente, pide en su demanda frente a los demandados: Primero.—Se declare nulo totalmente el testamento notarial público otorgado por don José B. B. el día 14 de agosto de 1935, por incapacidad mental del testador, con la consiguiente apertura de la sucesión abintestato (...)

»Que supuesta la edad para ejercitar la facultad de hacer declaraciones de última voluntad a través del testamento (testamentificación activa), hecho no controvertido por ser notorio *inter partes*, la falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental que anula o disminuye su inteligencia y libertad, al extremo de desaparecer su personalidad psíquica en la vida de relación con la ausencia del valor y trascendencia del acto, ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria, cualesquiera que sean las últimas anomalías y evoluciones de la enfermedad, aún

en estado latente en el sujeto, mientras no se demuestre en forma inequívoca que en dicho momento tenía enervadas sus potencias anímicas de raciocinio y de querer con verdadera clara elección, dentro de un horizonte mental corriente, dato que ante todo deben indagar el Notario autorizante y los testigos instrumentales, cuyas afirmaciones sobre el particular llevan consigo la presunción de la integridad mental así apreciada inicialmente, destruible, no obstante, en proceso, no sólo por hallarse amparadas por la fe pública, sino porque, además, toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser; doctrina elevada a rango legislativo por el artículo 666 del Código Civil, confirmada por jurisprudencia de este Alto Tribunal (...)»

El testador padecía imbecilidad con paralización del desarrollo de las facultades anímicas, pero el testamento otorgado por él se declaró válido, ya que no se pudo demostrar que la imbecilidad que padecía fuera *de nativitate*, es decir, de nacimiento, según el informe pericial que precedió a la resolución y, según el artículo 664 del Código Civil, el testamento otorgado antes de la enajenación mental es válido.

Aquí, el problema radica en que esta sentencia se dictó en una fecha ya lejana en el tiempo, 1959. Aún los avances de la Ciencia Médica no lo eran tanto como para afirmar que la imbecilidad, término hoy en día obsoleto, es una enfermedad de nacimiento. Al fin y al cabo, la imbecilidad no es más que una defectuosa evolución psíquica, siendo su característica principal el infantilismo psíquico, que, a menudo, se acompaña del fisionómico y fisiológico. Es un retraso mental grave y que se manifiesta en múltiples aspectos de la existencia.

Otro supuesto, más claro que el anterior citado, he podido recoger, por ejemplo, en la sentencia de 24 de febrero de 1981: «Que sostenida en la instancia la nulidad del testamento público de 1 de agosto de 1961, que origina las actuaciones de las que trae causa el presente recurso, por los en su día demandantes que ahora figuran como recurrentes, con base en la pretendida enajenación mental del testador, tanto la sentencia de primer grado, como la recurrida en este trámite, proclamaron su validez, apreciando, en su conjunto, la prueba practicada, obrante en autos, junto con el debido detenimiento y confrontación de los medios utilizados, después de lo cual llegan a la conclusión de que, si ciertamente la incapacidad fue declarada con el auto del Juzgado de Primera Instancia de Jaén, de 28 de febrero de 1964, no se acreditó que existiera el día de la realización del acto testamentario, pues ni de los diversos dictámenes médicos sobre la capacidad intelectual del testador, ni de su comportamiento en el momento de otorgar el testamento, ni de las disposiciones de éste, ni de las alegaciones en su contra formuladas en la demanda y ni aún siquiera de lo confesado por el propio actor sobre su capacidad mental y de administración de sus bienes, resultan motivos suficientes para sostener la incapacidad (...)».

«Que el perecimiento de dichos motivos lleva consigo, inexorablemente, el del tercero y cuarto que también se formularon, ambos por la vía del número 1 del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento, puesto que al quedar sin la indispensable base fáctica, es indudable que están haciendo supuesto de la cuestión; en efecto, el figurado con el número 3 denuncia violación por inaplicación del artículo 663 del Código Civil, en su número 2, a cuyo tenor, está incapacitado para testar “el que habitual o accidentalmente no se hallare en su cabal juicio”, circunstancia que en este caso no concurría en el instante de testar (1 de agosto de 1961), pues, de acuerdo con cuanto se ha expuesto, no hay base alguna para tomar como punto de partida de la incapacidad otra fecha distinta de la del auto judicial de incapacitación que, según se dijo, es de 28 de febrero de 1964, por lo que es de aplicar el artículo 664 del Código Civil, donde se establece que “el testamento hecho antes de la enajenación mental es válido”. Y el señalado con el número 4 alega el mismo concepto de infracción, referido al artículo 665 de nuestro primer Código sustantivo que exige el dictamen de dos facultativos respecto del estado de lucidez del demente que quiere testar, lo que, como dice el recurso, está conectado estrechamente con el motivo anterior, conexión que acarrea igualmente su desestimación, al no concurrir el supuesto de hecho de la demencia, para que el precepto pudiera ser aplicado».

La Jurisprudencia ha mantenido, casi de manera constante, que la aptitud mental para testar se presume y que esta presunción *iuris tantum*, sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario, lo cual se ajusta al principio del denominado *favor testamenti*.

Por lo que respecta al reconocimiento de la capacidad del testador, admite nuestra Jurisprudencia diversos medios de prueba. Veamos, en este sentido, una sentencia de 13 de octubre de 1990: «Por demanda de las actoras se suplica, por los trámites del juicio declarativo de mayor cuantía, se declare, en sustancia, la nulidad de los testamentos de 11-7-1977 y 9-6-80 y la validez del anterior de 28-3-1965 con las consecuencias derivadas, habiendo recaído sentencia desestimatoria de primer grado, que fue confirmada íntegramente por la Sala *a quo*, al reconocer la validez de los dos testamentos impugnados, exponiéndose como línea de razonamiento de su decisión, con base a los artículos 662 y concordantes del Código Civil, la capacidad del testador se deriva de los siguientes medios de prueba:

1. Por las manifestaciones de los Notarios —funcionarios avezados en estas tareas— que redactaron los testamentos controvertidos, previa manifestación de su última voluntad por el testador, con el que el fedatario, por tanto, entró en contacto dialéctico; siendo dos Notarios distintos, en diferentes fechas, con los correspondientes testigos, los que emitieron su juicio sobre la capacidad de don Ramón P. M. para testar y para otorgar escritura de poder judicial tres días después del último testamento.

2. Por el contenido de los testamentos se deduce también la cordura del testador, porque en el otorgado el 11 de junio de 1977, lega a su hijo José el tercio de libre disposición «con la obligación de vivir en compañía del testador cuidándolo y asistiéndolo con celo y cariño», y en el día 9 de junio de 1980 lega al mismo José los tercios de mejora y libre disposición, con la misma obligación, lo que demuestra que no estaba «sugestionado» por José y que actuaba en su propio interés, asegurando su bienestar.

3. Por ser normal, según costumbre extendida en Galicia, dejar al «herdeiro» o «vinculeiro que cascu para casa», la mejora del tercio y quinto corta o larga, que hoy con mayores conocimientos del Código Civil en el medio rural suele traducirse en dejarle los dos tercios de mejora y libre disposición, para compensar el esfuerzo de toda una vida, trabajando en la labranza de los padres y cuidando y atendiendo a éstos en su ancianidad; y la alegada coincidencia de la fecha del último testamento, con la de la notificación de la Conciliación a que es llamado don Ramón por sus dos hijas, quizá sólo fuese la causa de la anticipación de su declaración testamentaria.

4. Por el reiterado reconocimiento de la capacidad de su padre, que hacen las propias demandantes, cuando le llaman a la conciliación y que se celebra en el Juzgado de Distrito de Laracha el 14 de junio de 1980, y cuando interponen demanda de juicio de testamentaría ante el Juzgado de Primera Instancia de Carballo el 6 de octubre de 1980, en el que en Junta celebrada el 30 de diciembre de 1980, por común acuerdo de las partes, se nombra administrador del caudal relicto a don Ramón.

5. Por la prueba testifical de la que aparece la buena salud que disfrutó don Ramón, hasta meses antes de su muerte, con especial relevancia de la declaración del cura párroco don Manuel M. M. y el perito agrícola don Carlos L. A.

6. Pero quizá el dato más elocuente y decisivo para probar la capacidad del *de cuius*, en el momento de testar, es el contenido en el informe de los especialistas del Servicio de Neurocirugía de la Residencia de la Seguridad Social Juan Canalejo de La Coruña, en el que don Ramón estuvo internado desde el 1 al 24 de julio de 1982 —con posterioridad al otorgamiento de su último testamento— a consecuencia de un fuerte traumatismo craneoencefálico, en cuya residencia se le practicaron exploraciones, análisis, exámenes a Rayos X y sobre todo electroencefalogramas, constatándose en el de 23 de julio de 1982 una mejoría, no habiéndose diagnosticado ni tratado, en el referido centro, la demencia senil, aunque tal vez el tratamiento entonces sufrido pudo acelerar el comienzo de una demencia senil, diagnosticada tiempo después en el expediente de incapacitación; frente a cuya sentencia se interpone el presente recurso de casación por la demandante, con base a los dos motivos que a continuación se examinan por la Sala» (Fundamento de Derecho Primero).

«En el primer motivo, en mor al número 5 del artículo 1.692 de la LEC —aunque se silencia— se denuncian las infracciones relativas a los tres siguientes preceptos del Código Civil: artículos 663.2.º, 673 y 756.5.º, para cuya ponderación por la Sala se reproduce una línea jurisprudencial bien decantada en torno al problema debatido de la capacidad del testador cuando el Fedatario Público manifiesta que, en efecto, sí la ostenta el mismo; y así puede resumirse dicha doctrina en estos términos: STS de 10-4-1987: “Es un principio general indiscutido que la capacidad de las personas se presume siempre, mientras que su incapacidad, en cuanto excepción, debe ser probada de modo evidente y completo. Según el artículo 666 del Código Civil, la estimación del estado mental del testador viene referida al tiempo de otorgar el testamento. Es también regla general que salvo el supuesto de demencia que contempla el artículo 665 del Código Civil, en que se impone al Notario autorizante la designación de dos facultativos para que reconozcan al presunto testador, en los demás se proyecta sobre aquél y los testigos que autoricen el testamento la facultad de determinar que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar, que es lo acontecido en este caso. La aseveración notarial respecto de la capacidad de la testamentifacción del otorgante adquiere, dada la seriedad y prestigio de la institución notarial, una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una enérgica presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario. No se quebranta el principio de la unidad de acto porque el notario autorizante redacte el testamento según las instrucciones recibidas previamente del otorgante, siempre que después se proceda a su lectura a presencia del mismo y de los testigos instrumentales. Es suficiente que el Notario dé fe de cumplirse las formalidades legales de conocer a cuantas personas intervinieron en el acto y de todo lo demás consignado en el testamento...” y la sentencia del Tribunal Supremo de 26-9-1988, que dice: “...Esta Sala tiene declarado que toda persona debe reputarse en su cabal juicio como atributo normal de su ser y, por 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 libertad de elección, postulado y presunción *iuris tantum* que se ajustan a la idea tradicional del *favor testamenti* y que imponen el mantenimiento de la disposición en tanto no se acredite con la seguridad precisa que el testador estaba aquejado de insania mental (...), así como que la aseveración notarial respecto de la capacidad del otorgante del testamento adquiere una especial relevancia de certidumbre, constituyendo una presunción *iuris tantum* de aptitud que sólo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario (...), con arreglo a cuya doctrina aparece evidente que la carga de la prueba de la incapacidad mental del testador en el momento del otorgamiento

del testamento cuestionado corresponde al que sostiene la existencia de dicha incapacidad”.

»En cuanto a la primera denuncia de que no se ha respetado la incapacidad de disponer por testamento que consagra el artículo 663.2 del Código Civil, ha de subrayarse que, en coherencia con la pretendida línea doctrinal, la capacidad en el caso del litigio está de sobra acreditada, tanto porque la Sala así lo apreció en un completo análisis del asunto que se refleja en el Fundamento Jurídico 2.º antes transcrito, examinando, pues, con toda minuciosidad la prueba practicada, y destacando que la posterior incapacidad del testador (auto de 28-1-84) no puede nunca retrotraerse para invalidar los actos de última voluntad efectuados con absoluto juicio años atrás, como porque, tras señalar la normalidad de unos actos dispositivos *mortis causa* en los que el causante, respetando la legítima estricta de sus hijas, las actoras, beneficia con el tercio de mejora y de libre disposición a su hijo, con el que convive y a su cuidado está, y que el juicio de capacidad habilitante para testar emitido por los Notarios intervinientes en caso alguno se ha podido desvirtuar con la prueba practicada, sin que sea preciso en este examen del motivo, de nuevo compulsar el juicio emitido por los facultativos, ya que, aparte de que sea irrelevante cuanto se expresa al punto, el decaimiento de su valor revisorio de la convicción judicial ya quedó expuesto al examinar el anterior motivo (...).».

