

1.4. Sucesiones

Libertad para testar y testamentifacción activa de las personas con discapacidad

Freedom of testament and active testamentifaction of persons with disabilities

por

FERNANDO CAROL ROSÉS

Abogado

Doctor en Derecho UNED

RESUMEN: El cambio de modelo que supone la Convención de Nueva York de 2006 sobre los derechos de las personas con discapacidad se plasma en nuestro ordenamiento mediante la Ley 8/2021. Se reconoce capacidad jurídica a todas las personas, en su doble aspecto, estático (capacidad para ser titular de derechos) y dinámico (capacidad para ejercitarlos). Se pasa de un sistema de sustitución a uno de apoyos, primando la voluntad, deseos y preferencias de la persona. Desaparece la incapacitación, recayendo, por tanto, previo juicio de discernimiento, exclusivamente sobre el notario la decisión y la responsabilidad acerca de si una persona goza de la aptitud necesaria para testar. El notario es la pieza clave de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica a la hora de testar, posibilitando no solo la expresión de la voluntad del testador sino también la conformación de la misma, apoyándolo en el proceso de toma de decisiones, apoyos, por otra parte, que siempre ha llevado a cabo, si bien ahora con más énfasis. La autonomía, la libertad para testar, queda reforzada.

ABSTRACT: *The change of model implied by the 2006 New York Convention on the Rights of Persons with Disabilities is reflected in our legislation through Law 8/2021. Legal capacity is recognized for all persons, in its twofold aspect, static (capacity to hold rights) and dynamic (capacity to exercise them). It moves from a system of substitution to one of support, giving priority to the will, wishes and preferences of the person. Incapacitation disappears, with the decision and responsibility as to whether a person has the necessary capacity to testate falling exclusively on the Notary, following a judgement of discernment. The notary is the key support for the exercise of legal capacity to testate, enabling not only the expression of the testator's will but also the shaping of it, supporting the testator in the decision-making process, support which, moreover, he has always provided, albeit now with greater emphasis. Autonomy, the freedom to testament, is strengthened.*

PALABRAS CLAVE: Libertad para testar. Capacidad jurídica. Persona con discapacidad. Apoyo. Notario.

KEY WORDS: *Freedom to testament. Legal capacity. Person with disability. Support. Notary.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. EL JUICIO NOTARIAL DE DISCERNIMIENTO: 1. REQUISITO MATERIAL. 2. REQUISITO FORMAL.—III. EL APOYO NOTARIAL: 1. APOYOS PARA LA EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD. 2. EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD POR PERSONAS CON DISCAPACIDAD FÍSICA O SENSORIAL Y FORMAS TESTAMENTARIAS ESPECÍFICAS. 3. APOYOS PARA LA CONFORMACIÓN DE LA VOLUNTAD.—IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS SOBRE EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LOS DERECHOS TERRITORIALES O FORALES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. PLANTEAMIENTO

En el ordenamiento jurídico se adoptan ciertas medidas con el fin de garantizar que la libertad testamentaria positiva, la autonomía, pueda ser lo más plena posible a pesar de las circunstancias personales, peligros y amenazas, barreras y obstáculos que pueden existir para que una persona pueda decidir con discernimiento suficiente y libremente el destino que quiere dar a su patrimonio. Conforme con el modelo anterior, era razonable pensar que cuanto mayor fuera la libertad de testar, libertad en sentido negativo, libertad como ausencia de limitaciones, más exigente se debería ser con su libertad para testar, libertad en sentido positivo, libertad como autonomía, puesto que «a mayor libertad civil corresponde mucho más rigor en la capacidad del sujeto y en su libertad de querer»¹.

A raíz de la adecuación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, sobre los derechos de las personas con discapacidad, merced a la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, se produce un cambio de modelo y será mejor empezar a hablar de «rigor en los apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica»—consecuencia del hecho de que la capacidad jurídica no se le niega a nadie— haciendo hincapié y potenciando la autonomía de la persona con discapacidad. Se pasa de un sistema de sustitución a un sistema de apoyos —quedando reservada la tutela para los menores de edad, si bien se contempla la curatela con facultades representativas— y se reconoce la primacía de la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Ya no cabe utilizar el sintagma «personas incapacitadas»² sino el de «personas con discapacidad»³. Se ha suprimido la incapacitación. Sin embargo, lo anterior no obsta para que el notario pueda rehusar la autorización de un testamento si le ha resultado imposible, utilizando todos los medios, establecer comunicación con el testador o, si establecida, a su juicio el otorgante carece del discernimiento suficiente para otorgar ese testamento concreto.

De conformidad con el artículo 12.5 de la Convención de Nueva York «los Estados parte tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos...», lo que comprende el derecho de otorgar testamento.

No cabe duda de que la testamentifacción activa no podía escapar a los principios de la Convención, tenían que proyectarse también indefectiblemente sobre ella. Era un clamor doctrinal que tanto el artículo 663 como el artículo 665 del Código Civil, entre otros preceptos, se encontraban en clara contraposición con dichos principios.

En cualquier caso, como remarca PÉREZ GALLARDO, «hablar de la *testamenti factio* activa no es cuestión nada fácil, pues es uno de los grandes temas que convocan los maestros del Derecho de sucesiones»⁴.

Examinemos la regulación vigente en lo que supone un importante paso en pro de la autonomía de la persona con discapacidad a la hora de testar, en pro de su libertad para testar.

El artículo 662 del Código Civil dispone: «Pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente».

En consonancia con la Convención, según el nuevo artículo 663 del Código Civil: «No pueden testar:

1.º La persona menor de catorce años.

2.º La persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello».

Por lo que se refiere al número 1.º, por un lado, la edad de catorce años para testar puede ser considerada muy discutible⁵ puesto que a esa edad es fácil que los niños puedan ser influidos⁶, y, por otro, la realidad de las personas ancianas ha llevado a plantear que así como existe una edad antes de la cual no se puede testar, no sería descabellado fijar una edad a partir de la cual tampoco se pudiera sin ciertas cautelas⁷. Entendemos que esto último no es admisible por cuanto las personas ancianas deben seguir el mismo régimen que las demás, lo contrario supondría una discriminación por razón de edad.

Por lo que respecta al número 2.º, dejemos claro que la conformación precisa aptitud psíquica mientras que la expresión requiere aptitud física o sensorial, aunque en los dos casos haga falta la ayuda de medios o apoyos. Acerca de ambas aptitudes se tendrá que pronunciar el notario, si bien el juicio de discernimiento se realiza una vez comunicada al notario la voluntad, deseos y preferencias de la persona, es decir, al final del iter notarial⁸. Veamos.

Con arreglo al artículo 665 del Código Civil, «la persona con discapacidad podrá otorgar testamento cuando, a juicio del notario, pueda comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones. El notario procurará que la persona otorgante desarrolle su propio proceso de toma de decisiones apoyándole en su comprensión y razonamiento y facilitando, con los ajustes que resulten necesarios, que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias»⁹.

Por tanto, el notario tiene dos funciones: valorar la aptitud y apoyar con los medios necesarios. Es decir, lo que siempre ha hecho.

II. EL JUICIO NOTARIAL DE DISCERNIMIENTO

La valoración de la aptitud comprende un requisito material —el notario deberá asegurarse de la aptitud para otorgar testamento— y un requisito material —el notario deberá hacerlo constar en el propio testamento—.

1. REQUISITO MATERIAL

Al notario, pues, corresponde la comprobación del discernimiento del testador, como así resulta igualmente del artículo 685.1 *in fine* del Código Civil: «También deberá el notario asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar»¹⁰. Conviene recordar que este juicio de discernimiento lo realiza el notario siempre, con independencia de que se encuentre ante una persona con discapacidad.

Como dice LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, «si el notario no logra esa comunicación con el testador, cuyo contenido es comprender y manifestar, no puede autorizar el testamento», lo que no obsta para que lograda la comunicación el notario aprecie que no puede ejercitar la capacidad jurídica¹¹. Luego, el notario, si ha podido establecer dicha comunicación, lleva a cabo un juicio de discernimiento¹², en el preciso momento del otorgamiento¹³, pudiéndose valer para ello de los medios que estime necesarios, si bien ya no tiene la obligación de acudir al dictamen de facultativos¹⁴, lo que plantea alguna cuestión de Derecho transitorio¹⁵. No tiene la obligación (para así alejarse del modelo médico) pero puede, siempre que cuente con la aquiescencia de la persona con discapacidad¹⁶, a diferencia del artículo 421-9.1 CCCat que se lo permite expresamente.

Por muchos medios de los que se pueda valer, la decisión acerca de la aptitud para otorgar testamento recae exclusivamente sobre el notario. Como dice ZURITA MARTÍN, «ahora queda totalmente en manos del Notario la evaluación de la aptitud mínima que debe tener una persona para otorgar válidamente testamento, entendiéndose esta como la facultad para comprender y manifestar el alcance de sus disposiciones»¹⁷. Y al haber desaparecido la posibilidad de una sentencia de incapacitación o modificación judicial de la capacidad, «se ha ampliado notablemente el ámbito de la actuación notarial»¹⁸. Se ha ampliado el campo de actuación y se ha ampliado su responsabilidad.