A la vista de esta sentencia —y de otras— cabe concluir en que la edad avanzada del testador no constituye fundamento o base para declarar nula la disposición testamentaria hecha en estas condiciones, si bien, aquí, de nuevo, desde mi punto de vista, habría que tomar determinadas precauciones, pues, en muchas ocasiones, los ancianos tienen sus facultades mentales disminuidas o alteradas, bien por una demencia senil o por una arterioesclerosis avanzada o incluso sufren problemas de amnesia o lagunares, no recordando hechos recientemente acaecidos o no pudiendo precisar, con exactitud, sus recuerdos. En estos casos, difícilmente detectables por el Notario autorizante del testamento, surge el problema. Es una cuestión que tiene difícil solución desde el punto de vista jurídico. La sentencia, últimamente citada, de 24 de febrero del 81, hace hincapié en el dato de que los Notarios son personas —funcionarios— avezados en las tareas de reconocer cuándo un testador está en su cabal juicio, tal como exige el Código Civil para la validez de las disposiciones testamentarias, y cuándo no, pero todo esto es muy relativo y no puede aceptarse a ojos cerrados, ya que, insisto, los Notarios no son Psiquiatras, ni suelen tener el título de Licenciados en Psicología, por lo que sólo serán capaces de distinguir las formas más aparentes de demencia o de otras alteraciones mentales profundas, pero no las formas larvadas, no aparentes, que cursan con trastornos de la personalidad importantes y que deberían ser tenidas en cuenta a la hora de un litigio respecto de la validez o nulidad de testamentos.

¿Puede otorgar testamento notarial una persona que no puede hablar ni firmar? ¿Se la considera con capacidad legal para emitir un testamento válido o es susceptible de ser declarado nulo por incapacidad?

Veamos, a este respecto, una interesantísima sentencia de 30 de noviembre de 1991: «En la demanda, que inició el proceso de menor cuantía de que dimana el presente recurso de casación, se expresa que los demandantes, actuales recurrentes, son hermanos del fallecido don Agustín L. C., siendo hecho incontrovertido que el día 9-5-1985 otorgó testamento declarando en él, en cuanto institución de heredero se refiere, únicamente que “ nombra por su único y universal heredero de todos sus bienes, derechos y acciones a su sobrino Pablo L. L., y en defecto de éste a sus descendientes”. Los citados demandantes se dirigen contra el instituido heredero, demandado y ahora recurrido, solicitando “se declare nulo y sin validez alguna el testamento abierto otorgado por don Agustín L. C. el día 9-5-1985” ante del Notario don Luciano M. C.; demanda que fue desestimada en ambas instancias y absuelto el demandado. La sentencia recurrida se basó esencialmente en los siguientes hechos, que no han sido eficazmente impugnados en el recurso por el conducto procesal del número 4.º del artículo 1.692 de la LEC: *a)* Del testamento cuestionado resulta que lo que en él se expone fue la voluntad manifestada por el testador, ante tres testigos, dos de ellos sacerdotes, dando fe el Notario de conocer a testador y testigos, de la capacidad del testador, de la idoneidad de los testigos por lo que resulta de sus manifestaciones, de la unidad de acto y del cumplimiento de todas las formalidades legales. *b)* Consta asimismo probado, según la Sala *a quo* (...), que la última voluntad expresada se le hizo saber al Notario por el testador en Sigüenza el 14-11-1984, con ocasión de otorgamiento de escritura de poder a favor de Procuradores y Letrados, por lo que el testamento había sido redactado ya, a falta de los nombres de los testigos, antes de desplazarse el Notario al domicilio del testador. Testamento cuyo contenido dispositivo único fue el ya mencionado al principio de este fundamento de derecho. *c)* No se acreditó en absoluto que el testamento de referencia fuera otorgado mediante violencia, dolo o fraude, o siendo precedido de maquinaciones de cualquier tipo. *d)* El testador sufrió un accidente cerebro-vascular agudo el día 1-4-1985, quedándole la secuela de una hemiparálisis derecha con pérdida del habla, situación que persistió después de ser dado de alta el día 2 de mayo siguiente. *e)* Como cuestión de hecho, de la apreciación del conjunto, e individualizada, de las pruebas el Tribunal de apelación deduce, ante la falta de prueba en contrario, la capacidad del testador en el momento de otorgar el testamento, conclusión que extrae del análisis de la prueba testifical, y de los informes y declaraciones médicas efectuados. También deduce como hecho probado el mismo Tribunal que el Notario redactó el testamento según las instrucciones recibidas del testador el día 14-11-1984; anterior fecha al mencionado accidente patológico. *f)* Si

bien el testador tenía una disminución de movimientos en hemicuerpo derecho y la pérdida del habla, consta de la misma forma la consciencia del paciente, según testificaron los médicos que le asistieron, e incluso según los mismos facultativos que hacia primeros de mayo de 1985 el enfermo se encontraba bastante mejor con relación a como se encontraba en el mes anterior».

TERCERO.—«El segundo de los motivos, al amparo del número 5.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción por la sentencia recurrida del artículo 695 del Código Civil “en cuanto dispone que el testador expresará su última voluntad al notario y a los testigos, formalidad que —según el recurso— no fue respetada al otorgarse el testamento objeto de impugnación”. En el desarrollo de este motivo, en realidad los recurrentes hacen un nuevo análisis y apreciación de las pruebas practicadas en la litis para llegar a conclusión contrapuesta a la de la Sala de instancia. Reiterada jurisprudencia se ha referido, sin aludir a si las instrucciones previas al testamento dadas por el testador al Notario han de ser verbales o escritas, bastando conste que efectivamente aquellas instrucciones se probó fueron hechas. Por otro lado, dada la simplicidad del contenido del testamento, es evidente que, constando la consciencia del testador según se acreditó, 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. Todo ello conforme con la reiterada doctrina jurisprudencial de que las instrucciones previas a la redacción del testamento pueden darse sin necesidad de la presencia de los testigos, y así se hizo verbalmente en el caso debatido en época en que el testador conservaba el habla; y su asentimiento, según sentencia de 4-5-1977, a la redacción del testamento puede deducirse del propio testamento, como así ocurre según los hechos declarados probados en la instancia. Todo ello corroborado en cuanto a su eficacia por la también reiterada jurisprudencia de que la capacidad legal de todo testador se presume, y que la prueba en contrario ha de ser de todo punto convincente, apreciación que tiene naturaleza de hecho y su apreciación corresponde a la Sala de instancia (...)».

El Fundamento Jurídico Cuarto de esta sentencia resolvió la cuestión, sin duda problemática, de la unidad de acto del testamento abierto, ya que la firma del testador había sido sustituida por la de un testigo, pues aquél se encontraba, según hecho acreditado, en situación de no poder firmar, debido a su estado de enfermedad. El Tribunal Supremo desestimó el motivo. Pero lo que me interesa destacar, por encima de otras consideraciones, es el extremo concerniente a la capacidad del testador. Efectivamente, éste no podía

hablar, era un anciano que, además, había tenido un accidente cerebro-vascular importante. Estas circunstancias determinaron la impugnación del testamento, pero el Alto Tribunal falló desestimando el recurso de casación presentado por los hermanos del fallecido, ya que, en efecto, estábamos ante un testador que gozaba de capacidad de raciocinio y volitiva, a pesar de su avanzada edad y del accidente vascular cerebral que había sufrido y que, desde luego, no le impedía testar con validez. El hecho de no poder hablar ni firmar, como en el supuesto analizado sucedía, no es motivo para declarar nulo el testamento abierto por falta de capacidad del testador.

Se ha admitido, asimismo, la capacidad testamentaria en algunos supuestos que, en realidad, ofrecían bastantes dudas y vacilaciones, siendo, en general, problemáticos. Me voy a referir a varios de estos supuestos que, por su evidente trascendencia práctica, estimo que merecen un estudio pormenorizado.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, de 22 de junio de 1999, admitió la validez de testamento otorgado por una persona que tenía gravemente reducida la función del habla, tras haber sufrido un derrame cerebral, sin pérdida de sus facultades mentales. El Fundamento de Derecho Primero declaró que «en la demanda se alega que la madre del actor y de uno de los demandados falleció en estado de casada, y no se efectuó la partición de la herencia, según testamento, de modo que el viudo, padre de aquéllos, quedó poseedor de todo y éste otorgó testamento en 11-8-1973 y 18-9-1992 y, cuando falleció aquélla, abandonó el domicilio conyugal en Madrid y pasó a convivir con su hijo Juan Ramón en Valencia; otorgó un tercer testamento en 8-10-1994 y un último en 23-11 de este año, en el que efectuó una atribución de bienes como legados a ambos hijos y nombró contador partidor a Miguel C. B. y como el actor estima que ha sido perjudicado en sus derechos y que estos dos testamentos se otorgaron sin tener capacidad mental el padre y bajo fraude y error, solicitó, frente a su hermano y el contador, que se declaren nulos los dos testamentos últimos y quede válido el de 18-9-1992 (...); el demandado contestó que debían ser llamados al proceso los Notarios que autorizaron los dos testamentos últimos; que el padre tenía claridad de juicio cuando testó (...); fueron oídos uno y otro Notario, que manifestaron que el era capaz para otorgar testamento el padre de los hermanos litigantes (...)».

El Fundamento Jurídico Segundo de esta sentencia se refiere a la enfermedad que padecía el testador, declarando que «la pretensión de nulidad de testamentos se funda en que el causante carecía de capacidad para expresar su voluntad testamentaria, porque en 4-10-1994 sufrió una neumonía y fue internado en un hospital y en 12 de tal año sufrió una hemorragia cerebral y quedó incapacitado mentalmente, no obstante ha de observarse que, durante su permanencia en tal hospital otorgó el testamento de 8-10-1994 y el Notario autorizante apreció que disfrutaba de plena capacidad mental, que se expresó

de forma clara y pormenorizada y manifestó su voluntad, ante una médico del establecimiento y otra persona, como testigo y, cuando volvió a testar en 23-11 de ese mismo año, se personó en el despacho del Notario que eligió, manifestó libremente y de modo espontáneo su voluntad y de palabra; ambos fedatarios han declarado como testigos en autos que el testador se encontraba en plenas facultades mentales; en el ramo de prueba del actor, un testigo, médico y conocedor del padre más de cuarenta años manifestó que, aunque tras el derrame cerebral, quedó con una reducción grave de la facultad de hablar, nunca perdió sus facultades mentales y no tuvo demencia senil, y en el ramo de prueba del hermano demandado, el mismo médico declaró que siempre conservó sus facultades mentales; por su parte, el contador partidario demandado absolvió posiciones en sentido de que el causante siempre tuvo lucidez mental, aunque, después de la hemorragia cerebral, ya no pudo escribir, y manifestó, al contestar a la demanda, que era sacerdote, amigo íntimo del padre, y su confesor, y aún en el tercer día antes de fallecer, en que le visitó por última vez, estaba con plena capacidad mental; y así ha de atenderse a que los dos testamentos impugnados los otorgó antes de sufrir la hemorragia y, aún después de ésta, tuvo claridad mental, aunque padeció deficiencias para hablar; por otra parte, ni siquiera se propuso, en autos, por el actor prueba pericial médica para, en vista de antecedentes obrantes en autos, dictaminar sobre aptitud para otorgar testamento, quizá porque se pensó que no se llegaría a un resultado favorable a la pretensión del actor, y es indeclinable concluir que no se ha probado falta de capacidad y no han de tenerse como nulos los dos testamentos que se pretende (...)».

Nuestra Jurisprudencia admite la capacidad testamentaria de aquellas personas de las que no se ha podido probar que carecían de la misma. Hay supuestos realmente interesantes y polémicos como, por ejemplo, el planteado en la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de junio de 1994, en la que la demanda de origen del procedimiento a que se contrajo el recurso de casación tuvo por objeto la declaración de nulidad del testamento abierto otorgado por una señora por supuesta incapacidad física y mental. Aquí, no sólo se debatió la cuestión referida la capacidad mental de la testadora, sino también a su capacidad física. El Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia señaló que «el motivo quinto con sede en el número 5.º del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil acusa la infracción del artículo 687 del Código Civil en relación con el artículo 698 del mismo cuerpo legal, por entender no se cumplieron las formalidades exigidas por dicho precepto, lo que obviamente su razonamiento parte de una premisa inexacta cual es la de la ceguera de la testadora, lo que hace fracasar el motivo al hacer supuesto de la cuestión tal invidencia de la testadora, lo que no está válidamente admitido en casación, más aún si se parte del supuesto fáctico irrefutable de que la testadora falleció en 25 de febrero de 1983, el testamento es de fecha 15 de octubre de 1982

y el documento médico del folio 11, expedido el 29 de mayo de 1987 —que no ha sido adverbado en autos—, pero que es donde se apoya la tesis del recurrente, expresa en pretérito las deficiencias psicofísicas de la testadora sin la concreción que un testamento otorgado ante Notario y testigos requiere para su declaración de nulidad, máxime cuando el cambio de disposición testamentaria está bien aclarada su causa en los documentos notariales y epístolas de la testadora como pone de relieve la sentencia recurrida. Por todo ello, el motivo no puede prosperar (...)».

Hay supuestos, en la práctica forense, que son, a mi juicio, más que dudosos, pero en los que nuestra Jurisprudencia ha admitido la capacidad del testador. En este sentido, he podido recoger dos sentencias que me han parecido muy interesantes: La dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Navarra, el 8 de mayo de 2000, cuyos Antecedentes de Hecho transcribo a continuación: «...por sentencia de fecha 2 de enero de 1995..., don Agustín M. A. fue declarado totalmente incapaz de gobernar su persona y administrar sus bienes, acordándose el nombramiento de tutor en la persona de su mandante. La causa que motivó la declaración de incapacidad de don Agustín M. A. fue padecer “demencia en probable parálisis supranuclear progresiva, de cinco años de evolución, con parálisis supranuclear de los movimientos oculares externos, disartria, rigidez de cuello y extremidades, desorientación espacio temporal, deterioro de memoria y grave de su capacidad de juicio y pensamiento abstracto, precisando para desplazamientos silla de ruedas, carece de autonomía personal y precisa al efecto de satisfacer sus necesidades cotidianas de alimentación, vestido e higiene, de la asistencia de terceros. En suma, padece una patología psico-somática que le impide totalmente gobernar su persona y administrar sus bienes, y ello con carácter persistente, no sólo por la referida evolución, sino también por el pronóstico de deterioro cada vez más acentuado y sin posibilidades terapéuticas”...»