Se requiere aptitud natural de entender y querer —elementos intelectual y volitivo—. Como dice DE ALFONSO, «el testador precisa saber qué es un testamento y comprender la trascendencia del mismo, ver la oportunidad de su otorgamiento, efectuar un juicio valorativo de su patrimonio, rememorar a las personas que han formado parte de su círculo convivencial, enjuiciarlas en relación con su persona, establecer entre ellas un orden jerárquico señalado por valores afectivos y deseos retributivos, relacionar bienes y personas, siguiendo finalmente un acto volitivo y la emisión de su voluntad para materializarla. Estos son los momentos que son de apreciar en la testamentifacción activa, que, la mayor parte, son previos y otros, coetáneos al propio acto de testar... En cada uno de ellos interviene en una u otra forma la capacidad intelectual y la volitiva, o el *entender* y el *querer*»¹⁹. Y como afirma VERDERA IZQUIERDO tienen cabida supuestos que no constituyen una enfermedad declarada pero privan del discernimiento suficiente como, por ejemplo, la persona que se encuentra bajo los efectos del alcohol o las drogas²⁰. Así, según la STS núm. 1063/2007, de 4 de octubre (RJ2007\7401), FD 11.º, «la situación de no encontrarse en su cabal juicio, conforme a la fórmula utilizada en el artículo 663 del Código Civil, no reduce su ámbito de aplicación a la existencia de una enfermedad mental propiamente dicha y prolongada en el tiempo, sino que engloba cualquier causa de alteración psíquica que impida el normal funcionamiento de la facultad de desear o determinarse con discernimiento y espontaneidad, disminuyéndola de modo relevante y privando a quien pretende testar del indispensable conocimiento para comprender la razón de sus actos por carecer de conciencia y libertad y de la capacidad de entender y querer sobre el significado y alcance del acto y de lo que con el mismo se persigue (SSTS de 11 de diciembre de 1962 y 7 de octubre de 1982)»²¹. Por tanto, la falta de aptitud para otorgar testamento no tiene por qué estar referida únicamente a una persona con discapacidad.

Enlazando con esto último, tanto desde el notariado²² como desde la judicatura²³ se advierte que no se pueden equiparar ancianidad y discapacidad, lo que no quita que ante un testamento muy complejo se pueda considerar que el testador anciano carece de testamentifacción activa²⁴, puesto que como soste-

nía LACRUZ no basta con que el que dispone tenga capacidad «sino capacidad suficiente de querer y entender sus disposiciones». Este es el significado que LACRUZ dio al antiguo término «cabal»²⁵. Por otro lado, nada obsta para que la falta de aptitud para entender y querer ciertas disposiciones pueda concurrir en una persona no necesariamente anciana. Un testamento puede ser muy simple o muy complejo²⁶. El discernimiento necesario para testar no será el mismo en uno y otro caso. El discernimiento que se precisa será el suficiente para otorgar ese testamento concreto.

Partimos de dos principios conexos: el principio *pro capacitate* y el principio *favor testamenti*, lo que implica que la presunción de discernimiento solo se puede desvirtuar mediante prueba de carencia del mismo²⁷, para ser más exactos, prueba de que en el momento de testar no pudo conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello, «cuestión difícil de probar si el grado de acompañamiento que realiza el notario, los medios y apoyos utilizados están documentados»²⁸. Para ello, se recomienda que en el testamento no solo figure la voluntad dispositiva del otorgante sino también sus deseos y preferencias, sentimientos o motivaciones, y habida cuenta de que el juicio de discernimiento en el testamento habrá de ser sintético, será conveniente que en un acta previa se refleje el proceso seguido ante el notario para conformar o expresar su voluntad, informes sociales, apoyos instrumentales y de otro tipo que el notario haya considerado oportunos, así también se preservará la intimidad de la persona²⁹.

En cualquier caso, hay que poner de manifiesto que el juicio de capacidad o discernimiento que realiza el notario³⁰ ha venido gozando de una fuerte presunción *iuris tantum*³¹. Corresponderá la carga de la prueba al que sostenga lo contrario³².

El Tribunal Supremo en su sentencia 436/1998, de 12 de mayo³³ (RJ 1998, 3570), FD 2.º, llevó a cabo una antología jurisprudencial acerca de la capacidad para testar y el juicio notarial de capacidad, antología que, en muchos aspectos, en otros no, se adelantó unos cuantos años a la filosofía de la Convención. Dice así:

«En este tema, es interesante reproducir el completo resumen de la doctrina jurisprudencial que se contiene en la Sentencia de 27 de enero de 1998: a) que la incapacidad o afección mental ha de ser grave, hasta el extremo de hacer desaparecer la personalidad psíquica en la vida de relación de quien la padece, con exclusión de la conciencia de sus propios actos (Sentencia de 25 de abril de 1959); b) no bastando apoyarla en simples presunciones o indirectas conjeturas, siendo un ir contra los preceptos reguladores de la testamentifacción y la jurisprudencia el declarar nulo un testamento por circunstancias de carácter moral o social, nacidas de hechos anteriores o posteriores al acto del otorgamiento, por ser un principio de derecho que la voluntad del hombre es mudable hasta la muerte (Sentencia de 25 de octubre de 1928); c) que ni la enfermedad ni la demencia obstan al libre ejercicio de la facultad de testar cuando el enfermo mantiene o recobra la integridad de sus facultades intelectuales o el demente tiene un momento lúcido (Sentencia de 18 de abril de 1916); d) que son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad: 1) la edad senil del testador, «pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano decrepito y achacoso...», ni el Derecho ni la Medicina consistenten que por el solo hecho de llegar la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad se haya de considerar demente, pues la inherencia a esta de un estado de demencia, requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho (Sentencia de 25 noviembre 1928); 2) que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad

si estos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón (Sentencia de 25 de octubre de 1928); 3) no obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el Notario y los testigos (Sentencia de 28 de diciembre de 1918); e) la sanidad de juicio se presume en toda persona que no haya sido previamente incapacitada (Sentencia de 1 de febrero de 1956, pues a toda persona debe reputarse en su cabal juicio, como atributo normal del ser (Sentencia de 25 de abril de 1959); de modo que, en orden al derecho de testar, la integridad mental indispensable constituye una presunción «iuris tantum» que obliga a estimar que concurre en el testador capacidad plena y que solo puede destruirse por una prueba en contrario «evidente y completa» (Sentencias de 8 de mayo de 1922 y 3 de febrero de 1951), «muy cumplida y convincente» (Sentencias de 10 de abril de 1944 y 16 de febrero de 1945), «de fuerza inequívoca» (Sentencias de 20 de febrero de 1975), cualquiera [SIC] que sean las últimas anomalías y evolución de la enfermedad, aún en estado latente en el sujeto (Sentencia de 25 de abril de 1959), pues ante la dificultad de conocer donde acaba la razón y se inicia la locura, la ley requiere y consagra la jurisprudencia que la incapacidad que se atribuya a un testador tenga cumplida demostración (23 de marzo de 1944 y 1 de febrero de 1956); f) la falta de capacidad del testador por causa de enfermedad mental ha de referirse forzosamente al preciso momento de hacer la declaración testamentaria, y la aseveración notarial acerca de la capacidad del testador adquiere especial relevancia de certidumbre y por ella es preciso pasar, mientras no se demuestre «cumplidamente» en vía judicial su incapacidad, destruyendo la «enérgica presunción “iuris tantum” (Sentencias de 23 de marzo de 1894; 22 de enero de 1913; 10 de abril de 1944 y 16 de febrero de 1945), que revela el acto del otorgamiento, en el que se ha llenado el requisito de tamizar la capacidad del testador a través de la apreciación puramente subjetiva que de ella haya formado el Notario (Sentencia de 23 de marzo de 1944); g) restando por añadir que la intervención de facultativos no es necesaria en supuestos de otorgamiento de testamento por quien no se halle judicialmente declarado incapaz, —lo que no implica que puedan intervenir, especialmente si el Notario lo prefiere para asegurarse de la capacidad del otorgante (Sentencias de 18 de abril de 1916 y 16 de noviembre de 1918)— pues el artículo 665 del Código Civil, no es aplicable al caso de quien otorga testamento sin estar judicialmente incapacitado (Sentencia de 27 de junio de 1908)».

2. REQUISITO FORMAL

Dispone el artículo 696 *in fine* del Código Civil: «También hará constar [el notario] que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento». Y con respecto al testamento cerrado el artículo 707.4.º del Código Civil dispone: «Sobre la cubierta del testamento extenderá el Notario la correspondiente acta de su otorgamiento [...] dando fe [...] de hallarse, a su juicio, el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento». Con respecto a este último decir que el notario únicamente podrá apreciar el discernimiento del testador en el momento de extender el acta de otorgamiento y no en el momento de la redacción.

El artículo 167 RN establece que «el Notario, en vista de la naturaleza del acto o contrato y de las prescripciones del Derecho sustantivo en orden a la capacidad de las personas, hará constar que, a su juicio, los otorgantes, en el

concepto con que intervienen, tienen capacidad civil suficiente para otorgar el acto o contrato de que se trate».

Si el notario no hace constar el juicio de capacidad en el testamento, este será nulo por defecto de forma³⁴, así resulta del artículo 687 del Código Civil: «Será nulo el testamento en cuyo otorgamiento no se hayan observado las formalidades respectivamente establecidas en este capítulo», pudiendo el notario, en caso de incumplimiento, incurrir en responsabilidad, no otra cosa es lo que resulta del artículo 705 del Código Civil: «Declarado nulo un testamento abierto por no haberse observado las solemnidades establecidas para cada caso, el notario que lo haya autorizado será responsable de los daños y perjuicios que sobrevengan, si la falta procediere de su malicia, o de negligencia o ignorancia inexcusables». Idéntica cuestión en el artículo 715 del Código Civil para el testamento cerrado.

El artículo 685.2 del Código Civil, refiriéndose a dos tipos de testamentos comunes nuncupativos, dispone que en los casos de los artículos 700 (testamento en inminente peligro de muerte) y 701 (testamento en caso de epidemia) «los testigos tendrán obligación de conocer al testador y procurarán asegurarse de su capacidad». Estos testamentos podrán ser otorgados por personas con discapacidad —es una exigencia de los principios de la Convención— si bien no contarán con el juicio de discernimiento del notario, con la consiguiente fuerte presunción *iuris tantum* de aptitud que comporta, ni con el apoyo institucional del mismo.

III. EL APOYO NOTARIAL

La segunda función notarial que resulta del artículo 665 del Código Civil consiste en apoyar al otorgante en el proceso de toma de decisiones, en su comprensión y razonamiento, y facilitándole que pueda expresar su voluntad, deseos y preferencias.

El notario es un apoyo institucional y no hay que olvidar que el testamento es un acto personalísimo, no cabe el complemento ni la representación³⁵, no cabe la voluntad hipotética a la que se refiere el artículo 249.3 del Código Civil, que sí hubiese debido ser tomada en consideración de haberse mantenido la sustitución ejemplar.

Qué mejor apoyo que el que puede prestar el notario a través del testamento notarial abierto³⁶. El notario es el apoyo ideal —por su preparación y prestigio³⁷— para las personas con discapacidad y vulnerables en el ejercicio de su capacidad jurídica, tal y como exige el artículo 12. 3 y 4 de la Convención³⁸ y el nuevo artículo 665 del Código Civil, en la línea no solo de su condición de funcionario público³⁹ sino del carácter de profesional del Derecho y de *Rechtswahrer* (guardián del Derecho)⁴⁰ que le atribuye en artículo 1 RN⁴¹, y ya que estamos hablando de libertad para testar, de libertad como autonomía, como autonomía de las personas con discapacidad, no conviene olvidar que «la función notarial está ante todo al servicio de la libertad civil, principio proclamado en el artículo 1 de la Constitución»⁴². No cabe duda de que la intervención y el apoyo del notario siempre han potenciado la autonomía y la libertad de la persona con discapacidad a la hora de testar. De todos modos, como apunta VALLS I XUFRE, «*avui, la reforma exigeix al notari un plus en aquesta funció, i és que la llei considera al notari com un veritable suport institucional, la qual cosa s'oposa la implicació del notari, que no és ni ha estat mai un mer espectador però que ara esdevé un veritable actor d'un procés en el qual li toca dirigir als altres actors perquè la persona amb discapacitat pugui formar i expressar la seva voluntat*»⁴³. Hoy más

que nunca el notario es «el cauce para el ejercicio de un derecho fundamental como es la capacidad jurídica»⁴⁴.

1. APOYOS PARA LA EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD

El artículo 2 de la Convención de Nueva York establece que la «comunicación» «incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso», medios todos ellos que sirven para romper barreras que afectan a las personas con alguna discapacidad, ampliando los canales de exteriorización de su voluntad. Nada justifica prescindir de estas herramientas en la testamentifacción, ahora bien, habrá que ser cautos y prudentes porque como muy bien dice mi Maestra, la Profesora MORETÓN SANZ, «si los pronósticos electrónicos y legislativos aventurados se materializasen, habrá de serlo con las debidas garantías ya que solo con ellas se podrán superar recelos y suspicacias por lo que se refiere a la aplicación de las nuevas tecnologías en el ámbito sucesorio»⁴⁵.

En consonancia con la Convención y con el fin de posibilitar la comunicación, la Ley 8/2021, de 2 de junio, ha introducido un cuarto párrafo al artículo 25 LN el cual dispone que «para garantizar la accesibilidad de las personas con discapacidad que comparezcan ante notario, estas podrán utilizar los apoyos instrumentales y ajustes razonables que resulten precisos, incluyendo sistemas aumentativos y alternativos, braille, lectura fácil, pictogramas, dispositivos multimedia de fácil acceso, intérpretes, sistemas de apoyo a la comunicación oral, lengua de signos, lenguaje dactilológico, sistemas de comunicación táctil y otros dispositivos que permitan la comunicación, así como cualquier otro que resulte preciso». Como considera LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, no obstante, si el notario dudase de su idoneidad, deberá designar uno de su confianza. No será preciso que sea perito o profesional, a diferencia de lo que disponen para los procedimientos de las personas con discapacidad los artículos 7 bis LEC y 7 bis LJV⁴⁶.

Lo anterior se confirma para el testamento notarial abierto cuando el artículo 695 del Código Civil dispone:

«El testador expresará oralmente, por escrito o mediante cualquier medio técnico, material o humano su última voluntad al Notario. Redactado por este el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento y advertido el testador del derecho que tiene a leerlo por sí, lo leerá el Notario en alta voz para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por el testador que pueda hacerlo [...] Cuando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el Notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad».

Como se puede apreciar hay dos fases: la de comunicación de la última voluntad y redacción del testamento por el notario, y la de otorgamiento propiamente dicho, solo esta última requiere unidad de acto y comprende lectura, conformidad

y firma (*vid.* art. 699 CC). Ambas fases precisan de un canal de conexión testador-notario y para ello valen medios técnicos, materiales o humanos.

Como asevera MARTÍNEZ ESPÍN, «el Notario es el único destinatario de esta declaración de voluntad. No se requiere simultaneidad ni formalidad, sino que basta la comunicación de la voluntad del testador al Notario, en uno o varios actos, conjuntos o separados, simultáneos o sucesivos», aunque, como se ve, «el testador puede expresar su voluntad por medio de persona interpuesta; en este caso, deberá el Notario cerciorarse de que la redacción dada al testamento corresponde a la voluntad del testador, lo que se conseguirá con la ratificación por el testador del texto redactado»⁴⁷. Insiste en esta última idea LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, cuando dice que «la comunicación a través de terceras personas es siempre delicada» será preciso que el «Notario llegue a la convicción moral de que ese tercero está recogiendo fielmente la voluntad del otorgante»⁴⁸.

En este punto, el Tribunal Supremo ya dio muestras de gran flexibilidad. Con esta flexibilidad se pronunció en su sentencia de 30 de noviembre de 1991⁴⁹ FD 3.º: «Es suficiente que asienta al contenido leído del testamento mediante movimientos de cabeza, tan inequívocos en su significado e interpretación como un asentimiento manifiesto por medio de la palabra. Indudablemente, de no haber estado conforme el testador con el contenido que se le leyó del testamento, también hubiera podido manifestarlo de forma inequívoca mediante gestos convincentes, constando su lucidez mental»; y en su sentencia núm. 1128/2004, de 24 de noviembre⁵⁰ (RJ 2004, 7554), FD 1.º, en un supuesto en el que la base de la pretensión se encuentra en el hecho de que en el momento de otorgar el hipotético testamento el testador «no podía hablar ni escribir», y que manifestó su conformidad al Notario mediante gestos, «le dijo que parara con la mano y volviera a leerlo. Que asentía a lo que el declarante iba leyendo», y en su FD 2.º llega a declarar que «aun partiendo de la base inexcusable que el testamento es un acto personalísimo, que no puede dejarse a un arbitrio de un tercero, ni a través de comisario o mandatario. Sin embargo, ello no puede confundirse con una interdicción total y absoluta de la intervención de un tercero, siempre que el testador establezca previamente las partes objetivas y los criterios de distribución, por lo que con ello no puede haber vulneración del artículo 670 del Código Civil. Es más, doctrina científica moderna que esta Sala acoge, tiene dicho que a pesar de lo preceptuado en el artículo 695 del Código Civil, la regla general del mismo —la expresión directa de voluntad del testador al notario— no es absoluta; el testador puede expresar su última voluntad mediatamente valiéndose de un abogado o de un mandatario cualquiera»⁵¹.

Esta interpretación amplía de los requisitos que se exigían en los testamentos otorgados por personas que sufren determinadas discapacidades físicas o sensoriales ya iba en la línea de los principios y finalidades de la Convención de Nueva York⁵². Únicamente quedarían excluidos de la testamentifacción los que tuvieran una absoluta imposibilidad de exteriorizar su voluntad.

«Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos» (art. 695.2 CC)⁵³. Este es el único caso, amén de que lo soliciten el testador o el Notario, en el cual deberán concurrir testigos al acto de otorgamiento. La reforma ha suprimido la exigencia de testigos en el testamento abierto notarial del ciego o del que no sepa o pueda leer, y bien suprimida está⁵⁴.

Es la forma la que permite prescindir de formalidades: «La forma del testamento como garantía del testador respecto de la exactitud y permanencia de la voluntad»⁵⁵, esto es lo que importa, la exactitud y permanencia de la voluntad del testador.