La sentencia puso de manifiesto que el cuadro de demencia que sufría se remontaba o venía evolucionando desde unos cinco años atrás y había un informe, de 1992, en el que se describía el cuadro residual siguiente: Alcoholismo, conductas desadaptadas, deterioro de funciones superiores. Deterioro mnémico, dificultades significativas del pensamiento abstracto, enlentecimiento en la comprensión del lenguaje, dificultades importantes en la coordinación vasomotora. No síntomas psicóticos. Se descartaba lesión orgánica cerebral.

Informes médicos posteriores, efectuados tras una Resonancia Magnética Nuclear, pusieron de relieve que presentaba una marcada atrofia encefálica compatible con infarto lacunar, evidenciando que su estado jamás mejoró.

En medio de este cuadro de absoluta incapacidad provocada por la demencia, el 12 de agosto de 1993, encontrándose internado en el Hospital «Virgen del Camino», de Pamplona, otorgó testamento abierto, mediante el

cual nombraba herederos universales a sus sobrinos Juan Carlos y Agustín; albacea, comisario-contador y partidor a la codemandada, esposa de un tío del testador. De la lectura del testamento se destaca la imposibilidad para firmarlo, debido a su enfermedad, el absoluto desconocimiento que los testigos tenían del testador, a quien en absoluto conocían ni sabían nada de él; el total desconocimiento que igualmente tenía el Notario autorizante del testador y de sus circunstancias.

Los Antecedentes de Hecho de esta sentencia ponen de manifiesto que, aunque el testador tenía —«podía tener», dice literalmente la sentencia— deterioradas sus funciones superiores (memoria, atención y capacidad de respuesta), bajo ningún concepto podía afirmarse que su nivel de conciencia no fuera normal, que había perdido el contacto con la realidad o que no era capaz de emitir una declaración de voluntad lógica y coherente, por lo que, a la vista de los informes, un testamento otorgado entonces, es decir, a la fecha de su ingreso, hubiera sido perfectamente válido. Un informe posterior, de abril del 94, emitido por una Psiquiatra del Centro de Salud Mental de Estella, declaraba que Agustín M. A. se presentaba orientado en el tiempo y en el espacio, disminuido de atención, curso de pensamiento enlentecido, pero sin aparecer síntomas de alteración del contenido del mismo, siendo su nivel de conciencia perfectamente normal. Todo ello nueve meses después de haber otorgado testamento.

El Fundamento Jurídico Primero de esta sentencia declaró probado que el testador padecía un deterioro psicointelectual, que se evidenció hacia el año 91 y que era progresivo, conduciendo a la declaración de incapacitación que tuvo lugar mediante sentencia dictada el 11 de enero del 95. Pero la sentencia razona afirmando que la demencia no era originaria, ni concurría en el año 91, sino que fue fruto del deterioro paulatino que el finado sufría, considerándose muy posible que, en agosto del 93 (fecha de otorgamiento del testamento) conservase un conocimiento y una capacidad intelectual y volitiva adecuadas para otorgar un acto de tanta trascendencia como lo es el testamento. En este sentido, se mantuvo que los informes médicos obrantes en las fechas próximas a aquella en la que se expresó la voluntad sucesoria denotan que, aunque existían dificultades de entendimiento, era posible la comunicación con el enfermo, quien, al fin y al cabo, tenía el control suficiente como para valerse por sí mismo con cierto apoyo y ayuda.

La sentencia insiste en que no se podía dar por sentada la ausencia de discernimiento, en función de las mejorías observadas desde el año 92, la coherencia del contenido del testamento —es éste un dato importante que siempre hay que tener en cuenta— y la declaración de capacidad expresada por el fedatario actuante, por todo lo cual no existía, a juicio del Tribunal Superior de Justicia de Navarra, prueba suficiente de la «incapacidad», debiendo presumirse la capacidad, avalada por la apreciación del Notario y de los testigos.

El Fundamento de Derecho Tercero de esta sentencia declaró que «...quien pretenda la nulidad de una disposición testamentaria por tal causa —por incapacidad mental—, se halla facultado para probar la incapacidad para testar mediante cualquier medio de prueba, ya que para estimar tal defecto basta con declarar probado que el testador no se hallaba en su cabal juicio en el momento de emitir su voluntad sucesoria...».

El Fundamento Jurídico Cuarto mantiene que «...la falta de capacidad mental es equivalente a no hallarse en el cabal juicio puesto que, como queda dicho, no son sino expresión de la misma idea. En este sentido, no tiene capacidad mental y, en consecuencia, no se halla en su cabal juicio quien no puede discernir sobre los actos que realiza (...), habiéndose concluido que, a pesar de haberse iniciado un desarrollo degenerativo progresivo del testador no ha quedado probada su falta de capacidad para otorgar testamento en la fecha en que tuvo lugar, máxime teniéndose en cuenta que tanto el Notario actuante como los testigos asistentes dieron fe de su capacidad, la existencia de informes médicos de fechas anteriores y posteriores al 12 de agosto de 1993, en los que se indica la posibilidad de comunicación con el enfermo, quien tenía el control suficiente como para valerse por sí mismo con cierto apoyo o ayuda y la conservación por aquél de un conocimiento y una capacidad intelectual y volitiva adecuadas para el otorgamiento del testamento...».

Desde mi punto de vista estimo que se suscita la duda en torno a la posible incapacidad del testador en el momento en que otorgó sus disposiciones de última voluntad. En efecto; una degeneración progresiva —e irreversible— de las funciones intelectuales y volitivas, como la que padecía el testador, es un trastorno grave, trastorno que, cuanto menos, hace sospechar de su capacidad para emitir una disposición testamentaria válida, aunque el dictamen de los facultativos fue contundente. El Tribunal otorgó un valor preponderante al dictamen de los médicos —como suele suceder, por lo general— y declaró que el testador se hallaba en su cabal juicio en el momento del otorgamiento. Esta declaración fue, desde mi punto de vista, motivada por el principio jurídico conocido como del *favor testamenti*, que, a continuación, paso a exponer.

EL PRINCIPIO DEL *FAVOR TESTAMENTI* Y SUS RELACIONES CON LA INCAPACIDAD DEL TESTADOR

El principio del *favor testamenti* se presenta, a mi juicio, con connotaciones semejantes, salvando las lógicas diferencias, al principio del *favor matrimonii*. En efecto, este principio del *favor testamenti* quiere decir que debe prevalecer el testamento otorgado por el testador, aunque se susciten dudas o vacilaciones sobre la posible invalidez del mismo. Estas dudas y vacilaciones

pueden suscitarse, entre otras ocasiones, cuando existen ciertas sospechas en lo referente a la capacidad mental del otorgante.

Este principio, que, desde mi punto de vista, puede llegar a resultar peligroso —tengamos en cuenta que estamos hablando de un acto personalísimo y trascendental—, desde el punto de vista jurídico, y que debe ser otorgado por persona perfectamente capaz, en su cabal juicio, según la dicción empleada por nuestro Código Civil.

Es evidente que, a lo largo de la práctica forense, nos hemos encontrado con situaciones que, cuando menos, suscitan la duda e incluso, a veces, vehementes sospechas de que el testador no se encontraba, en el momento del otorgamiento, en su cabal juicio, bien por disminución de sus facultades intelectivas, bien por ausencia o merma de las volitivas, o, en alguna ocasión, por defecto en ambas clases de facultades, tanto intelectivas como volitivas, del entendimiento y de la voluntad. Y, sin embargo, hay muchas sentencias en las que se declara que el testamento otorgado por personas con determinados trastornos y/o disminución de facultades es válido. ¿Qué justificación tiene este hecho?

La justificación a este hecho viene, desde mi punto de vista, del principio denominado del *favor testamenti*. Ya explicaba DE ALFONSO que, en las sociedades de economía básicamente capitalista, el concepto de seguridad, cuanto menos a nivel individual, descansa en los recursos de que puede disponer la persona en un momento dado. El individuo alcanza un momento en el que, ya sea por lo avanzado de su edad, o debido a padecer cualquier enfermedad, pasa a depender de terceras personas, con las que pueden unirle vínculos afectivos o sanguíneos, o ninguno de los dos. Es frecuente, por otra parte, que en estas sociedades capitalistas la persona disponga de un patrimonio de mayor o menor entidad (16), y que, al llegar a la ancianidad, en muchas ocasiones es lo único que le queda.

El principio del *favor testamenti* opera en el sentido de la adopción, por el Derecho, de un amplio concepto de capacidad en orden a favorecer la posibilidad de testar, que, de otra forma, quedaría vedada a un alto porcentaje de individuos que, en esas condiciones, deberían conceptuarse como faltos de capacidad de entender y querer que les habilitara para la testamentifacción activa. El Ordenamiento Jurídico reconoce las limitaciones de la vejez que, en un buen número de casos, afecta a la integridad mental de la persona, debido a la ausencia de una total «asepsia» en las facultades mentales del individuo, y la práctica indefensión en que puede hallarse, confirmando al anciano —y no sólo a éste, sino a aquellas personas que, de algún modo o por alguna circuns-

(16) DE ALFONSO, JESÚS M. DE, «Apreciación de la capacidad mental del testador: la intervención notarial y facultativa en el testamento abierto», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1973.

tancia, presentan determinados trastornos psíquicos— la posibilidad de hacer valer su omnímoda voluntad para «remunerar» a quienes han hecho que su última etapa en la vida sea, dentro de lo posible, más llevadera y agradable.

Si nos atenemos a las normas reguladoras de la capacidad para testar, hay que decir que, en muchas ocasiones, se ha dado el supuesto de personas que han testado, a pesar de no encontrarse en la plenitud de sus facultades mentales, bien por su avanzada edad, bien por padecer determinadas enfermedades psíquicas que les incapacitaban para realizar disposiciones de última voluntad, al tener comprometidas, de una manera más o menos grave, sus facultades intelectivas y/o volitivas.

Hay que preguntarse qué debería prevalecer en estos supuestos, qué criterios seguir en orden a declarar nulo un testamento. Si queremos tener la completa seguridad de que la normativa del Código Civil se cumple con el máximo rigor, no hay duda que habría que declarar nulos muchos testamentos. Si atendemos a una valoración amplia de la libertad de la persona, también cabría hablar de testamentos que, forzosamente, han de ser declarados nulos por falta de capacidad del otorgante, porque es evidente que una voluntad viciada por un trastorno mental grave —una demencia, una neurosis incapacitante, etc.— ya no puede considerarse como voluntad, porque el sujeto que la emite no es capaz de sentirla como tal.

He tenido ocasión de examinar unas sentencias del Tribunal Supremo en las que, de una manera conjugada, se ponen de manifiesto unos principios concretos que hay que tener en cuenta:

1. El principio, al que ya me he referido anteriormente, denominado de *pro capacitate*: Este principio se fundamenta en que, no constando la incapacitación judicial del otorgante, a través del oportuno procedimiento a este fin, en aquellos casos en los que se suscitan dudas sobre su capacidad mental, estas dudas van a resolverse en función del mantenimiento del testamento y se va a reputar al testador capaz.

Este principio deriva, a su vez, de las presunciones de capacidad en quien no ha sido incapacitado formalmente, principio que podemos encontrar en las sentencias de 10 de marzo de 1960 y 30 de noviembre de 1968. Con arreglo a ello, se presume que todo testamento otorgado cumpliendo las solemnidades legales es válido.

2. El principio establecido en el artículo 666 del Código Civil establece la exigencia de atender al momento del otorgamiento para apreciar la capacidad del testador.

Este principio, a mi juicio, se basa en la idea de atender exclusivamente al momento mismo del otorgamiento del testamento para fundar —o no— la capacidad del testador. Es un principio que presenta, desde luego, ciertos peligros y riesgos, porque, si se aplica ampliamente, se observará que hay

personas que padecen efectivamente una enfermedad mental o un trastorno grave o serio, pero, en algunos momentos, esa enfermedad o trastorno está «disimulada», por decirlo de un modo gráfico, y coincide con el instante del otorgamiento, con la consecuencia de que se va a considerar válido el testamento así otorgado, con todos los problemas y dudas que ello suscita en la práctica.

3. El Código Civil establece un amplio concepto de capacidad, pues permite, incluso, la testamentifacción activa al incapacitado, ex artículos 664 y 666.

4. La doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo exige un alto rigor probatorio para impugnar los testamentos por falta de capacidad del otorgante, lo cual, a su vez, tiene apoyo en una rígida aplicación de las presunciones establecidas por el acervo doctrinal de dicho Alto Tribunal, siempre en función del principio de *pro capacitate*.

A la vista de lo expuesto, cabe destacar que ambos principios, el del *favor testamenti* y el denominado de *pro capacitate*, se sitúan en una posición equivalente desde el punto de vista jurídico. Si atendemos a otorgar primacía a la voluntad libérrima —libertad— del testador, es obvio que éste, si no se halla en su cabal juicio, si sus facultades mentales están, de algún modo, alteradas, no podrá ejercitar su derecho a testar de una manera libre y voluntaria, porque, precisamente, serán sus facultades volitivas —o intelectivas— las que tendrá alteradas. En consecuencia, el testamento que otorgue nunca será la expresión de su libérrima voluntad.

Si atendemos a presumir la capacidad del testador, levantando obstáculos y valladares a la impugnación del testamento en base a falta de capacidad mental del otorgante, muchos trastornos mentales serán pasados por alto y, en último término, arrinconados y no se les dará ningún valor.