Para las escrituras en general, según el artículo 193.4 RN: «Si alguno de los otorgantes fuese completamente sordo o sordomudo, deberá leerla por sí; si no pudiere o supiere hacerlo será precisa la intervención de un intérprete designado al efecto por el otorgante conocedor del lenguaje de signos, cuya identidad deberá consignar el notario y que suscribirá, asimismo, el documento; si fuese ciego, será suficiente que preste su conformidad a la lectura hecha por el notario»⁵⁶. Como señala MARINÑO PARDO, a la vista del artículo 695.3 del Código Civil, la cuestión es dudosa puesto que «si el testador, además de sordo, es mudo o ciego, será necesaria alguna forma de comunicación entre el notario y el testador distinta de la oral, lo que sí nos puede llevar a la necesidad de intervención de un intérprete en el lenguaje de signos o la utilización de algún medio que permita superar esa dificultad o imposibilidad de comunicación oral, sin que sea imprescindible que dicho medio sea un intérprete en la lengua de signos»⁵⁷. Dicho autor cita jurisprudencia anterior a la reforma que ya avala esta postura sobre la base del principio *favor testamenti*, entre otras la SAP de Valencia (Sección 7.ª) núm. 291 /2018, de 25 de junio (ROJ SAP V 2563/2018) que en su FD 2.º 3, asevera que «debe primar la indiscutible soberanía de la voluntad del testador y consiguiente interpretación más favorable de las cláusulas que lo integran frente al cumplimiento de una formalidad que en el presente caso ninguna garantía de validez adicional podía otorgar al testamento, cuando como quedó demostrado en el acto del juicio el Sr. Benigno no comprendía el lenguaje de los signos, pero era completamente capaz de comunicarse, pues así lo aseveró sin ningún género de duda el notario demandado, a lo que hay que añadir, que las testigos intervinientes, conocían a D. Benigno, como también quedó puesto de manifiesto en el acto de la vista, por lo que no cabe apreciar en el acto del otorgamiento la más mínima irregularidad. La STS de 3 de septiembre de 2014 recuerda —como se ha dicho— la relevancia que la jurisprudencia otorga al principio de conservación de los actos y negocios jurídicos, no solo como mero criterio hermenéutico, sino como auténtico principio general (STS 25 de enero de 2013, núm. 827/2013), con proyección en el ámbito del Derecho de sucesiones, y en este mismo sentido se pronuncian las SSTS de 30 de octubre de 2012, 20 de marzo de 2013, y 28 de junio de 2013».

2. EXPRESIÓN DE LA VOLUNTAD POR PARTE DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD FÍSICA O SENSORIAL Y FORMAS TESTAMENTARIAS ESPECÍFICAS

La persona que no sabe o no puede leer no podrá otorgar testamento cerrado (arts. 708.1 CC y 421-14.5 CCCat). Antes de la reforma operada por la Ley 8/2021, el artículo 708 del Código Civil incluía al ciego entre las personas que no podían otorgar testamento cerrado. No es lo mismo ser ciego que no poder leer; una persona ciega puede leer en Braille.

Hoy, las personas con discapacidad visual podrán otorgarlo, utilizando medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo (art. 708 2 CC), las cuales al hacer la presentación deberán haber expresado en la cubierta por medios mecánicos o tecnológicos que les permitan leer lo escrito que dentro de ella se encuentra su testamento, expresando el medio empleado y que está firmado por ellas (art. 709 último párrafo). Se pasa a admitir el testamento cerrado en soporte electrónico, el cual deberá ser firmado con firma electrónica reconocida (art. 706.3 CC)⁵⁸.

Tampoco podrán otorgar testamento cerrado los que no puedan expresarse verbalmente y no sepan o no puedan escribir (art. 709 CC *a contrario*). Como

sostiene REPRESA POLO, la alusión a los que no puedan expresarse verbalmente debería haberse suprimido hace años, con la aprobación de la Ley 27/2007, por la que se reconocen las lenguas de signos españolas⁵⁹.

Ni que decir tiene que en el testamento cerrado el apoyo que puede prestar el notario se reduce sensiblemente.

No podrá otorgar testamento ológrafo el que no sepa o no pueda escribir de puño y letra (cfr. arts. 688 y 691 CC). En nuestro Derecho no cabe otorgar testamento ológrafo mediante caracteres Braille.

3. APOYOS PARA LA CONFORMACIÓN DE LA VOLUNTAD

Visto lo que antecede, parece que solo se hace referencia a medios humanos o técnicos para la expresión de la voluntad, encontrándose ausentes los apoyos para su conformación, no siendo menos cierto que el artículo 663 2.º del Código Civil niega la posibilidad de testar a «la persona que en el momento de testar no pueda conformar o expresar su voluntad ni aun con ayuda de medios o apoyos para ello». Para la expresión valen los medios técnicos, pero para la conformación pueden ser necesarios apoyos intelectuales no solo del notario sino también de aquellas otras personas (p. ej. psicólogos) que el notario considere necesarias y que puedan ayudar en el proceso de formación del consentimiento o toma de decisiones a personas con discapacidad intelectual no totalmente impeditiva, si bien existe un sector notarial que considera que, dado el carácter personalísimo del testamento, no caben otros apoyos que los que presta el propio notario y los meramente técnicos⁶⁰. Ahí se encuentra el *quid* de la cuestión. Por otro lado, no hay que olvidar que, en principio, el testamento es mucho más apetecible para el captor de la voluntad que cualquier otro negocio jurídico, ni obviar que en muchas ocasiones es el resultado de cavilaciones y consultas a familiares y personas cercanas e incluso profesionales de confianza⁶¹ y, por qué no, al curador asistencial o al guardador de hecho, lo que puede ser un apoyo o un riesgo, siendo esto lo que determina que el notario en el caso de testadores con discapacidad intelectual, en la medida en que son personas vulnerables, deberá ser especialmente escrupuloso para evitar la captación de la voluntad.

IV. REFLEXIONES CONCLUSIVAS SOBRE ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LOS DERECHOS TERRITORIALES O FORALES

I. Por lo que se refiere a los Derechos territoriales o forales, en Aragón, según el artículo 408.1 del Código de Derecho foral de Aragón, «pueden testar todas las personas físicas que, al tiempo de otorgar el testamento, sean mayores de catorce años y no carezcan de capacidad natural»; en Navarra, la ley 184 del Fuero Nuevo priva de la capacidad de testar a: «1) Las personas menores de catorce años. 2) Las personas que carezcan de capacidad de hecho de entender y expresar su voluntad en el momento de otorgar el testamento ni aun con medios o apoyos para ello»; en Galicia, el artículo 184.2 de la Ley de Derecho civil de Galicia de 2006 exige la presencia de testigos cuando «el testador sea ciego, demente en intervalo lúcido o no sepa o no pueda leer o escribir»; finalmente, en Cataluña, el artículo 421-3 CCCat proclama la presunción de capacidad cuando dice que «pueden testar todas las personas que, de acuerdo con la ley, no sean incapaces para hacerlo» y el artículo 421-4 dispone no pueden testar «los menores de catorce

años y quienes no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento», y consecuentemente el artículo 421-9.2 preceptúa que «si el testador está incapacitado judicialmente, puede otorgar testamento notarial abierto en un intervalo lúcido si dos facultativos aceptados por el notario certifican que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo», y si el testador no está incapacitado judicialmente «el notario debe apreciar su capacidad para testar de acuerdo con el artículo 421-7 y, si lo considera pertinente, puede pedir la intervención de dos facultativos, los cuales, si precede, deben certificar que el testador tiene en el momento de testar suficiente capacidad y lucidez para hacerlo» (art. 421-9.1 CCCat).

Si bien estos preceptos habrá que adaptarlos a la reforma procesal y civil introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio (salvo el Derecho navarro que ya lo ha hecho), queda claro que los Derechos territoriales o forales se encontraban y se encuentran bastante más en sintonía con la Convención de Nueva York, que lo que se encontraba el Derecho común antes de la reforma: la capacidad para testar únicamente se denegará en el caso de que en el momento del otorgamiento falte la capacidad natural, inicialmente no se le niega la capacidad a nadie. El principio de igualdad se tambaleaba: la suerte de la persona con discapacidad a la hora de testar era distinta según el territorio. En esto también hemos avanzado.

II. El CCCat en su artículo 421-8 dispone: «1. Si el testador tiene una discapacidad sensorial en el momento de otorgar testamento, el notario debe aplicar lo establecido en el presente código. En cualquier caso, el notario debe ofrecer al testador el apoyo y los medios necesarios para testar, sin que ello pueda comportarle ninguna carga económica adicional. El colegio profesional debe proporcionar al notario dichos medios. 2. Lo establecido por el apartado 1 se aplica también en el caso de que una persona con discapacidad sensorial actúe como testigo en el otorgamiento de un testamento notarial». El artículo 421-10 dispone: «1. En el otorgamiento del testamento notarial, no es precisa la intervención de testigos, salvo que concurran circunstancias especiales en el testador o que este o el notario lo soliciten. 2. Concurren circunstancias especiales en el testador si por cualquier causa no sabe o no puede firmar. No se considera que concurran circunstancias especiales por el hecho de que tenga una discapacidad sensorial». El artículo 421-14 admite el testamento cerrado escrito en braille o por otros medios técnicos, debiendo el testador firmar todas las hojas y al final del testamento y si se ha redactado en soporte electrónico, debe firmarse con una firma electrónica reconocida, no pudiendo otorgar testamento cerrado los que no saben o no pueden leer. La redacción vigente de estos artículos se debe a la Ley 6/2019, de 23 de octubre (DOGC núm. 7990, de 28 de octubre de 2019); es evidente que el Derecho catalán se adelantó.

III. Sin dejar el Derecho catalán, cabe mencionar que la disposición adicional de la Ley 6/2019, de 23 de octubre, establece: «1.- De conformidad con lo establecido por los artículos 421-8, 421-10 y 421-14 del Código Civil de Cataluña, y a solicitud del otorgante, en el otorgamiento de testamentos y demás documentos notariales de naturaleza sucesoria, debe utilizarse el braille, la lengua de signos, la lectura labial u otros medios lingüísticos o técnicos que permitan suplir la discapacidad sensorial que afecte a la comprensión oral, la lectura o la escritura. 2. El Colegio de Notarios de Cataluña, en el plazo de seis meses a contar desde la publicación de la presente ley en el *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, debe suscribir con la Generalidad, con otras administraciones y organismos públicos o con entidades sin ánimo de lucro

los convenios necesarios para estar en disposición de cumplir lo establecido en el apartado 1 de la presente disposición y el artículo 421-8 del Código Civil de Cataluña».

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, de 13 de octubre de 1990
- STS, de 30 de noviembre de 1991
- STS, 54/1998, de 27 de enero
- STS, 436/1998, de 12 de mayo
- STS, 848/1998, de 19 de septiembre
- STS, 781/2004, de 14 de julio
- STS, 1128/2004, de 24 de noviembre
- STS, 1063/2007, de 4 de octubre
- STS, 1208/2007, de 21 de noviembre
- STS, 140/2013, de 20 de marzo
- STS, 624/2013, de 28 de abril
- ATS, 6 de octubre de 2021
- SAP de Valencia, de 25 de junio de 2018
- SAP de Barcelona, de 28 de noviembre de 2019
- SAP de Badajoz, de 14 de septiembre de 2020

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ÁVILA ÁLVAREZ, P. (1973). *Estudios de Derecho notarial*, Ed. Montecorvo, Madrid.
- CALAZA LÓPEZ, C.A. (2022). Artículo 706.III, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (María Paz García Rubio y María Jesús Moro Almaraz, dirs. Ignacio Varela Castro, coord.), Civitas, 1.^a ed., 523 a 530.
- CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, P. (2016). Jornada de la CAE celebrada en Barcelona, en la sede del Ilustre Colegio Notarial de Cataluña, el 20 de noviembre de 2015, bajo el título «La protección de las personas vulnerables», en *La protección de las personas vulnerables*, Pedro Carrión García de Parada (coord.), Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, 55 a 61.
- CASTÁN TOBEÑAS, J. (1946). *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Reus.
- CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, A. (2022). El notario autoridad y apoyo institucional en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, *El notario del siglo XXI*, núm. 102, marzo-abril: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-102/academia-matritense-del-notariado/11301-el-notario-autoridad-y-apoyo-institucional-en-el-ejercicio-de-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad> (última consulta: 6 de octubre de 2022).
- DE ALFONSO OLIVÉ, J.M.^a (1973). Apreciación de la capacidad mental del testador: la intervención notarial y facultativa en el testamento abierto, *RJC*, 125 a 162.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. (2021). Comentario al artículo 665, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (coord., Cristina Guilarte Martín-Calero), Aranzadi, 1.^a ed. octubre, 887 a 893.

- ECHEVARRÍA DE RADA, M.^a T. (2022). La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad a la luz de la Ley 8/2021, de 2 de junio, en *Ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio* (Montserrat Pereña Vicente y María del Mar Heras Hernández, dirs. y María Núñez Núñez, coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 521 a 554.
- ESPIÑEIRA SOTO, I. (2022). Artículo 697. 2.º, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (María Paz García Rubio y María Jesús Moro Almaraz, dirs. Ignacio Varela Castro, coord.), Civitas, 1.ª ed., 521.
- GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, J. (1994). En *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, dirs.), t. XXXV, vol. 1.º, EDESA, (leyes 1 a 10 FN), 136 a 469.
- GIMÉNEZ-ARNAU, E. (1976). *Derecho notarial*, EUNSA, Pamplona.
- GOMÁ LANZÓN, I. (2006). El testamento del anciano, *El notario del siglo XXI*, núm. 8, julio-agosto: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-8/2896-el-testamento-del-anciano-0-5395799582261406> (última consulta: 7 de noviembre de 2022).
- GOMÁ SALCEDO, J.E., GOMÁ LANZÓN, I., y GOMÁ LANZÓN, F. (2022). *Derecho Notarial*. Aferre, A Coruña, 3.ª ed.
- GÓMEZ GARZÁS, J. (2007). El juicio notarial de capacidad: especial referencia al deterioro cognitivo en la demencia tipo Alzheimer y otros trastornos afines, en *La protección de las personas mayores*, Carlos Lasarte (Dir.), Tecnos, 216 a 233.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (2009). *Elementos de Derecho Civil*, T V. Sucesiones, 4.ª ed. revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2013). *Principios de Derecho civil VII. Derecho de sucesiones*, 8.ª ed., Marcial Pons.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2022). La comunicación en el otorgamiento notarial en la Ley 8/2021, *El notario del siglo XXI*, núm. 101, enero-febrero 2022: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-101/opinion/opinion/11191-la-comunicacion-en-el-otorgamiento-notarial-en-la-ley-8-2021> (última consulta 8 de octubre de 2022).
- MARIÑO PARDO, F.º M. (2021). Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad: Testamento del incapacitado, *blog Iuris Prudente*, 5 de octubre: http://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_79.html (última consulta: 9 de octubre de 2022).
- (2017). La intervención de testigos instrumentales en las escrituras públicas, *El notario del siglo XXI*, núm. 73, mayo-junio: <http://www.elnotario.es/opinion/opinion/7662-la-intervencion-de-testigos-instrumentales-en-escrituras-publicas?tmpl=component&print=1&layout=default&page> (última consulta: 29 de octubre de 2022).
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, (2009). Comentario al artículo 695 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Aranzadi: BIB 2009\7710.
- MAYNAR BARNOLAS, M. (1948). *El testamento es un absurdo*, Reus, Madrid.
- MORETÓN SANZ, M.^a F. (2022). El nuevo testamento de persona con discapacidad sensorial: el reconocimiento del ejercicio de su capacidad jurídica y del uso de los medios tecnológicos en el renovado Código Civil y Derecho foral catalán, RCDI, 794, 3314 a 3349.
- (2015). El testamento de la persona con discapacidad visual [Comunicación en el Seminario del Máster en Derecho de familia y sistemas hereditarios, UNED-IDADFE, Madrid, 15 de enero de 2015]: <https://canal.uned.es/serial/index/hash/962e56a8a0b0420d87272a682bfd1e53> (última consulta: 7 de noviembre de 2022)].

- (2011). La firma habitual y usual en los testamentos ológrafos: cuestiones sobre la firma habitual o de «mano propia» como requisito de validez, *RCDI*, núm. 727, septiembre de 2011, 2857 a 2882.
- (2006). Apuntes sobre la Constitución europea y el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad, *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 247 a 272: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/10906/10435> (última consulta: 14 de noviembre de 2022).
- PÉREZ GALLARDO, L.B. (2020). El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?. *RCDI*, núm. 782, noviembre, 3625 a 3671.
- RAMS ALBESA, J. (2011). Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez, *RCDI*, núm. 723, enero, 211 a 296.
- REPRESA POLO, M.^a P. (2021). Comentario a los artículos 706, 708, 709 y 742, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (coord. Cristina Guilarte Martín-Calero), Aranzadi, 1.^a ed. octubre, 901 a 906.
- TORRES GARCÍA, T. F. y GARCÍA RUBIO, M.^a P. (2014). *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- VALLS I XUFRE, J.M.^a (2022). Present a Catalunya de l'assistència com a suport a l'exercici de la capacitat jurídica per a majors d'edat, *RJC*, 1, 9 a 46.
- VARELA AUTRÁN, B. (2009). *La tutela ante la Convención, Escritura Pública*, núm. 60, 68 y 69: http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-10493.pdf (última consulta: 8 de septiembre de 2022).
- VERDERA IZQUIERDO, B. (2014). La problemática derivada del otorgamiento de testamento por personas ancianas, *RCDI*, núm. 744, julio, 1635 a 1660.
- YZQUIERDO TOLSADA, M. (1989). *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid.
- ZURITA MARTÍN, I. (2022). Requisitos y límites del ejercicio de la facultad de testar por las personas con discapacidad, *AJI*, núm. 16 bis, junio, 3098 a 3125: <https://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2022/06/119.-Isabel-Zurita-pp.-3098-3125.pdf> (última consulta: 25 de octubre de 2022).

NOTAS

¹ GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ, Juan, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* (Manuel Albaladejo y Silvia Díaz Alabart, dirs.), t. XXXV, vol. 1.º, EDESA, 1994 (leyes 7 y 8 FN), 387.