Si atendemos a la conservación del testamento, en función del principio del *favor testamenti*, sucederá que muchas disposiciones testamentarias no serán el reflejo de la voluntad de su autor, al estar esta voluntad alterada por trastornos o enfermedades no fácilmente detectables por el Notario autorizante.

Estamos, por tanto, a mi juicio, en un callejón sin salida en lo que a este extremo se refiere. En cualquier caso, creo que hay que reconsiderar estos principios comentados y analizados y no aplicarlos con un rigor absoluto. Recordemos que la Medicina es una Ciencia, pero no exacta y que, en el amplio abanico de enfermedades y trastornos mentales, caben muchas situaciones que no son reconocibles por personas que no tienen título de Psiquiatría o de Psicología, como son los fedatarios. La prudencia y la cautela, en este punto, han de abrirse paso, si no queremos dar validez a disposiciones testamentarias que en ningún momento han reflejado la verdadera voluntad de sus otorgantes.

REFERENCIA A LA CAPACIDAD DEL TESTADOR EN TESTAMENTOS OLÓGRAFOS

Como fácilmente puede comprenderse, el testamento ológrafo plantea una problemática que bien merece un análisis al margen del testamento abierto, estudiado en páginas atrás.

Testamento ológrafo es aquel que escribe por su mano totalmente y firma el propio testador, con expresión de fecha.

Según LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (17), esta forma de testamento presenta, sobre las otras formas de testar, las ventajas de ser rigurosamente secreto, muy práctico, por poderse otorgar sin ayuda de nadie y, en el momento de otorgarse, no entraña gasto alguno. Estos juristas reconocen, sin embargo, como no podía ser menos, que, al ser muy sumarias sus formalidades, no ofrecen las mismas garantías de protección a la voluntad del testador que los testamentos notariales.

Según el artículo 688.1 del Código Civil, «el testamento ológrafo sólo podrá otorgarse por personas mayores de edad». El apartado 2 del citado precepto establece que «para que sea válido este testamento deberá estar escrito todo él y firmado por el testador, con expresión del año, mes y día en que se otorgue».

Hay que matizar diciendo que el testamento debe ser escrito precisamente por la mano del causante, por lo que no se cumple este requisito en aquellas personas que carecen de brazos. En cualquier caso, no es indispensable la escritura caligráfica cursiva, sino que incluso son válidos los llamados caracteres de imprenta, pues el Código Civil no exige una escritura determinada.

La mención en el testamento del año, mes y día del otorgamiento, es un medio para asegurar la voluntad del testador. Tengamos en cuenta que la fecha exacta del testamento puede servir para calificar la capacidad del testador y para determinar el último testamento cuando hubiere pluralidad de ellos.

Con respecto a la capacidad del testador, una interesante sentencia del Supremo, de 10 de febrero de 1994, se refirió a la nulidad del testamento ológrafo por incapacidad de la testadora: «En la demanda formulada por don Rafael A. H., después de referirse principalmente a la incapacidad de la testadora doña María H. M. y de que había sido incapacitada por declaración judicial mediante Auto de 11 de abril de 1984, alude a la protocolización de su testamento ológrafo por el Juez de primera instancia de Olot (Gerona) otorgado en fecha de 3 de noviembre de 1981, y suplicó se declare la nulidad del citado testamento tramitado bajo expediente judicial número 180/1985. La sentencia de primer grado desestimó la demanda por considerar que el

(17) LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y FRANCISCO DE ASÍS SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, en notas 1, 8 y 11.

testamento aludido era válido al gozar la testadora al otorgarlo de capacidad volitiva y de raciocinio. Mas recurrida la sentencia, la Audiencia Provincial, en el fallo ahora recurrido en casación y con base principal en la inexactitud de la fecha del otorgamiento, que consideró probada, estimó el recurso de apelación y declaró la nulidad del testamento ológrafo controvertido, si bien con el voto particular contrario de uno de los Magistrados de la Sala decisoria, que, al considerar que la fecha no era falsa, sino sólo erróneamente transcrita y presuponiendo la suficiente capacidad de la testadora, entendió que debía haberse confirmado la sentencia dictada en primera instancia. Formulan recurso de casación doña Carmen y doña Flora A. H., recurso que se integra de seis motivos (...)» (FUNDAMENTO DE DERECHO PRIMERO).

SEGUNDO.—(...) a) La demanda contiene un suplico en el que se pide «se declare la nulidad del testamento ológrafo de María H. M., tramitado en el expediente judicial de este Juzgado bajo el número 180/1985 y protocolizado por el Notario don Manuel F. P.; por tanto, no se concreta a que esa nulidad sea por defecto de capacidad de la testadora o por inexactitud de la fecha, máxime cuando la expresión de la fecha tiene por finalidad principal permitir averiguar si entonces el testador tenía capacidad suficiente para otorgarlo». b) De modo que la íntima relación entre ambos datos no permite afirmar que la determinación de la exactitud de la fecha quebrante la *causa petendi* base del pleito en cuestión. Así lo han entendido ambas partes cuando, si bien se hace sólo alguna ligera mención a la fecha del otorgamiento, la acción persigue la nulidad por defecto de capacidad para testar; poniéndose de relieve con mayor intensidad el primer defecto relativo a la fecha en el escrito de conclusiones pero sin trasladarlo al suplico y, lo que es más importante, sin que la contraparte, actual recurrente, pusiese de relieve tal circunstancia como sustento de la incongruencia ahora alegada (...).

QUINTO.—El motivo quinto, por haber sido inadmitido el cuarto, con base igualmente en el número 5.º del artículo 1.692 de la LEC, se funda en la infracción del artículo 688.2 del Código Civil. Se impugna aquí la conclusión a la que llega la Sala de instancia de que la fecha del testamento es inexacta y que ello determina por sí sola su nulidad, conclusión que el recurso considera igualmente contraria al precepto que se invoca como infringido, que exige que para ser válido el testamento ológrafo «...deberá expresar el año, mes y día en que se otorgue». Este motivo ha de ser estimado según se deduce de las siguientes consideraciones: a) Como ya se expresó en el fundamento jurídico segundo de los que anteceden, la fecha del testamento determina esencialmente si entonces la testadora tenía la capacidad suficiente de testamentifacción activa. Es de poner de relieve, en primer lugar, que la fecha del testamento ológrafo no tiene el mismo alcance que la del testamento abierto o testamento notarial. Dado que el testamento ológrafo puede mantenerlo en secreto su autor y nada obsta a que

antes de llegar al texto definitivo haga bosquejos, borradores o proyectos, o lo extienda con la idea de reflexionar posteriormente sobre lo escrito, y solamente cuando se decida definitivamente pueda poner la fecha y la firma, y es desde entonces cuando puede decirse que el testamento está otorgado, de modo que el otorgamiento surge no de lo escrito y de su contenido, sino de colocar la fecha y la firma. *b)* Estas consideraciones explican o se basan en los antecedentes del testamento ológrafo y en su regulación en los Códigos modernos (...). *d)* La doctrina científica acoge estas ideas, sin negar que la fecha tiene la importancia de afirmar el carácter jurídico del testamento ológrafo y elevarlo a declaración de voluntad, por virtud de la cual el simple proyecto privado pasa a ser testamento. Por lo tanto, será fecha en este testamento la que ponga el testador independientemente del momento en que se haya escrito el testamento, pues su eficacia en el tiempo depende de la imposición de que de la misma haya hecho el causante; y se afirma también que no es nulo el testamento ológrafo redactado en una fecha efectiva diferente de aquella en la cual el testador había escrito su texto de propia mano, siempre y cuando exista cierta relación entre la fecha expresada en el acto y las disposiciones en él contenidas. *e)* Todo ello pone de relieve la validez del testamento ahora discutido, y así lo corrobora, por un lado, aparte del principio del *favor testamenti*, la presunción de capacidad legal de todo testador, salvo prueba en contrario (...); que dicha capacidad ha de entenderse siempre en el momento de otorgarlo, como así ocurre cuando según lo debatido mediaron dos años y cuatro meses desde el testamento hasta la declaración judicial de incapacidad de la testadora; que el que alega la incapacidad ha de probarla si no está, como en este caso, judicialmente incapacitado; prueba que ha de ser concluyente, ya que en otro caso se presume la capacidad; así como ha de seguirse el principio de veracidad de la fecha existente cuando se trata de juzgar acerca de la capacidad del testador, a menos, se repite, que se pruebe cumplidamente lo contrario (...) Además, queda desmentida la conclusión de los peritos por el examen directo del testamento por el Tribunal en cuyo documento, claramente escrito y con uniformidad de trazos y de sentido, aparte las lógicas desviaciones en la escritura de persona anciana y no acostumbrada a escribir a menudo, aparece evidente el animus testandi. Examen que impide aceptar las afirmaciones de los peritos y permite concluir que el testamento fue escrito el mismo día en que se puso su fecha y la firma, en tanto, como ya se expone, no se ha probado de forma suficiente y convincente lo contrario, ni se han alegado hechos que pudieran dejar ineficaz la fecha puesta en el documento, ni en fin concurren los supuestos en que este Tribunal declaró la nulidad del testamento en las sentencias de 5 de diciembre de 1927, 13 de mayo de 1942 y 3 de abril de 1945, relativas a supuestos de hecho diferentes del ahora contemplado (...).

Como puede observarse tras el análisis de esta última sentencia referida a testamento ológrafo, vuelve a contemplarse el supuesto de persona que, en edad avanzada, lleva a cabo sus disposiciones testamentarias a través, en esta ocasión, de la forma de testar ológrafo.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de mayo de 1969, dictada a propósito del recurso en el que se alegaba la nulidad del testamento ológrafo otorgado por el testador, al carecer éste de las condiciones de voluntad e inteligencia exigidas para su validez en el momento del otorgamiento, declaró que no había quedado acreditado que aquél no se encontraba en su cabal juicio cuando redactó dicho testamento, debiendo, en consecuencia, tenerse como válido y como expresión de su última voluntad, «...la eficacia de un testamento no puede subordinarse a los afectos familiares, casi siempre efímeros, que como sentimientos íntimos escapan a la investigación del juzgador... y si, por otra parte, la pretensión de declarar nulo un testamento, por circunstancias como la de haber otorgado otro anterior, es ir contra los preceptos legales y jurisprudenciales, pues el principio de derecho que la voluntad humana es ambulatoria hasta la muerte, se hace indudable que ha de mantenerse la sentencia recurrida, sin que en modo alguno pueda llegarse a una declaración contraria a la que es objeto de dicha resolución, pues aparte de no haber prosperado ninguno de los motivos de infracción que se contienen en el escrito de recurso, es obvio que en ella se ha tenido en cuenta que la validez del testamento integra una presunción no judicial, sino del propio legislador, de fuerza igual a la *iuris tantum* y que, según regla de hermenéutica jurídica, que por lo elemental y común tiene el carácter de axioma, tal presunción no puede destruirse sino en mérito de pruebas perfectas y fehacientes...».

Como puede observarse, los principios del *favor testamenti* y *pro capacitate* rigen, asimismo, en sede de testamentos ológrafos. En consecuencia, para declarar nulo un testamento ológrafo por incapacidad mental de su otorgante, hay que probar, a través de pruebas fehacientes y perfectas, que el testador no se hallaba en su cabal juicio en el momento mismo de redactarlo. En este sentido, una interesante sentencia del Supremo, de 18 de junio de 1994, declaró que «...la controversia existente sobre los testamentos ológrafos de la causante, protocolizados convenientemente, ha de resolverse en razón de la capacidad de la testadora, así como la voluntad testamentaria; en cuanto a la capacidad, y habida cuenta del contenido del informe pericial, es evidente que carecía de la misma cuando se otorgó el supuesto testamento 1.º, de fecha 24 de diciembre de 1987, en el que falta, pues, el requisito del artículo 663.2 del Código Civil, lo que no acontece con respecto a los testamentos posteriores de 1 de febrero de 1988 y 7 de marzo de 1988, en donde la testadora actuó con capacidad normal, cumpliéndose los requisitos para tal testamento ológrafo...».

Esta sentencia resume los requisitos que debe reunir el testamento ológrafo en sede de capacidad de su otorgante, por lo que parece oportuno reseñar

literalmente parte de su contenido: «...a) en cuanto a la capacidad para testar, de forma general, se habrá de cumplir cuanto se dispone en los artículos 662 a 666, amén de la capacidad *ad hoc* del artículo 688.1.º b) En cuanto a la voluntad testamentaria el tema transita por el núcleo que late en la definición del artículo 667, como expresión de todo acto de última voluntad. c) Y por último en cuanto a los requisitos particulares, deberán observarse los fijados para la validez en el artículo 688 —autografía, firma y cronología de su otorgamiento—...».

La sentencia se refiere, asimismo, a la problemática del momento en el que ha de valorarse la capacidad del testador. Así, remite a la sentencia de 10 de febrero de 1994, en la que se alude tanto al denominado *favor testamenti* como a la presunción de capacidad legal de todo testador, salvo prueba en contrario, sosteniendo que dicha capacidad ha de entenderse siempre existente en el momento de otorgar el testamento y que el que alega la incapacidad, ha de probarla si no existe incapacitación judicial previa, concluyendo en que la prueba ha de ser concluyente, ya que, en otro caso, se presume la capacidad.

Por lo que respecta a la fecha del testamento ológrafo, tema este importantísimo, a mi juicio, declara la sentencia citada que ha de seguirse el principio de veracidad de la fecha existente cuando se trata de juzgar acerca de la capacidad del testador, a menos que se pruebe cumplidamente lo contrario.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, de 7 de mayo de 2002, es importantísima por lo que respecta a la problemática de la capacidad del testador ológrafo. En efecto, esta sentencia puso de relieve que «la presunción de capacidad para testar que, a modo de declaración general, contiene el artículo 662 del Código Civil, ha de relacionarse con el 663 en cuanto emplea la expresión de cabal juicio y con el 664 que la explica al referirse a la enajenación mental, lo que permite una amplitud interpretativa para abarcar a todas las personas incapaces de gobernarse por sí mismas, conforme declara el artículo 200 del Código Civil (...), es decir, no sólo aquellas declaradas incapaces por resolución judicial, sino también a las que resulten afectadas de mera incapacidad de hecho que ha de resultar suficientemente y concluyentemente acreditada (...), por tratarse de presunción *iuris tantum* que se ajusta a la idea tradicional de *favor testamenti*, debiendo atenderse para apreciar la concurrencia de capacidad testadora al momento de otorgarse el testamento, conforme al mandato del artículo 666 (...)».

«En orden a los supuestos de incapacidad, se contiene un completo resumen de la doctrina jurisprudencial en la sentencia de 27 de enero de 1998 en los siguientes términos:

- a) Que la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de rela-

ción de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos (...).

- b) No bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la testamentifacación 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 (...).
- 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 (...)».

Esta sentencia va referida a un testamento ológrafo que fue otorgado por una persona de la que existían ciertas dudas en cuanto a su sano juicio en el momento del otorgamiento. La sentencia hace unas afirmaciones rotundas por lo que se refiere a los requisitos que ha de tener la incapacidad o afección mental en orden a declarar nulo un testamento (ológrafo, en este caso, pero aplicable la doctrina jurisprudencial al testamento abierto). Afirma esta sentencia que la afección mental ha de ser grave, hasta el punto de carecer el sujeto de personalidad psíquica.

A mi juicio, con esta sentencia se ponen las bases para que el testamento otorgado por una persona que no está en su cabal juicio, pero que mantiene intactas determinadas zonas de la conciencia, sea válido, lo cual, como ya ha quedado expuesto en páginas atrás, plantea, cuanto menos, fuertes dudas y vacilaciones.

Afirma, asimismo, esta sentencia que la voluntad humana es mudable hasta la muerte, pero no hay que olvidar que una persona que tiene alteradas sus facultades mentales no discierne, con claridad, lo que quiere —aspecto volitivo— de aquello que no quiere —aspecto negativo de la volición—. Y, en consecuencia, dicha afirmación, sin duda rotunda, queda desvirtuada.

La citada sentencia, en su Fundamento de Derecho Primero, afirma, igualmente, que son circunstancias insuficientes, para establecer la incapacidad, de un lado, la edad senil del testador, «pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un aciano decrépito y achacoso, ni el Derecho ni la Medicina consienten que por el solo hecho de llegar a la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad, se haya de considerar demente, pues la inherencia a ésta de un estado de demencia requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho», citando a la sentencia de 25 de noviembre de 1928; tampoco es causa de incapacidad que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si éstos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para

constituirle en ente privado de razón; asimismo, afirma esta sentencia que «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...».

Efectivamente, ya en páginas atrás ha quedado analizada la problemática de algunos trastornos mentales graves como, por ejemplo, la neurastenia, entre otros. Se parte de la premisa de que el testador, a pesar de padecer una enfermedad neurasténica, se encuentra en su cabal juicio, pero esta presunción se fundamenta, a su vez, en el testimonio del fedatario y de los testigos. Desde mi punto de vista, sería muy interesante que, cuando una persona padece un trastorno de tipo neurasténico y existe una duda, por pequeña que ésta sea, en torno a su capacidad mental para la testamentifacción, fuera examinado por un médico especialista en Psiquiatría, para poder determinar, con un alto grado de probabilidad o, tal vez, de certeza, que esa persona se encuentra —o no— en su cabal juicio.

La mencionada sentencia de 7 de mayo de 2002 hace una afirmación que me parece muy interesante: «...ante la dificultad de conocer dónde 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...».

A esta afirmación, sin duda razonable, habría que contraargumentar en el sentido de afirmar que nunca podremos saber dónde acaba la razón y se inicia la locura de un testador si éste, con carácter previo a la testamentifacción activa, no ha sido examinado por un Médico Psiquiatra, el cual podrá, lógicamente, ofrecer puntos de vista y, en definitiva, un dictamen en relación con el estado mental del otorgante.

Voy a entrar, ya directamente, en los Fundamentos Jurídicos de esta importante sentencia, referida al testamento ológrafo: «...los informes médicos que obran en autos, interpretados a la luz de las aclaraciones realizadas por vía de la prueba testifical, y la pericial judicial del doctor R., igualmente sometida en el acto de la ratificación a numerosas preguntas y aclaraciones, llevan simplemente a pensar que pudiera ser posible que, en efecto, el testador, en el momento de efectuar el testamento ológrafo, estuviera privado de sus facultades mentales, pero también es perfectamente posible que no lo estuviera.

»Así, de los diversos informes que obran en autos, los presentados por las partes emitidos por doctores que jamás en su vida vieron al testador, concluyen, el de la actora, evidentemente, en que éste estaba completamente perturbado en aquel momento para poder realizar válidamente un testamento, y el del demandado, también evidentemente, pues si no, no lo hubiera presentado, que no existe evidencia alguna que permita, con los antecedentes estudiados, afirmar que el testador tenía perturbadas las facultades mentales, o que pade-

ciera ningún cuadro mantenido o incapacitante que permita aseverar una disminución de sus funciones psíquicas incompatible con el gobierno adecuado de su persona y bienes.

»Por su parte, el perito judicial doctor R., que tampoco vio ni trató al testador, afirma que el mismo presentó patología psíquica, con síntomas de deterioro mental por la edad... entendiendo que en 1992, año en que hizo testamento, tenía comprometidas su capacidad volitiva y de discernimiento, careciendo “en plenitud” tanto de juicio crítico como de la realidad de las situaciones. El informe, pese a ser aparentemente categórico, fue sometido, como antes se apuntó, a numerosas aclaraciones en el momento de su ratificación, en las que el doctor R. afirmó que hasta el enfermo con más sintomatología psíquica tiene intervalos lúcidos y no pudiendo precisar si el testador el 27 de julio de 1992 (fecha del testamento ológrafo) se encontraba lúcido o no.

»Se ha de tener en cuenta, además, que los tres informes a que nos venimos refiriendo, los de las dos partes y el pericial propiamente dicho, se emiten por doctores que no han podido apreciar directamente la situación del informado, y se basan en el estudio y examen de su historia clínica. En todos los casos, se parte del hecho de que el testador no padece una enfermedad psíquica propiamente dicha, sino la enfermedad de Parkinson, que al ser tratada con cierta medicación, puede producir como efectos indeseables, determinados trastornos psíquicos. No nos encontramos, pues, ante un enfermo psíquico sino ante un enfermo de Parkinson con alteraciones psíquicas como efecto de la medicación. También parece existir coincidencia en el sentido de que el estado mental del informado sería variable, en función de la medicación recibida, las dosis y forma de administración, etc., y que el ajuste de dichas dosis tendría siempre efectos favorables en esa situación psíquica.

»Por ello, cobra especial importancia la opinión que acerca del estado mental del testador pudiera tener su médico de cabecera doctor S. B., que aun no siendo psiquiatra, sí es el que más de cerca le trató, por no decir el único que verdaderamente le trató, lo que hizo, según su propia declaración, desde el año 1977, conociendo además todos los informes médicos que el propio testador le mostraba cuando acudía a su consulta, el cual afirma que el deterioro psíquico del testador no le consta sino en el último año de su vida más o menos (...), es decir, que falleciendo en el año 1997, no tiene constancia alguna de que en 1992 tuviera perturbadas sus facultades mentales. Sólo admite su incapacidad física, necesitando silla de ruedas, como tres años antes de morir.

»Junto a ello, existe igualmente el dato de otra persona que le conoció y tuvo con él una relación profesional de muy especial significación y relevancia a la hora de poder determinar si un sujeto tiene o no capacidad para testar. Evidentemente nos referimos al Notario de Ocaña, don Valentín F. G. quien,

ciertamente, no intervino en el testamento cuya nulidad se solicita, pero sí en el otorgamiento de numerosas escrituras públicas por parte del testador (siendo acompañado además por su propia mujer hoy demandante), sin que observara en el comportamiento del señor C. ninguna anomalía y considerándole en todos los casos con capacidad mental bastante para el otorgamiento de los actos que se pretendían, lo que implica presunción *iuris tantum* de su capacidad mental (...).

»En definitiva, no existe prueba concluyente acerca de que el testador careciera en el momento de otorgar el testamento ológrafo que se impugna de la suficiente capacidad mental para hacerlo, existiendo datos que parecen evidenciar lo contrario, como la declaración de su médico de cabecera o del propio Notario, y el hecho de que si su situación psiquiátrica fuera tan evidente, se hubiera instado su incapacitación, lo que no se hizo, sino que antes al contrario, su esposa le acompañó al Notario al otorgamiento de aquellos otros actos mencionados —otorgamiento de poder, escritura de compraventa de un inmueble, constitución de una hipoteca y dos permutas—, reconociéndole implícitamente una salud mental incompatible con lo que ahora se pretende».

Como puede observarse, y a la vista de esta concluyente y expresiva sentencia, los requisitos exigidos para declarar nulo un testamento ológrafo por falta de capacidad mental del testador son los mismos, básicamente, que los exigidos para la consecución de este fin en sede de testamentos abiertos.

En el supuesto transcrito y analizado, se observa que no se logró acreditar, fehacientemente, que el testador padeciera una enfermedad mental que le incapacitara para realizar testamento ológrafo. Su padecimiento consistía en la llamada enfermedad de Parkinson, que, como sabemos, en muchas ocasiones, sobre todo si la enfermedad está en grado avanzado, puede causar determinadas alteraciones de carácter psíquico, tales como síndrome depresivo, trastornos del comportamiento y, en ocasiones, demencia senil.

Su médico de cabecera confirmó, efectivamente, que su paciente mantenía sus facultades mentales intactas, si bien habría que matizar esta afirmación contundente en el sentido de que dicho médico no era un especialista en Psiquiatría y, en consecuencia, no era la persona más indicada ni la más facultada para emitir este juicio de valor sobre la capacidad mental del testador. Por su parte, el Notario ante el que compareció en diversas ocasiones, con motivo de unos actos jurídicos que realizó —compraventa, permuta, etc.— confirmó, asimismo, que no apreció nada extraño en el comportamiento del otorgante. Como ya ha quedado expuesto en páginas atrás, la valoración que el fedatario lleva a cabo en estos casos es trascendental, debido al prestigio que ostenta la institución notarial en nuestro país, si bien hay que insistir en que no es determinante y que ha de ser comparada con otros medios de prueba que arrojen mayor luz sobre la capacidad mental del otor-

gante, como los informes y dictámenes médicos, siendo prioritarios siempre los emitidos por médicos especialistas en Psiquiatría.

LA INCAPACIDAD MENTAL DEL TESTADOR: PROBLEMÁTICA JURÍDICA DE LA ENFERMEDAD MENTAL

Sin duda, para un jurista, no es fácil entrar en el amplio y farragoso ámbito de las enfermedades mentales, aunque éstas vengan referidas, como en el presente estudio, al testamento.

FERRIO explicaba que la enfermedad mental es un término genérico y que, en este sentido, había que emplearlo. Sin embargo, el problema de la terminología, tal como este autor ha expuesto detalladamente (18), es realmente delicado de resolver, desde el momento en que hay que armonizar dos intereses: los de la Medicina y los del Derecho, siendo ciertamente indudable que no se puede prescindir de ninguno de los dos, ya que, en tal supuesto, los conceptos quedarían incompletos, cuando no vacíos.

Hay que resaltar que el Código Civil español no señala el ámbito ni el alcance de la terminología utilizada al referirse a conceptos médicos, lo cual provoca, como no podía ser menos, escollos y dificultades.

FERRIO matizaba afirmando que no cabe hablar de «enfermedad» con fenomenología exclusivamente mental, sino también con base en procesos morbosos somáticos.

BIONDI puntualizaba diciendo que, desde el punto de vista de la sintomatología psíquica, se podían distinguir síndromes, pero no enfermedades, para concluir afirmando que las enfermedades existen únicamente en el ámbito somático (19).

En consecuencia, cabe distinguir entre enfermedades mentales, que tienen una base somática y, de otro lado, las anomalías psíquicas, que carecen de sustrato somático.

Cuando se habla de «sanidad mental» o «salud mental», se alude, en realidad, a la ausencia de factores psíquicos, somáticos o psicosomáticos que afecten a la mente y, en particular, a las facultades de entender y querer, por ser éstas las que verdaderamente interesan en el ámbito jurídico. Obviamente, los antónimos de «sanidad» y «salud mental» son la «insania mental» y la «anormalidad mental».

Si nos referimos ya, en un paso más, al «enfermo mental», hay que entender que es éste un término genérico que incluye a aquél que, pudiendo o no autogobernarse, ve afectada su capacidad de entender y querer por causas

(18) FERRIO, *Psichiatria clinica e forense*, vol. I, Torino, 1959.

(19) BIONDI, *Manuale di Psichiatria*, Milan, 1950.

que radican en su mente, aunque en su origen haya una naturaleza somática, psíquica o psicosomática.