² VARELA AUTRÁN, con carácter previo a la adaptación de nuestro ordenamiento, ya sostenía que la «situación jurídica que deriva de una actuación estatal por la que, imperativamente y en el grado que sea, se priva a una persona de esa capacidad jurídica de gobernarse por sí misma... parece resultar inaceptable a la luz de la convención» [VARELA AUTRÁN, Benigno, La tutela ante la Convención, *Escritura Pública*, núm. 60, 2009, 69: http://www.notariado.org/liferay/c/document_library/get_file?folderId=12092&name=DLFE-10493.pdf (última consulta: 8 de septiembre de 2022)].

³ Como destaca MORETÓN SANZ, la discapacidad es un concepto funcional que responde a lo que el sujeto puede llevar a cabo o no, y ello entraña una noción dinámica en continua adaptación a los cambios culturales y técnicos [vid. MORETÓN SANZ, María Fernanda, Apuntes sobre la Constitución europea y el derecho a la no discriminación de las

personas con discapacidad, *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 2006, 249: <http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/10906/10435> (última consulta: 14 de noviembre de 2022)].

⁴ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera? *RCDI*, núm. 782, noviembre de 2020, 3627.

⁵ Si bien para el testamento ológrafo se requiere la mayoría de edad (art. 688 CC).

⁶ Vid. LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, *Principios de Derecho civil VII. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, octava edición, Madrid, 2013, 44). En realidad, nuestro Código Civil es uno de los que fija una edad menor, así el Código Civil francés (art. 903) y el § 2229 BGB exigen tener 16 años (para el ológrafo el § 2247 BGB exige la mayoría de edad); el Código Civil portugués (art. 2189) exige la emancipación, que no podrá ser antes de los 16 años; el Código Civil italiano (art. 591) exige la mayoría de edad.

⁷ «Tal como tenemos una edad mínima a partir de la cual se considera que la persona dispone de plena capacidad de obrar, si no se establece lo contrario, también sería conveniente concretar una edad límite máxima para realizar determinados actos con trascendencia jurídica, como podría ser un testamento, edad a partir de la cual (por ejemplo, en torno a los ochenta y cinco o noventa años) se requiriese un determinado examen neurológico» (VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, La problemática derivada del otorgamiento de testamento por personas ancianas, *RCDI*, núm. 744, julio de 2014, 1637). O, como propone GÓMEZ GARZÁS, un «protocolo de actuación en el ámbito notarial ante situaciones previsibles —como es el deterioro cognitivo de los enfermos de Alzheimer— que garantizase la no instrumentalización de las personas mayores en el tráfico jurídico» (GÓMEZ GARZÁS, Jesús, El juicio notarial de capacidad: especial referencia al deterioro cognitivo en la demencia tipo Alzheimer y otros trastornos afines, en *La protección de las personas mayores*, Carlos Lasarte (dir.), Tecnos, 2007, 221).

⁸ Vid. CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena, El notario autoridad y apoyo institucional en el ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, *El notario del siglo XXI*, núm. 102, marzo-abril de 2022: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-102/academia-matritense-del-notariado/11301-el-notario-autoridad-y-apoyo-institucional-en-el-ejercicio-de-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad> (última consulta: 6 de octubre de 2022).

⁹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ apunta que el precepto parece circunscribirse al testamento otorgado por personas con discapacidad con lo cual se aparta del carácter de regla general lo que es una muestra de la falta de comprensión de lo que implica la Convención, por otro lado, ha considerado que si bien según la literalidad del artículo se podría entender que las personas con discapacidad no pueden otorgar testamento ológrafo esto no sería conforme a los principios de la Convención (vid. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, Comentario al artículo 665, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (coord. Cristina Guilarte MARTÍN-CALERO), Aranzadi, 1.ª ed. octubre de 2021, 888 y 890. Conviene aclarar qué se entiende por persona con discapacidad a estos efectos, pues bien, vista la nueva redacción de la DA 4.ª del Código Civil «toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica», y los apoyos los precisarán las personas con insuficiencia o ausencia de voluntad (vid. art. 249 CC).

¹⁰ Redactado por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, dando un carácter más imperativo a la labor del notario —sustituyendo «procurarán» por «deberá»— puesto que la anterior redacción disponía que «también procurarán el Notario y los testigos asegurarse de que, a su juicio, tiene el testador la capacidad legal necesaria para testar».

¹¹ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, «La comunicación en el otorgamiento notarial en la Ley 8/2021», *El notario del siglo XXI*, núm. 101, enero-febrero 2022: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-101/opinion/opinion/11191-la-comunicacion-en-el-otorgamiento-notarial-en-la-ley-8-2021> (última consulta 8 de octubre de 2022).

¹² En el informe presentado en el año 2017 a la Asamblea General de Naciones Unidas, la relatora especial Catalina DAVANDAS, se refirió a los notarios como autoridad a los fines del artículo 12 de la Convención y agregaría: En el ejercicio de sus funciones, los notarios evalúan la capacidad de las personas que entablan una relación jurídica. Conforme a las Observaciones Generales elaboradas por el comité de seguimiento de la Convención,

en relación con la interpretación del artículo 12, esa capacidad se refiere a la capacidad mental, es decir a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y pueden ser diferentes para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales o sociales. En virtud del artículo 12 de la Convención, los déficits en la capacidad mental ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica de la que todos gozamos en igualdad de condiciones con los demás [Circular informativa 3/2021 de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado, de 27 de septiembre, sobre el ejercicio de su capacidad jurídica por las personas con discapacidad, 1: https://notin.es/wp-content/uploads/2021/10/Circular_3-2021_de_la_CP.pdf (última consulta: 15 de septiembre de 2022)].

También la Guía notarial de buenas prácticas para personas con discapacidad de la UNIL: «El Notario no realiza un juicio médico: lo “determinante” no es que la persona padezca o no y en qué grado una determinada patología, no es una valoración puramente médica pues influyen diversos factores o circunstancias como en cualquier ser humano tales como los factores culturales, educacionales, sociales etc. Lo determinante para el notario es comprobar que la persona con discapacidad tiene una percepción clara con arreglo a su aptitud y discernimiento de las consecuencias del acto que está realizando [...] en ausencia de influencia indebida ni abuso de algún tipo» [Guía Notarial de Buenas Prácticas para Personas con Discapacidad. El notario como apoyo institucional y autoridad pública, Comisión de Derechos Humanos. Unión Internacional del Notariado. 23 de julio de 2020. 44: <https://www.yumpu.com/es/document/read/63712698/guia-notarial-de-buenas-practicas-cndh-2020> (última consulta: 15.09.2022)].

¹³ Como así resulta, entre otras, de la SAP de Barcelona (Sección 18.ª) núm. 819/2019, de 28 de noviembre (*JUR* 2019, 335372) cuando en su FD 3.º ha dicho que «su capacidad será valorada en el momento de emitirla por el Notario actuante». No otra cosa se desprende del artículo 666 del Código Civil.

¹⁴ Faltando a la coherencia se ha mantenido la redacción del artículo 698.2 del Código Civil. También otros artículos se tendrían que haber modificado para ponerlos en consonancia con los principios y con la terminología de la reforma como, por ejemplo, el artículo 664 del Código Civil.

¹⁵ Si la sentencia de modificación de capacidad anterior a la reforma contuviera la prohibición absoluta de testar, esta no deberá ser tenida en cuenta, pero si no la contuviera o si ordenara la intervención de facultativos, si el testamento se hubiere otorgado con arreglo a la antigua redacción del artículo 665 del Código Civil y la sucesión se abriera estando esa redacción vigente, a ella se tendría que sujetar, pero si la sucesión se abre vigente la nueva redacción es defendible la aplicación del precepto reformado sobre la base de la DT 3.ª del Código Civil como disposición más favorable [*vid.* MARÍÑO PARDO, Francisco, «Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad: Testamento del incapacitado», *blog Iuris Prudente*, 5 de octubre de 2021: http://www.iurisprudente.com/2021/10/reforma-del-codigo-civil-por-la-ley_79.html (última consulta: 9 de octubre de 2022)].

¹⁶ *Vid.* ZURITA MARTÍN, Isabel, Requisitos y límites del ejercicio de la facultad de testar por las personas con discapacidad, *AJI*, núm. 16 bis, junio de 2022, 3109: <https://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2022/06/119.-Isabel-Zurita-pp.-3098-3125.pdf> (última consulta: 25.10.2022).

¹⁷ ZURITA MARTÍN, Isabel, *ibidem*.

¹⁸ ECHEVARRÍA DE RADA, María Teresa, La capacidad testamentaria de la persona con discapacidad a la luz de la ley 8/2021, de 2 de junio, en *Ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio* (Montserrat Pereña Vicente y María del Mar Heras Hernández, dirs., y María Núñez Núñez, coord.), tirant lo blanch, Valencia, 2022, 537).

¹⁹ DE ALFONSO OLIVÉ, Jesús María, Apreciación de la capacidad mental del testador: la intervención notarial y facultativa en el testamento abierto, *RJC*, 3/1973, 130 y sigs.

²⁰ *Vid.* VERDERA IZQUIERDO, Beatriz, La problemática derivada..., *cit.*, 1648.

²¹ Magistrado ponente: Excmo. Sr. José Antonio SEIJAS QUINTANA.