El término «enajenado» hace referencia al enfermo que en todo momento tiene perturbadas las facultades mentales, aunque las manifestaciones patológicas queden en algunos períodos de tiempo aparentemente ocultas, según J. M. CODÓN (20).

Por su parte, el término «demente», era referido, según JUSTINIANO (21), a los que carecen de mente. Para FERRIO (22), la demencia viene considerada como un fenómeno morboso con lesiones irreversibles en el encéfalo. Por lo que respecta al Código Civil español, en este término debían quedar incluidos únicamente aquellos enfermos mentales que han sido incapacitados mediante el oportuno procedimiento. CODÓN y LÓPEZ SÁIZ afirmaban que la demencia quiere desintegración o debilitamiento mental adquirido en la edad adulta y prácticamente permanente e irreparable (23).

Centrándonos ya en el tema debatido, la capacidad de testar —y su contrario, la incapacidad de testar—, lo primero que salta a la vista, de una lectura del artículo 662 de nuestro Código Civil, es el amplio enunciado permisivo, semejante al contenido en el artículo 591 del Código italiano y 902 del francés, si bien se exige una previa delimitación de la capacidad precisa para otorgar testamento. Hay una gran amplitud, como ya ha quedado expuesto en páginas atrás, para testar o, dicho en otras palabras, para conferir capacidad para testar, aunque, paradójicamente, las prohibiciones establecidas parecen tajantes y hacen pensar en supuestos que no encajen en ellas, admitiéndose, en estos casos, la testamentifacción activa, a pesar de las dudas y vacilaciones que ello puede conllevar.

Nuestro Código Civil establece claramente que la capacidad para testar vendrá compuesta o constituida por dos factores básicos y esenciales: *a)* haber cumplido catorce años de edad, y *b)* que en el momento de testar el otorgante se halle en su cabal juicio, que equivale a que tenga plena facultad de entender y querer, cognitiva y volitiva, para acto tan esencial y personalísimo.

Naturalmente, el ámbito de la capacidad mental propiamente dicha desborda, con mucho, los límites de lo jurídico, llegando, como es lógico, a invadir el campo de la Medicina.

El concepto de la capacidad mental integra la carencia de defecto orgánico cerebral y la ausencia de tipos nosológicos que afecten a la mente, que es, lo que a juicio de JESÚS M. DE ALFONSO (24), hay que entender compren-

(20) CODÓN y LÓPEZ SÁIZ, *Psiquiatría judicial, penal y civil*, tomo I, Burgos, 1969.

(21) JUSTINIANO, *Instituciones*, libro 2, título 12.

(22) FERRIO, *Psiquiatría clínica e forense*, citado en nota 18.

(23) CODÓN y LÓPEZ SÁIZ, *Psiquiatría judicial, penal y civil*, citado en nota 20.

(24) DE ALFONSO, JESÚS M. DE, *Apreciación de la capacidad mental del testador...*, citado en nota 16.

dido en el número 2 del artículo 662 del Código Civil, pese a la oscuridad del precepto. En consecuencia, la capacidad para testar queda configurada de la siguiente manera en nuestro Ordenamiento Jurídico-Civil:

CAPACIDAD PARA TESTAR:

- Tener edad suficiente.
- Tener capacidad mental: capacidad de entender y querer.
- Carencia de defecto orgánico cerebral.
- Ausencia de tipos nosológicos que afecten a la mente.

El término «cabal juicio» empleado en el artículo 663 del Código Civil español ha quedado, en la actualidad, obsoleto y, además, es vago e impreciso. La Jurisprudencia ha intentado aclarar este término, pero, en la mayoría de las ocasiones, tal como he tenido ocasión de comprobar a lo largo de esta investigación, sin éxito, ya que es complejo extrapolar conceptos estrictamente médicos al ámbito jurídico.

En cualquier caso, hay que aclarar que la capacidad para entender implica tener ideas claras de las cosas y de los hechos. En este sentido, STERN indicaba que la inteligencia es la capacidad general con la que la persona viene dispuesta a hacer frente a la vida y a sus exigencias (25). Esta definición fue adoptada también por J. A. BRUSSEL, al establecerla como la capacidad general del individuo para ajustar su pensamiento a demandas nuevas e inesperadas que tiene que afrontar en el medio ambiente (26).

El artículo 663.2 del Código Civil, de modo implícito, entiende que el enfermo mental habitual se contrapone al enfermo accidental, del que habría que admitir la capacidad de testar en determinados momentos lúcidos —intervalos lúcidos—. No obstante, el artículo 666 del citado *corpus* legal conduce a un resultado igual o similar, siendo, en todo caso, mucho más claro y práctico.

La expresión «cabal juicio» es equívoca y susceptible de interpretaciones, a veces confusas y embrolladas. No obstante, en una primera aproximación, cabe afirmar que «cabal juicio» quiere decir completo estado de sana razón, según expresa el Diccionario de la Real Academia Española (27). En cualquier caso, habría que preguntarse si, en la actualidad, existe alguna persona que esté en completo estado de sana razón. Más bien, desde mi punto de vista, habría que entender «cabal juicio» bajo un aspecto negativo, es decir, como ausencia de anormalidad mental.

(25) STERN, WILLIAM, *Zur psychologie der aussage*, Berlin, 1902.

(26) BRUSSEL, *The Layman's guide to Psychiatry*, Barnes & Noble, Inc., 1967.

(27) Diccionario de la Real Academia Española, Madrid, 1970.

Es el Notario autorizante del testamento —en el testamento abierto— la persona encargada de efectuar un juicio valorativo de la sanidad mental del testador. Por tanto, es el Notario el que va a afirmar —o negar— que una persona se encuentra en su cabal juicio y, por ende, su testamento es válido, es decir, tiene capacidad para testar. Será el fedatario el que declare que el testador carece de cualquier anormalidad mental que le impida entender y querer.

Naturalmente, aquí se plantean problemas complejos y de difícil solución, tal como, en páginas atrás, a través del estudio y comentario de nuestra Jurisprudencia, hemos tenido ocasión de comprobar.

¿Cuándo se cumple el deber del Notario de apreciar y valorar la capacidad del testador? ¿En qué términos hay que plantear este deber?

Una sentencia de nuestro Tribunal Supremo, muy antigua en el tiempo, declaró que este deber se cumple «cuando el Notario y los testigos conocen de antemano al testador y el primero da fe de hallarse éste en la integridad se sus facultades mentales».

A la vista de esta sentencia, lo primero que hay que considerar es que serán pocas las ocasiones en que se produzca un conocimiento previo por parte del Notario de la persona que acude a la Notaría a testar. Efectivamente, cuando el Notario no conoce, de antemano, al testador, ese íntimo convencimiento que debe alcanzar para afirmar que éste se encuentra en su cabal juicio, será mucho más complejo. En estos casos, hay que pensar que el Notario cumplirá con su deber cuando, por la simple observancia del testador, le juzgue con la capacidad necesaria para el otorgamiento y dé fe, en el instrumento público, de su juicio de valoración.

Lo que no existe, sin duda alguna, es una predeterminación de medios o medidas utilizables por el Notario para llegar a cerciorarse de la capacidad mental del testador en el momento del otorgamiento de su última voluntad. Por lo tanto, hay que entender que cada fedatario empleará sus propios medios para llegar a ese íntimo convencimiento.

Una sentencia, muy interesante, dictada por el Tribunal Supremo el 18 de abril de 1916, señaló que «...si bien el artículo 695 del Código Civil exige que en los testamentos abiertos al otorgarlos comience el testador haciendo expresión de su voluntad ante el Notario y los testigos... nada impide que los testadores faciliten previamente a los Notarios autorizantes las instrucciones oportunas, a fin de preparar el acto del otorgamiento, cuando así conste probado queda cumplido aquel requisito en su finalidad y espíritu si, reunidos luego el Notario y los testigos, el testador ante ellos expresa o da claramente a entender su absoluta conformidad con el testamento redactado».

La expresión empleada por esta última sentencia, «dar claramente a entender», es, sin lugar a dudas, poco apropiada a efectos de que el Notario emita un juicio valorativo sobre la capacidad mental del testador, pues, con esta

mínima exigencia, se reduce notablemente la comunicación entre Notario y testador, dando lugar a que una posible enfermedad mental o un trastorno psíquico grave que éste padezca pase totalmente desapercibido.

Según MIRA LÓPEZ (28), lo importante en la testamentifacción activa es averiguar si la volición —la voluntad, el «querer»— del testador resulta determinada por motivos psíquicos normales o, en otras palabras, atender a la motivación de las disposiciones testamentarias, lo que, en la gran mayoría de las ocasiones, escapa al control del Notario autorizante.

Tal como expone, con agudeza, DE ALFONSO (29), es precisamente en las disposiciones testamentarias donde se materializa la incapacidad, no en el acto-otorgamiento, no en la actividad física que ello comporta, sino en la psíquica de las voliciones que implica el desideratum contenido en cada disposición ordenada por el testador. Este jurista se plantea una cuestión harto problemática: ¿Podrán el Notario —y testigos—, mediante la simple observancia del testador o, incluso, a la vista de las propias disposiciones, apreciar insanias mentales y, en consecuencia, apreciar la incapacidad de aquél?

Por lo que respecta a esta cuestión, hay que resaltar que algunas sentencias de nuestro Tribunal Supremo ya pusieron, en su día, de manifiesto la dificultad que comporta para el fedatario el juicio valorativo que ha de realizar. Así, la sentencia de 21 de marzo de 1952 señaló que «...para constatar la veracidad de estos casos, suelen ser precisos conocimientos científicos propios del psiquiatra». En términos semejantes se manifestaron las sentencias de 30 de noviembre de 1968 y 21 de junio de 1969.

Uno de los medios de los que el fedatario dispone para procurar asegurarse de la capacidad del testador es el llamamiento, con fines asesores, de médicos, con el fin de que emitan un dictamen acerca de la sanidad mental del otorgante. Esta intervención no está sujeta, en la actualidad, a formalidad alguna, siendo potestativo su llamamiento.

Hace muchos años, cuando la Psiquiatría aún no era una especialización médica, la intervención de profesionales médicos, constituyendo requisito *sine qua non* en la testamentifacción activa del incapacitado, era vista con cierto desagrado, no dándosele la importancia requerida.

Esta tendencia, obsoleta, ha sido, por fortuna, superada en nuestros días, aunque no siempre se le ha otorgado el alcance debido a esta intervención.

La concurrencia de dos médicos era exigida para que el «demente» —terminología ésta que, hoy en día, está desfasada, pero que venía referida, en todo caso, al incapacitado— pudiera otorgar testamento, teniendo en cuenta que el artículo 665 del Código Civil era aplicable al supuesto del que quisiera otorgar

(28) MIRA LÓPEZ, EMILIO, *Psicología jurídica*, Barcelona, 1932.

(29) DE ALFONSO, JESÚS M. DE, *Apreciación de la capacidad...*, artículo citado en notas 16 y 24.

testamento habiendo sido declarado incapaz judicialmente, tal como señalaron las sentencias —todas muy antiguas en el tiempo— del Tribunal Supremo, de 10 de junio de 1897, 25 de octubre de 1901 y 22 de enero de 1913, así como la de la Audiencia Territorial de Barcelona, de 10 de julio de 1968.

La sentencia del Supremo, de 16 de febrero de 1945, declaró que «...la afirmación de la capacidad del testador que, en cumplimiento del artículo 685 del Código Civil hace el Notario que autoriza el testamento, alcanza el rango de fuerte presunción *iuris tantum*, con mayor motivo si es coincidente con el informe de los facultativos a quienes ha dado intervención en el otorgamiento...».

Por su parte, la sentencia de 16 de noviembre de 1918 señaló que «...al intervenir los médicos en el testamento no fue en observancia del requisito excepcional del artículo 665, ya que la testadora no estaba demente —éste es el único supuesto en que tiene aplicación—, sino como elemento de juicio no prohibido por la Ley, y sí por el contrario racional y lógico que el Notario aportó para procurar, conforme le obliga el artículo 685, asegurarse con mayor acierto él y los testigos de que, a su juicio, la testadora tenía la capacidad necesaria para testar».

La sentencia de 25 de marzo de 1940 se encarga de precisar el alcance del dictamen médico exigido por el artículo 665 del Código Civil: «...ha de tenerse en cuenta, para la interpretación del citado precepto, que la expresión procurarán asegurarse que en él figura, sustituye a la más imperativa de la primera redacción del actual Código, y que ese cambio de redacción revela que no se exige una aseveración de capacidad con absoluta certeza, ni la intervención facultativa, solamente necesaria en el caso de demencia del artículo 665 del mismo cuerpo legal...».

La sentencia, antes citada, de 16 de noviembre de 1915, afirmó claramente que «el juicio de los médicos no es suficiente y ha de completarse con el formulado a su vez por el Notario y testigos instrumentales, dando fe aquél de hallarse el otorgante en la integridad de sus facultades mentales y haberlo hecho observar y confirmarlo así los testigos».

Por su parte, la sentencia de 11 de diciembre de 1952 llegó a calificar de loable cautela del Notario el hecho de que éste requiriese un previo dictamen facultativo, y la de 22 de enero de 1913 señaló que «...sin que a la fuerza y eficacia de aquella declaración —se refiere a la de hallarse el testador en la plenitud de sus facultades mentales, efectuada por el Notario— pueda obstar el hecho de que innecesariamente requiriese el Notario el dictamen de dos facultativos como modo complementario de asegurarse a su propio juicio de la capacidad del testador...».

Esta última sentencia hace una justa valoración del dictamen de los facultativos, que es elogiable. Pero no siempre ha sido así en nuestra Jurisprudencia, dado que existen muchas sentencias en las que se pone de manifiesto una cierta hipovaluación del dictamen de los profesionales médicos, restándole

importancia a su actuación. En este sentido, he consultado la sentencia de 27 de junio de 1902: «Que otorgado... el testamento con las formalidades establecidas en los artículos 691 y 695... no puede estimarse que aquellas fueran desvirtuadas por el solo hecho de haber concurrido al otorgamiento dos médicos que afirmaron hallarse la testadora en el completo goce de sus facultades, porque si bien por no tratarse de testador demente era innecesaria y aun superflua tal concurrencia —realizándose a instancia del Notario o de otro sujeto— no arguye tal concurrencia la falta de los requisitos esenciales del testamento, ni altera en modo alguno su validez...».

¿Qué tratamiento legal van a tener los denominados «intervalos lúcidos»?

Aunque ya este tema ha sido tratado en un capítulo general anterior —«La capacidad para testar: Análisis y problemática jurídica: Los intervalos lúcidos»—, hay que insistir, de nuevo, en los peligros y riesgos que conlleva la testamentifacción activa en estos períodos de tiempo, a veces muy breves, muy fugaces, en los que el testador se encuentra, según dicción de nuestro Código Civil, en su cabal juicio.

SÁNCHEZ ROMÁN se hacía eco, hace muchos años, de esta compleja problemática, puntualizando que «si representa racional garantía, no está exenta de grandes riesgos como todos los que acompañan a toda prueba pericial declarada bastante para destruir en un momento determinado el estado de incapacidad por locura en que habitualmente viene constituido aquel testador, cuya capacidad en todo caso habrá que apreciarse atendiendo únicamente al estado en que se halle al tiempo de otorgar testamento... la teoría de los intervalos lúcidos es justa en cuanto respeta la soberanía de la voluntad en cualquier momento en que exista, pero muy expuesta a fraudes» (30).

Naturalmente, estas afirmaciones hay que entenderlas referidas al ámbito de aquellas personas que no han sido incapacitadas judicialmente, pero que padecen alguna enfermedad mental o algún trastorno psíquico importante y, en consecuencia, surge la duda de si, en realidad, tienen capacidad legal para testar o no y en qué medida en un intervalo lúcido pueden ejercitar su derecho a la testamentifacción activa.

Otro problema, ligado íntimamente a éste, es el referido a los intervalos lúcidos de personas incapacitadas judicialmente. En este supuesto, dos facultativos serán llamados por el Notario autorizante y así deberá hacerse constar, ya que esta designación no puede dejarse al arbitrio ni de los testigos instrumentales, ni del propio otorgante ni de terceras personas. La omisión de este requisito, como no podía ser menos, vicia de nulidad el testamento. A este respecto, es clara la dicción de la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1901, señalando que «...el artículo 665 del Código Civil que

(30) SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios de Derecho Civil*, tomo II, Madrid, 1911.

autoriza al demente —terminología ya desfasada en la actualidad— para testar en un intervalo lúcido se impone al Notario, por vía de excepción a la regla general, la observancia de una formalidad especial encaminada a patentizar este intervalo lúcido, cual es el deber de negar su concurso al otorgamiento a menos que dos facultativos designados por el mismo Notario reconozcan previamente al testador y respondan de su capacidad...».

Hay que entender que los facultativos, a la vista del examen efectuado al testador, emiten un dictamen sobre su estado mental, dictamen que será especialmente dificultoso y complejo en el supuesto de que se trate de un testador afectado de una enfermedad mental, pero que admite la existencia de intervalos lúcidos.

Ya se ha aludido, en páginas atrás, a que determinadas enfermedades mentales y/o trastornos psíquicos graves no admiten la posibilidad de intervalos lúcidos en las personas afectadas. Una sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, de 15 de enero de 1996, se refirió, si bien someramente, a esta problemática. El supuesto se reconducía a una persona que había sido declarada judicialmente incapacitada para la administración de sus bienes, ya que sus facultades de discernimiento, si no totalmente anuladas, sí estaban considerablemente disminuidas y ello con carácter permanente e irreversible, impidiéndole gobernarse por sí misma, sobre todo en el aspecto económico. El Fundamento de Derecho Tercero de esta sentencia señaló que «si bien es cierto que la nueva redacción del artículo 665 del Código Civil, de acuerdo con la Ley 30, de 20 de diciembre de 1991, no excluye radicalmente la posibilidad de que la sentencia de incapacitación contenga un pronunciamiento expreso acerca de la capacidad para testar, la doctrina se muestra generalmente partidaria de no establecer restricciones especiales de la testamentación activa. En primer lugar, porque el otorgamiento de testamento es un acto personalísimo, que no admite nunca un complemento de la capacidad por parte del representante legal, ni por la asistencia o aprobación del curador. En segundo lugar, porque de acuerdo con regulación contenida en los artículos 663.2, 664, 665 y 666 del Código, la ineficacia del testamento no se deriva de una incapacidad formal o declarada judicialmente, sino de la incapacidad natural que realmente presente en cada caso y momento el testador, debiendo reputarse garantías suficientes a efectos de evitar que una persona sin discernimiento suficiente pueda otorgar testamento, las que el citado artículo 665 previene, para el supuesto de que el declarado incapaz pueda otorgar testamento en un posible intervalo lúcido (...)».

Como puede observarse, la problemática de los intervalos lúcidos ha de ser considerada caso a caso, supuesto a supuesto, sin admitir fáciles generalizaciones. Desde mi punto de vista, me inclino a estimar que determinadas enfermedades mentales, tales como la esquizofrenia en grado profundo, la paranoia y la oligofrenia —cuando presenta niveles graves de intensidad—

incapacitan a las personas que las padecen para otorgar testamento válido, no debiéndose admitir, en estos supuestos, la posibilidad de existencia de un intervalo lúcido.

REFERENCIA A LA APRECIACIÓN NOTARIAL DE LA CAPACIDAD DEL TESTADOR

En el testamento abierto, tal como hemos venido insistiendo a lo largo de estas páginas, la intervención del Notario autorizante de aquél tiene una importancia, desde el punto de vista jurídico, que, sin duda, puede, en muchos casos, ser determinante. Sin embargo, cuando se impugna un testamento por falta de capacidad mental del otorgante, surgen, como no podía ser menos, la incertidumbre y la problemática. De ahí que me plantee seguidamente esta delicada cuestión.

Habría que preguntarse hasta qué punto alcanza la fe pública notarial. Una sentencia, muy antigua, de nuestro Tribunal Supremo, de 18 de noviembre de 1915, parece acoger la tesis de que el Notario da fe de la capacidad del testador: «...dando fe aquel (el Notario autorizante) de hallarse el otorgante en la integridad de sus facultades mentales...».

No obstante, esta sentencia es aislada y esta tesis, al menos en la actualidad, no parece que pueda prosperar. En efecto, una sentencia de 21 de junio de 1969, respecto de una impugnación de testamento por falta de capacidad, señaló que «...la fuerza probatoria del documento notarial se extiende a lo que el Notario presencia, pero no a lo que opine, ni a la verdad intrínseca de las declaraciones que en el mismo se hagan...».

La expresión empleada en esta última sentencia no parece la más correcta semánticamente, pues no podría afirmarse que el fedatario presencia la capacidad del testador. La capacidad del testador no se presencia, sino que se observa y, a veces, se deduce de lo que afirma o niega, de su actitud, de sus razonamientos y hasta de su forma de hablar. Según expresaba DE ALFONSO (31), la capacidad mental es una circunstancia psíquica sin traslatividad material e imperceptible por los sentidos, y sí por la razón. En consecuencia, hay que concluir que el Notario lo que hace es apreciar la capacidad, o como dice la sentencia de 10 de julio de 1968 efectúa una apreciación, o un juicio, tal como indicó la sentencia de 30 de septiembre de 1966, una afirmación (sentencias de 25 de abril de 1959, 9 de abril de 1948, 16 de abril de 1945, 10 de abril de 1944, 25 de octubre de 1928), una aseveración (sentencias de 10 de abril de 1959, 10 de abril de 1944, 25 de marzo de 1940 y 18 de abril de 1916), o una declaración, según la sentencia de 22 de enero de 1913.

(31) DE ALFONSO, JESÚS M. DE, Artículo citado en notas 16, 24 y 29.

Como vemos, no se indica nada sobre la presencia o sobre presenciar la capacidad del testador. Por tanto, hay que concluir en que la fe notarial no ampara la realidad de que el otorgante sea capaz, pues se trata de una apreciación psíquica y no de hecho y que se exterioriza por signos perceptibles por el jurista. En otras palabras, la fe pública no se extiende a la verdad intrínseca de las declaraciones que en torno a la capacidad del testador se efectúen. La dación de fe alcanza solamente a su opinión que, por su propia naturaleza, puede o no ser acertada y coincidente con la realidad. Por tanto, la salud mental del testador no llega a la fe notarial.

Muy clara fue, en este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de abril de 1925: «La afirmación del Notario de que el testador tenía capacidad para otorgar testamento no supone que haya de aceptarse como verdad indiscutible...»

A mi juicio, lo que hace el Notario es efectuar una apreciación, basada, fundamentalmente, en su propia impresión personal sobre la capacidad del otorgante, pero esa impresión personal nunca puede tener la categoría de verdad indiscutible o de dogma.

La sentencia, también del Supremo, de 21 de marzo de 1952, declaró que «...la fe pública ampara la creencia del fedatario de que el otorgante es capaz...». Y la dictada el 10 de noviembre de 1969 señaló que «el documento público hace fe únicamente del hecho que motiva su otorgamiento y de su fecha, pero no de la verdadera capacidad de los otorgantes».

Hay que plantear qué valor tiene el juicio o la apreciación sobre la capacidad del testador efectuado por el fedatario. Sobre este aspecto, hay diversas sentencias que se refieren a este tema. En concreto, la Audiencia Provincial de Álava dictó, en fecha 27 de julio de 2001, una sentencia, resolviendo la impugnación de la sentencia de instancia en la que se reiteraba que el causante habitualmente no se hallaba en su cabal juicio y que, además, en el momento mismo del otorgamiento carecía de juicio suficiente y tenía enervadas sus facultades mentales en grado tal que no podía llegar a entender y querer lo que hizo en el momento de testar. A este efecto, afirmaba el recurrente que el juicio de capacidad, en el momento de otorgar el testamento, debió hacerlo un especialista Psiquiatra, dados los antecedentes y situación anímica habitual del testador, debido a sus problemas de alcoholismo, con comportamientos extravagantes e irrespetuosos. Con relación al momento mismo de otorgar el testamento, se alegaba que el testador se encontraba afectado por el cloruro mórfico que le había sido suministrado como consecuencia de un infarto de miocardio en día anterior, lo que a juicio del recurrente determinaba, y en base a los informes periciales de los doctores E. y E., una afección en grado sumo de las facultades superiores. El Fundamento Jurídico Segundo de esta sentencia declaró que «...la interpretación de los artículos 663 y siguientes del Código Civil se asienta en las siguientes premisas básicas:

- a) Que la capacidad mental del testador se presume mientras no se destruya por prueba en contrario.
- b) Que la apreciación de esta capacidad ha de ser hecha con referencia al momento mismo del otorgamiento.
- c) 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.
- d) Que, por ser una cuestión de hecho, la relativa a la sanidad de juicio del testador, su apreciación corresponde a la Sala de instancia...».

Razonaba esta sentencia afirmando que no se había llegado a probar mínimamente que el posible alcoholismo causara una incapacidad permanente más allá de los concretos y puntuales momentos de afectación por ingestas excesivas de alcohol, ni se acredita sobre una eventual incapacidad precedente, ni siquiera sobre episodios concretos en los que la capacidad mental fuera cuestionada en algún expediente judicial o administrativo, tanto de internamiento, tratamiento ambulatorio o expresamente de incapacitación. De ahí se extraía la consecuencia de que el alcoholismo invocado no podía sino ser causa para estimar que, salvo episodios de efectiva intoxicación por una ingesta próxima, el estado de salud mental del testador suponía una plena capacidad de obrar.

La sentencia razonaba afirmando que la prueba deducida del juicio de capacidad expresado por el Notario era de singular trascendencia, como siempre ha resaltado la Jurisprudencia, destacando, asimismo, que, en la propia escritura, el testador expresó su voluntad en presencia del fedatario y leído el testamento al otorgante, éste manifestó no desear leerlo por sí mismo, pese a declarar que podía hacerlo, elementos todos ellos que revelaban la capacidad del otorgante y su pleno conocimiento del contenido y trascendencia de sus actos, reforzando, si cabe, la referida presunción de capacidad.

La sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de febrero de 2001, se refirió al alcance de la fe pública notarial. El supuesto se reconducía a un testador que, siendo de estado soltero, había otorgado una disposición de última voluntad instituyendo heredera única y universal a la persona que le cuidaba, falleciendo cuatro días más tarde de un carcinoma renal.

El Tribunal de Instancia valoró la prueba pericial, que no fue emitida por especialista en Psiquiatría, sino en Medicina Interna, no habiendo examinado, directa ni personalmente, al testador, porque la pericial se practicó con posterioridad a su muerte, sin que el médico hubiera tenido relación alguna con el mismo, resultando más bien explicativos los informes y datos suministra-

dos por los hospitales donde estuvo internado antes de su fallecimiento. El perito no informaba propiamente, sino que «sospechaba» que a los pocos días de producirse el alta médica, cuando otorgó testamento, su estado general y mental no había mejorado, aunque no descartaba que tuviera un momento de mayor lucidez y, del mismo modo, «suponía» que, producida el alta, la insuficiencia renal crónica habría empeorado, con mayor acumulo de sustancias tóxicas al cerebro, produciendo una encefalopatía urémica, con obnubilación progresiva, estupor y muerte.