²² En el bien entendido de que no se puede equiparar vejez a senilidad ni anciano a persona con discapacidad: es insuficiente para establecer la incapacidad la simple edad senil —que no es lo mismo que la demencia senil—, los padecimientos físicos, la enfermedad neurasténica o las extravagancias, el hecho de recibir tratamiento psiquiátrico por depresión, ansiedad o fobias, si no son estas muy agudas, que sí son motivos en cambio para determinar la incapacidad las psicosis, la esquizofrenia, la demencia senil, la arteriosclerosis aguda o el mal de Alzheimer; [GOMÁ LANZÓN, Ignacio, *El testamento del anciano*, *El notario del siglo XXI*, núm. 8, julio-agosto de 2006: <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-8/2896-el-testamento-del-anciano-0-5395799582261406> (última consulta: 7 de noviembre de 2022), 1)], lo que no quita que las circunstancias que rodean a las personas mayores puedan condicionar la conformación de su voluntad. Aunque hay que dejar sentada una cosa: «los ancianos lúcidos y también los no impedidos, que son los más, pese al pensamiento dominante en la materia, tienen un derecho fundamental, así lo entiendo, a no ser tratados como niños por sus propios hijos o familiares» (RAMS ALBESA, Joaquín, *Hombre y persona. Personalidad. Capacidad e incapacidad. Discapacidad y vejez*, *RCDI*, núm. 723, enero de 2011, 259).

²³ «Son circunstancias insuficientes para establecer la incapacidad: 1) la edad senil del testador, pues es insuficiente para considerarle incapaz el hecho de tratarse de un anciano decrepito y achacoso..., ni el Derecho ni la Medicina consienten que por el solo hecho de llegar la senilidad, equivalente a la senectud o ancianidad se haya de considerar demente, pues la inherencia a esta de un estado de demencia, requiere especial declaración para ser fundamento de situaciones de derecho (Sentencia de 25 de noviembre de 1928); 2) que el otorgante se encuentre aquejado de graves padecimientos físicos, pues ello no supone incapacidad si estos no afectan a su estado mental con eficacia bastante para constituirle en ente privado de razón (Sentencia de 25 octubre 1928); 3) no obsta a que se aprecie la capacidad para testar que el testador padezca una enfermedad neurasténica y tenga algunas extravagancias, cuando el testamento se ha otorgado en estado de cabal juicio según testimonian el Notario y los testigos (Sentencia de 28 de diciembre de 1918)» [STS núm. 54/1998, de 27 de enero (RJ/1998394), FD 2.º].

²⁴ La STS núm. 848/1998, de 19 de septiembre, FD 3.º, nos dice que «el Notario deberá asegurarse de la capacidad [...] y que, necesariamente ha de relacionar con la mayor o menor complejidad del testamento que pretende hacer, a efectos de que este acto jurídico esté asistido de la legalidad correspondiente, que lo instaure como plenamente eficaz y válido».

²⁵ LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, T V. *Sucesiones*, 4.ª ed. revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, 2009, 161.

²⁶ Ni que decir tiene que el notario tendrá que llevar a cabo una lectura explicativa, en términos comprensibles, y repetirla cuantas veces sea necesario [vid. CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, Pedro, Jornada de la CAE celebrada en Barcelona, en la sede del Ilustre Colegio Notarial de Cataluña, el 20 de noviembre de 2015, bajo el título «La protección de las personas vulnerables», en *La protección de las personas vulnerables*, Pedro Carrión García de Parada (coord.), Colegio Notarial de Cataluña-Marcial Pons, 2016, 57)].

²⁷ El ATS de 6 de octubre de 2021, da a entender la continuidad de la doctrina jurisprudencial previa sobre prueba suficiente y concluyente para desvirtuar el juicio notarial siguiendo criterios de «probabilidad cualificada», que en ocasiones la Sala llama pruebas «cumplidas o suficientes», y no de «seguridad o certeza absoluta» (FD 2.º).

²⁸ CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena, *El notario autoridad y apoyo institucional...*, *cit.*

²⁹ *Vid.* Circular informativa 2/2021 de la Comisión permanente del Consejo General del Notariado, de 1 de septiembre, acerca de la Ley 8/2021, de 2 de junio, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, 4.

³⁰ El notario emite un juicio, no una declaración de verdad. «El Tribunal Supremo ha declarado que la fe pública ampara la creencia del Notario de que el otorgante es capaz, pero no la realidad de que lo sea» (ÁVILA ÁLVAREZ, Pedro, *Estudios de Derecho notarial*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1973, 76). Se trata de una obligación de medios, y «siendo la actividad diligente el único objeto de la obligación de medios, es la culpa, y no el error, lo

que genera el incumplimiento. O, si se prefiere, el error, para dar origen a la responsabilidad ha de ser fruto de la culpa, de no haberse adoptado las cautelas exigibles» (YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Reus, Madrid, 1989, 297).

³¹ La STS 848/1998, de 19 de septiembre, FD 3.º, dice que «el juicio notarial de la capacidad de testamentación [sic], si bien está asistido de relevancia de certidumbre, dado el prestigio y confianza social que merecen en general los Notarios, no conforma presunción «iuris de iure», sino «iuris tantum», que cabe destruir mediante prueba en contrario, que los Tribunales deben de declarar cumplida y suficiente para decidir la incapacidad de quien testa y en el momento histórico de llevar a cabo tal acto». La STS núm. 1208/2007, de 21 de noviembre, FD 2.º, califica la aseveración notarial de «enérgica presunción iuris tantum». Esta doctrina de la Sala se ve reiterada por la STS núm. 20/2015, de 22 de enero, FD 5.º, cuando declara que «la afirmación hecha por el Notario de la capacidad del testador, puede ser destruida por ulteriores pruebas, demostrativas de que en el acto de testar no se hallaba el otorgante en su cabal juicio, pero requiriéndose que estas pruebas sean muy cumplidas y convincentes, ya que la aseveración notarial reviste especial relevancia de certidumbre». El notario, aunque tenga experiencia, no es un facultativo y puede errar en este juicio de discernimiento. Claro está, por tanto, que este juicio podrá ser destruido mediante prueba en contrario. Se trata de una *plus* sobre la presunción *iuris tantum* de discernimiento de la que goza toda persona.

³² STS de 13 de octubre de 1990, FD 3.º, entre otras.

³³ Ponente: Excmo. Sr. D. Xavier O'CALLAGHAN MUÑOZ.

³⁴ De todos modos la jurisprudencia es flexible en cuanto a las formalidades en aras del principio *favor testamenti*, así la STS núm. 140/2013, de 20 de marzo, FD 2.º.6, sostiene: «En el presente caso, el meritado juicio de capacidad se infiere claramente de las declaraciones fedatarias que el Notario realiza en el pertinente protocolo y autorización del testamento con locuciones, suficientemente expresivas, que refieren «el consentimiento libremente prestado por la testadora» y que «el otorgamiento se adecúa a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de la persona que testa», expresiones que, si bien no dejan constancia expresa y ritual del juicio de capacidad, lo refieren «de otro modo» al situar como eje de la validez testamentaria la voluntad espontánea y libre de la testadora pues, como bien señala la parte recurrente, no cabe entender que se preste libremente un consentimiento por parte de quien no es capaz de otorgarlo, ni tampoco, que pueda informar debidamente la voluntad de quien resulte incapaz para ello» (El auto de 18 de febrero de 2015 que declara nula esta sentencia establece que no resulta afectada la doctrina jurisprudencial contenida en sus fundamentos de derecho).

³⁵ Salvo el caso de la sustitución pupilar.

³⁶ Así, la STS 848/1998, de 19 de septiembre, FD 3.º, subraya que «ha de tenerse en cuenta que en materia de testamentos, especialmente la actividad del Notario no limita su función a la redacción de la última voluntad del testador, sino que el deber profesional y más aun el respeto y acomodo a la legalidad, le impone los asesoramientos precisos, que se han de desarrollar siempre dentro del ámbito de la libertad decisoria del testador, porque la voluntad inicial de este puede resultar errónea, incompleta o equivocada, contraria a la ley, con lo que la función notarial cumple sentido encauzando estas situaciones, pero nunca cabe suplirla y menos sustituirla, por ser actividades distintas de las de asesorar o más bien poner el camino de ajuste a la ley, lo que resulta efectivo ante la redacción de disposiciones testamentarias que presentan complejidad». La intervención notarial dota al testamento de una serie de garantías, propias del notariado latino —y que no ofrece el notariado sajón—, como así resulta del artículo 1 del Reglamento Notarial de 2 de junio de 1944 que considera a los notarios profesionales del Derecho y funcionarios públicos: «como profesionales del Derecho los Notarios tienen la misión de asesorar a quienes reclaman su ministerio y aconsejar los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar; como funcionarios públicos ejercen la fe pública notarial que tiene y ampara un doble contenido: a) en la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos; b) en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes».