La sentencia declaró que «...la conclusión de que la prueba pericial y conjunto probatorio, incluidos los informes hospitalarios, no resultaban suficientes ni estaban dotados de la contundencia demostrativa necesaria para desmoronar la presunción de capacidad para testar...»

«La insania mental (...) exige actividad probatoria dotada de la seguridad precisa de que efectivamente concurrió, lo que no ha tenido lugar en el caso de autos, con base a un informe pericial indirecto, impreciso y que contiene hipótesis y no conclusiones definitivas, así como los datos hospitalarios...».

«En cuanto a la aseveración del Notario respecto a la capacidad del testador, que refiere el artículo 695, aplicable a los hechos y por tanto no afectado por la reforma operada por la Ley de 20 de diciembre de 1991, adquiere relevancia de certidumbre y por ello es preciso pasar mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial lo contrario...».

Como puede observarse, el juicio de capacidad que hace el Notario adquiere singular relevancia y trascendencia, si nos fundamos tanto en la Jurisprudencia, cuanto en el propio prestigio que ostenta la fe pública notarial.

No obstante, la afirmación notarial de hallarse el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar el testamento no tiene que ser aceptada necesariamente, pues puede ser revisada por el Juez. Así lo indicó la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de marzo de 1974: «...si bien el Notario ha de hacer constar que, a su juicio, “se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento”, dicha afirmación hecha por el Notario no supone que necesariamente tenga que ser aceptada como verdad indiscutible, o sea, por dicha afirmación puede ser revisada por el Juez, como dicen las propias sentencias invocadas, siempre que las pruebas de que disponga para ello sean convincentes; que es lo que ha ocurrido en el presente caso...».

Efectivamente, la afirmación hecha por el fedatario 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. Estas pruebas, se exige, sean muy cumplidas y convincentes, porque la aseveración notarial reviste una especial relevancia de certidumbre.

Desde mi punto de vista, estimo que el juicio de capacidad del testador realizado por el Notario, especialmente en aquellos casos difíciles y complejos, en los que no se aprecia, a simple vista, una anormalidad en el compor-

tamiento o en la actitud del otorgante, será un juicio incompleto, porque, insisto, el Notario no es un especialista en Medicina, ni tiene obligación de poseer conocimientos psiquiátricos ni psicológicos.

Veamos una interesante sentencia dictada por el Tribunal Supremo, de 24 de julio de 1995, con motivo del otorgamiento de un testamento en el que se acreditó el cumplimiento de todas las formalidades legales, pero ello no impidió que fuera declarado nulo al probar que el testador no tenía completa su facultad mental o volitiva. En este supuesto, el fedatario apreció que el testador se encontraba en su cabal juicio. Sin embargo, se demostró fehacientemente, más tarde, que dicho testador, de setenta y tres años de edad, había empezado a padecer ciertos trastornos mentales, como pérdidas de memoria y control intelectual, abandono de su vida social, etc. Y que a los tres años siguientes su médico especialista, que le visitó en dos ocasiones, observó en él una conducta inadecuada, con tendencia a la huida y a salir desnudo, entre otras manifestaciones anormales. Hay que destacar que quince días después de otorgar el testamento fue ingresado en el Hospital Psiquiátrico con la siguiente sintomatología: conducta de tipo delirante con francas ideas de persecución, confusión mental, amnesia, desorientación autopsíquica y temporal, no espacial, siendo incapaz de concretar el número de hijos, ni su lugar de residencia. Posteriormente, sufrió nuevos ingresos, afirmando los especialistas del Hospital que su sintomatología se fue enquistando, llegando a un cuadro de demencia profunda, sin posibilidad de recuperación, por lo que se trasladó, dentro del Hospital, a una unidad de larga estancia.

Con este cuadro clínico otorgó el testamento. El Notario declaró que, en líneas generales, no se acordaba ni podía puntualizar las circunstancias concretas del otorgamiento, pero que, si le hubieran manifestado la enfermedad que padecía el testador, no hubiera autorizado el acto, afirmación que no coincide exactamente con la acotación que figura en el propio testamento, de que el testador «que sabe firmar, pero no puede hacerlo por impedirlo su enfermedad, haciéndolo a su ruego un testigo».

Por su parte, un testigo manifestó que no conocía al testador con anterioridad, y que éste no hizo ninguna manifestación, ni pronunció una sola palabra durante todo el acto del otorgamiento del testamento, pues incluso cuando el fedatario leyó lo que ya tenía escrito, permaneció callado, siendo también cierto que el testador no le pidió que firmara por él.

El otro testigo confirma íntegramente las aseveraciones efectuadas por el anterior, insistiendo en que el testador no pronunció una sola palabra durante toda la reunión, permaneciendo recostado en la cama y, en su opinión, no era consciente del acto que se estaba celebrando.

La sentencia concluye, declarando que «puestas en relación estas manifestaciones de los testigos presenciales, no interesados en el otorgamiento del testamento, con la historia clínica de la enfermedad que padeció el testador

hasta su fallecimiento, y que ya sufría en diciembre de 1983, resulta obligado coincidir con la Sala de apelación en la declaración de nulidad que hace, respecto a la disposición de última voluntad que se ha impugnado en el pleito. Existen elementos de prueba en los autos más que suficientes para que no pueda prevalecer el error apreciativo que se denuncia en el motivo por cuya causa debe decaer éste...».

Hay que destacar que el artículo 167 del Reglamento Notarial, de 2 de junio de 1944, estableció que «el Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones de 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».

En todo caso, hay que recordar que la intervención del Notario tiene un carácter preponderante y que el principio *pro capacitate* del otorgante resuelve la problemática a favor del mantenimiento del testamento, reputando capaz al testador, siempre, claro está, que no consta la incapacitación judicial.

En cualquier caso, el juicio, apreciación o valoración que lleven a cabo los facultativos sobre la capacidad mental del testador habrá de ser siempre prevalente con respecto al emitido por el Notario, y ello por razones obvias que creo que ya han sido suficientemente comentadas y analizadas.

REFERENCIA A LA INTERVENCIÓN DE LOS FACULTATIVOS

El artículo 665 del Código Civil estableció expresamente que el Notario no autorizará el testamento sino cuando los médicos respondan de la capacidad del otorgante.

La redacción de este precepto ha originado algunas dudas y vacilaciones en la doctrina, por lo que respecta a la responsabilidad que genera este dictamen en los facultativos.

A esta problemática, apasionante, a mi juicio, la doctrina ha dado respuesta afirmando que, aunque dicho precepto se refiere a la capacidad mental, y es, por tanto, un concepto médico, también es parte integrante, y no puede negarse, de un concepto jurídico y presupuesto de la testamentifacción activa, cuya determinación escapa a las atribuciones de los profesionales médicos, sujetándose, en todo caso, su actuación a su leal saber y entender, por lo que tan sólo se podría exigir responsabilidad en cuanto que en el desempeño de sus funciones y obligaciones hayan actuado con culpa o negligencia inexcusables (32).

(32) SÁNCHEZ ROMÁN, «Estudios...», *ob. cit.*, en nota 30.

No cabe duda, sin embargo, que será el fedatario el que pregunte e inquiere de los médicos en torno a la capacidad mental del testador y serán los facultativos los que deban satisfacer las preguntas relativas a dicho extremo, mediante la oportuna emisión de su opinión profesional y será en esta medida en la que respondan de la capacidad.

La intervención de los facultativos, sobre todo en determinados supuestos, se revela como fundamental. Estimo que el dictamen de los médicos ha de ser determinante en orden a la apreciación de la capacidad mental del testador. Son los médicos los que están verdaderamente facultados para la emisión de un dictamen de esta clase.

Ahora bien, ¿debe ser psiquiatra el facultativo que lo emita o basta con que sea un profesional de la medicina, sin atención a su especialización médica?

La respuesta a esta pregunta no es fácil, pero, en todo caso, hay que tener presente que, en la actualidad, los avances científicos han permitido el reconocimiento y la valoración de determinadas enfermedades y trastornos psíquicos que, hasta hace algunos años, eran prácticamente desconocidos. Hoy en día, lo lógico sería exigir el dictamen de facultativos especialistas en Psiquiatría y no admitir el emitido, por ejemplo, por un médico internista.

Según expone CODÓN y LÓPEZ SÁIZ (33), siempre en contemplación de la actual situación de la Psiquiatría y de los avances operados en este ámbito, si comparamos su estado a la promulgación del Código Civil, hay que entender que es absolutamente necesario, a los fines del artículo 665 de dicho *corpus* legal, intentar, cuanto menos, que los facultativos que hayan de concurrir al otorgamiento sean especialistas en la Ciencia de la Psiquiatría y únicamente ante la imposibilidad o ausencia de ellos, acudir a cualesquiera otros profesionales de la Medicina, cuyo dictamen —aun sin negar la indudable competencia de dichos profesionales—, atendiendo la constante necesidad de especialización que invade todas las profesiones liberales, de la que la Medicina, al igual que el Derecho, no escapa, no puede tener la ortodoxia y autoridad que, sin duda, sería atribuible al emitido por un especialista en Psiquiatría.

Estimo que el dictamen ha de ser emitido por un especialista en Psiquiatría, que será la única persona competente para apreciar la capacidad mental del testador.

Por otro lado, aunque es un tema íntimamente conexo con lo expuesto, hay que tratar la problemática que puede suscitarse cuando el dictamen de los facultativos es dudoso o, al menos, no es radicalmente afirmativo de la capacidad del testador, ¿podría el Notario autorizar el testamento ante la dudas de los médicos psiquiatras?

(33) CODÓN y LÓPEZ SÁIZ, *ob. cit.*, en notas 20 y 23.

A esta interrogante, la mayoría de la doctrina, en nuestro país, se decanta por entender que, en función de los principios del *favor testamenti* y *pro capacitate*, habría que pronunciarse por la validez del testamento, siempre, naturalmente, que se trate de un testador que no ha sido previamente incapacitado. No incurriría, según el sentir de la doctrina dominante, el fedatario en responsabilidad alguna por esta autorización, porque siempre le cabría ampararse en dichos principios jurídicos. El Código Civil, asimismo, se muestra generoso por lo que respecta a la testamentifacción activa y, como expresaba BONET Y RAMÓN (34), declara capaces para este negocio a personas que para cualquier otro no lo son y, además, porque todo lo que concierne al tema de la incapacidad es siempre de interpretación restrictiva.

Desde mi punto de vista, habría que ser mucho más cuidadoso en este tipo de problemas. Tengamos en cuenta que si los facultativos muestran sus dudas o vacilaciones en lo que concierne a la capacidad mental del testador, será porque hay motivos, más que suficientes, para ello. En consecuencia, autorizar un testamento en estas condiciones es, cuanto menos, arriesgado.

Un supuesto diferente, pero relacionado con lo anterior, se plantea AGÚNDEZ (35), cuando el dictamen médico, previo al otorgamiento del testamento por el incapacitado, es favorable a la capacidad, pero el fedatario disienta del mismo. Aquí, parece que la cuestión estaría más clara: Estimo que, a pesar del disentimiento del Notario, éste deberá autorizarlo, si bien ha de admitirse la posibilidad de que éste haga sus reservas en tal sentido. Tengamos en cuenta que no se trata de que el fedatario haga también una apreciación o valoración del dictamen de los facultativos, ya que esto sería absolutamente inadecuado. En consecuencia; el Notario debe estar y pasar por el dictamen emitido por los médicos competentes para ello, aunque, en su fuero interno, su íntimo convencimiento le lleve a la conclusión de que el otorgante no se encuentra en su cabal juicio o con capacidad suficiente como para otorgar testamento.

Otra cuestión a considerar, relacionada con el dictamen de los facultativos, viene referida, precisamente, al momento de la emisión de este dictamen. ¿Cuándo debe producirse? ¿Antes o una vez otorgado el testamento?

Naturalmente, la respuesta a esta cuestión ha de decantarse, siempre y en todo caso, por la emisión del dictamen con anterioridad al otorgamiento del testamento. Esto quiere decir que, con carácter previo, los facultativos habrán de reconocer y examinar al otorgante y comprobar en qué estado mental se encuentra. Sin embargo, no hay obstáculo legal, en principio, para que, una vez concluido el otorgamiento, los facultativos entreguen al Notario autori-

(34) BONET Y RAMÓN, *Código Civil comentado*, Madrid, 1964.

(35) AGÚNDEZ, A., «La incapacidad del enajenado: Concepto, declaración e integración», en *Revista de Derecho Procesal*, 1958.

zante un dictamen escrito, en el que razonen, una vez reconocido y examinado al testador, las bases de sus criterios anteriormente manifestados e incluso se admite que puedan ampliar dichos criterios con nuevas aportaciones y matices concretos. En una palabra, que detallen el informe o dictamen. En este sentido, una interesante sentencia de 26 de mayo de 1918 declaró que la protocolización de un dictamen emitido por escrito por los facultativos intervinientes supone una mayor documentación y no implica una quiebra del formalismo excepcional impuesto legalmente, sino una mayor constancia de las circunstancias fácticas concurrentes en tal delicado momento, máxime cuando la presentación y protocolización de ese dictamen es posterior, en el tiempo, al momento de la testamentifacción activa que, en definitiva, es el que debe ser tomado en cuenta para la observación de aquellas formalidades, siendo el dictamen escrito conveniente para la ilustración judicial.

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA
Doctora en Derecho. Abogada