³⁷ El prestigio del Notariado español —y por extensión de todo el notariado latino— queda patente en estas palabras del Maestro CASTÁN: «el Notario moderno es el heredero más directo del jurista romano» (CASTÁN TOBEÑAS, José, *Función notarial y elaboración notarial del Derecho*, Reus, 1946, 143). Mucho antes, el mismo CASTÁN, en la STS de 29 de diciembre de 1927 [Boletín Jurídico-Administrativo (Alcubilla), Anuario de 1929, 842 a 844] —de la cual fue ponente—, en su considerando tercero, ya había dicho que «el Notario no solo es el fedatario para que creamos lo que no vimos, sino que es el Profesor de jurisprudencia de las clases humildes, proletarias, y el Consejo prudente de los individuos y de las familias». También quien fuera decano del Colegio de Abogados de Zaragoza, MAYNAR BARNOLAS: «Los Notarios actuales tampoco son lo que fueron antes; de leguleyos se hicieron jurisperitos y trocaron su egoísmo por el dinero —que ya no necesitan, porque se sienten bien retribuidos— en noble orgullo por su reputación, como sustituyeron la pluma de ave por la estilográfica» (MAYNAR BARNOLAS, Manuel, *El testamento es un absurdo*, Reus, 1948, 102). Y resaltando su papel en lo que hoy se denomina seguridad jurídica preventiva, Joaquín COSTA ya dijo que a notaría abierta, juzgado cerrado (vid. GIMÉNEZ-ARNAU, Enrique, *Derecho notarial*, EUNSA, Pamplona, 1976, 67).

³⁸ Claramente lo reconoció la SAP de Badajoz (Sección 2.ª) núm. 632/2020, de 14 de septiembre, en su FD 5.º cuando dijo que «la privación anticipada de la facultad de testar es incompatible con la Convención de Nueva York. Como ya ha apuntado la doctrina científica, el notario es quien garantiza el cumplimiento del artículo 12 de la Convención. Desempeña perfectamente el papel de ayudante o asistente de los testadores que presentan dificultades de comprensión. Será quien, en último caso, tras ponderar todos los factores concurrentes y con los auxilios preceptivos, evaluará la capacidad del compareciente y accederá o no al otorgamiento del testamento. Y es que, para apreciar la capacidad del testador, solo cuenta su estado al tiempo de testar (art. 666 CC)».

³⁹ El artículo 17 bis, 2 a) de la LN dispone que «el Notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes», texto que reproduce el artículo 145.1 RN.

⁴⁰ Como declara PÉREZ GALLARDO, añadiendo que la función del notario, entre otras, consiste no solo en asesorar, informar y «esculpir a través de la mayéutica socrática la voluntad testamentaria» sino también en «velar por que la manifestación de voluntad testamentaria se externalice libre de todo vicio. El testamento debe expresar la libre voluntad del testador» (PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad...*, cit., 3652).

⁴¹ En los sistemas anglosajones se ha llegado a proponer la importación de la figura del Notariado latino para así garantizar mejor el respeto a la voluntad del testador (vid. TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, 88 y sigs.).

⁴² GOMÁ SALCEDO, José Enrique, GOMÁ LANZÓN, Ignacio y GOMÁ LANZÓN, Fernando, *Derecho Notarial*. Aferre, A Coruña, 2022, 25.

⁴³ VALLS I XUFRE, Josep María, Present a Catalunya de l'assistència com a suport a l'exercici de la capacitat jurídica per a majors d'edat, *RJC*, 1/2022, 30.

⁴⁴ CASTRO-GIRONA MARTÍNEZ, Almudena, El notario autoridad y apoyo institucional..., cit.

⁴⁵ MORETÓN SANZ, María Fernanda, La firma habitual y usual en los testamentos ológrafos: cuestiones sobre la firma habitual o de «mano propia» como requisito de validez, *RCDI*, núm. 727, septiembre 2011, 2880. Vid., también El nuevo testamento de persona con discapacidad sensorial: el reconocimiento del ejercicio de su capacidad jurídica y del uso de los medios tecnológicos en el renovado Código Civil y derecho foral catalán, *RCDI*, 792, 794, 2022, 3314 y sigs.

⁴⁶ Vid. LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, La comunicación en el otorgamiento notarial..., cit.

⁴⁷ MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, Comentario al artículo 695 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Aranzadi, 2009: BIB 2009/7710).

⁴⁸ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, Isidoro, La comunicación en el otorgamiento notarial..., *cit.*

⁴⁹ Magistrado ponente: Excmo. Sr. D. Jaime SANTOS BRIZ.

⁵⁰ Magistrado ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA.

⁵¹ Una sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 1999 (*BVerfG* NJW, 1999, 1853) declaró inconstitucional no establecer medidas que hagan posible que las personas que no pueden hablar ni escribir otorguen testamento. Esta sentencia dio lugar a la modificación de los §§ 2232 y 2233 BGB de modo que según el nuevo texto —en vigor desde agosto de 2002— el testador que no es capaz de hablar pueda manifestar su voluntad al notario por cualquier medio, incluida la intervención de una tercera persona, siempre que quede claro que el testamento expresa la verdadera voluntad del testador (*vid.* TORRES GARCÍA, Teodora F. y GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad...*, *cit.*, 78, nt. 111).

⁵² La STS núm. 781/2004, de 14 de julio, FD 3.º, en un supuesto en el que no se trata directamente de la testamentifacción, nos refiere el caso de un tetrapléjico total que puede mover ligeramente la cabeza y los ojos, es decir, dispone de un medio de comunicación precario, pero dispone. Dice así: «Mostrándole la cuartilla plastificada al Sr. Mauricio, la enfermera dice a Don Mauricio si quiere decir algo, y puntea cada una de las letras lentamente con un bolígrafo eligiendo Don Mauricio la letra elegida haciendo un movimiento afirmativo moviendo ligeramente la cabeza y los ojos de arriba a abajo; a continuación la enfermera apunta en una libreta cual es la letra elegida, y vuelve a puntear las letras hasta que Don Mauricio elige la siguiente, vuelve a apuntar y así sucesivamente hasta que se completa lo que el Sr. Mauricio quiere decir; en este caso la frase formada es «hoy es jueves»». Pues bien, entendemos que esta persona podría testar.

⁵³ La firma es simplemente la forma material de plasmar la conformidad.

⁵⁴ Como acertadamente señalaba MARINO PARDO, «los testigos no controlan aspecto alguno de la legalidad del acto, ni deben apreciar la capacidad del otorgante o testador, ni añaden nada al valor probatorio de la fe pública notarial, funciones todas ellas reservadas en exclusiva al notario, como funcionario público que autoriza el acto conforme a las leyes [...] La intervención testifical en los documentos notariales, aun en los supuestos residuales en que está prevista en la actualidad [...] supone una falta de apreciación de la fe pública notarial [...], no aporta ninguna ventaja efectiva a los otorgantes, causándoles reales inconvenientes». Entre estos inconvenientes: la molestia que supone encontrar los testigos, la publicidad que se da a un acto reservado, la imposibilidad de otorgamiento cuando en casos de urgencia no sea posible obtener a tiempo la intervención de los mismos, etc. [MARINO PARDO, Francisco Manuel, La intervención de testigos instrumentales en las escrituras públicas, *El notario del siglo XXI*, núm. 73, mayo-junio de 2017: <http://www.elnotario.es/opinion/opinion/7662-la-intervencion-de-testigos-instrumentales-en-escrituras-publicas?tmpl=component&print=1&layout=default&page=, 3 y sigs.> (última consulta: 29 de octubre de 2022)]. En resumidas cuentas: la exigencia de testigos instrumentales, aun en el único supuesto en que imperativamente procede, es un obstáculo a la libertad para testar. Para el que no sabe o no puede firmar, según una extendida doctrina notarial, debería bastar con la imposición de la huella dactilar [*vid.* ESPÍNEIRA SOTO, Inmaculada, Artículo 697. 2.º, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (María Paz García Rubio y María Jesús Moro Almaraz, dirs. Ignacio Varela Castro, coord.), Civitas, 1.ª ed., 2022, 521].

⁵⁵ *Vid.* MORETÓN SANZ, María Fernanda, El testamento de la persona con discapacidad visual, [Comunicación en el Seminario del Máster en Derecho de familia y sistemas hereditarios 2015, UNED-IDADFE, Madrid, 15 de enero de 2015]: <https://canal.uned.es/serial/index/hash/962e56a8a0b0420d87272a682bfd1e53> (última consulta: 7 de noviembre de 2022)]. *Vid.*, también El nuevo testamento de persona con discapacidad sensorial: el reconocimiento del ejercicio de su capacidad jurídica y del uso de los medios tecnológicos en el renovado Código Civil y derecho foral catalán, *cit.*, 3314 y sigs.

⁵⁶ El intérprete de la lengua de signos deberá concurrir al otorgamiento (*vid.* art. 698 CC).

⁵⁷ MARIÑO PARDO, Francisco, Reforma del Código Civil por la Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad: Testamento del incapacitado, *cit.*

⁵⁸ No obstante, cabe plantearse serias dudas acerca de su conservación y perdurabilidad [vid. CALAZA LÓPEZ, Alicia, Artículo 706.III, en *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad* (María Paz García Rubio y María Jesús Moro Almaraz, dirs. Ignacio Varela Castro, coord.), Civitas, 1.^a ed., 2022, 529 y sigs.].

⁵⁹ Vid. REPRESA POLO, Patricia, Comentario a los artículos 706, 708, 709 y 742, en *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad* (coord. Cristina Guilarte Martín-Calero), Aranzadi, 1.^a ed. octubre de 2021, 904.

⁶⁰ Vid. VALLS I XUFRE, Josep María, Present a Catalunya de l'assistència..., *cit.*, 34.

⁶¹ Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad..., *cit.*, 3630 y sigs.