

1.4. Sucesiones

El testamento de persona con discapacidad sensorial: uso de medios tecnológicos y la prueba biométrica basada en la voz en el renovado Código Civil y Derecho civil catalán

The will for persons with sensory disability: technological and voice based biometric evidens in the Civil Code and the catalan foral law

por

M.^a FERNANDA MORETÓN SANZ
Profesora titular de Derecho civil.
Defensora Universitaria UNED

RESUMEN: La aprobación y entrada en vigor de 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, ha supuesto un cambio de tal magnitud —en particular en el ámbito de la capacidad, su concreción en ciertas instituciones sucesorias— que, doctrina, jurisprudencia, el cauce preferente de la jurisdicción voluntaria y, por ende, el mundo notarial y operadores jurídicos en definitiva, han de adaptarse a esta intensa transformación institucional. En resumidas cuentas, a partir de la entrada en vigor de la mencionada norma, nos adentramos en un «sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona con discapacidad», teniendo en cuenta que el sujeto protagonista es el de la transmutada disposición adicional cuarta de nuestro Código Civil común. Por tanto y frente a la redacción original sobre testamento abierto e incluso, su reforma materializada a través de la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, que atendía al «deseo generalizado de hacer posible mayor grado de discreción y reserva para un acto tan íntimo», lo cierto es que, por fin, dispensa de las viejas y alambicadas exigencias legales reclamadas para las personas con discapacidad sensorial. En especial, es el supuesto de las personas con discapacidad visual, tanto en el testamento abierto, cuanto, en el cerrado, ya que inaugura esta última posibilidad de fijación de últimas voluntades, sea por medios mecánicos cuanto tecnológicos. Apréciase que estos métodos habían sido objeto de fortísimas críticas, objeciones y reproches al renovado Derecho foral catalán —Ley 6/2019, de 23 de octubre, de modificación del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, para garantizar la igualdad de derechos y la no discriminación de las personas con discapacidad sensorial—. En el tenor literal de esta reforma donde el «testamento otorgado por una persona

con discapacidad sensorial» elimina las restricciones precedentes para ordenar sus últimas voluntades, habida cuenta de los avances tecnológicos dotados de plena fiabilidad y seguridad jurídicas. Es el caso de los artículos 421.8 y 421.14 que disponen, no solo su presencia como testigo sino, en particular, la redacción de testamento abierto y cerrado, incluida la escritura en braille. En síntesis, estas líneas ratifican cómo el legislador frena la discriminación testamentaria de las personas con discapacidad visual y se adapta a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, entre otras normas. Y, sin duda, se rinde a la evidencia y fiabilidad del progreso tecnológico.

ABSTRACT: The approval of Law 8/2021, of June 2, reforming civil and procedural legislation to support persons with disabilities in the exercise of their legal capacity, has brought about a change of such magnitude, particularly in the area of capacity and in certain inheritance institutions, that doctrine, jurisprudence, the non-litigious proceedings, the notarial world and legal operators in general, must adapt to this intense institutional renewal. With this regulation, we are entering into a «system based on respect for the will and preferences of the person with disabilities», taking into account that the protagonist subject is that of the Fourth Additional Provision of Spanish Civil Code. Therefore, and in contrast to the original wording on open will and even its reform Law 30/1991, of December 20, which addressed the «widespread desire to make possible a greater degree of discretion and reserve for such an intimate act», the truth is that it finally dispenses with the old and legal requirements claimed for people with sensory disabilities. In particular, it is the case of visually, both in open and closed wills, since it opens the latter possibility of establishing last wills, whether by mechanical or technological means. It should be noted that these methods had been the object of very strong criticism, objections and reproaches in the renewed Catalan Foral Law 6/2019, of October 23, amending the fourth book of the Civil Code, relating to inheritance, to ensure equal rights and non-discrimination of persons with sensory disabilities. In the literal wording of this reform where the «will granted by a person with sensory disability» eliminates the previous restrictions to order their last wills, taking into account the technological advances endowed with full legal reliability and security. This is the case of articles 421.8 and 421.14 which provide not only for his presence as a witness but, in particular, for the drafting of open and closed wills, including writing in Braille. These work ratify how the legislator stops the testamentary discrimination of visually impaired persons and adapts to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities, the Charter of Fundamental Rights of the European Union, among other norms. And, undoubtedly, it surrenders to the evidence and reliability of technological progress.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad visual. Medios tecnológicos.

KEY WORDS: Visually disabilities. Technological resources. Digital support.

SUMARIO: I. PRELIMINAR: DEL «RECONOCIMIENTO» A LA POSIBILIDAD DE TESTAR A LA TITULARIDAD DEL DERECHO A HACERLO SIN DISCRIMINACIÓN: 1. BREVE PROLEGÓMENO HISTÓRICO: LA CEGUERA EN EL DERECHO SUCESORIO. 2. LA EVOLUCIÓN EN EL DERECHO CIVIL COMÚN: LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 30/1991, DE 20 DE

DICIEMBRE. 3. LA REDACCIÓN ORIGINAL DEL CÓDIGO CIVIL DEL ARTÍCULO 698: EL TESTAMENTO ABIERTO NOTARIAL DEL CIEGO Y LA FLEXIBILIZACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA EXIGENCIA DE LA FIRMA EN PRO DE LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE. 4. EL ITER PARLAMENTARIO DE LA LEY 30/1991, DE 20 DE DICIEMBRE DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE TESTAMENTOS: SENTIDO Y FINALIDAD DEL TESTAMENTO DEL CIEGO. 5. EL PROTAGONISMO DE LA DISCAPACIDAD Y LA RENOVADA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA DEL CÓDIGO CIVIL: LA PERSONA CIEGA.—II. DERECHO FORAL: NOTAS SOBRE LA REDACCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL CATALÁN, LA TERMINOLOGÍA DEL ARTÍCULO 421.8 Y LA DEFINITIVA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN DE LA CONCURRENCIA DE SIETE TESTIGOS: 1. DERECHO FORAL NAVARRO: LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMÚN, COMO NORMA SUPLETORIA. 2. EL PRECURSOR DERECHO FORAL CATALÁN: LA INCORPORACIÓN DE LOS MEDIOS TECNOLÓGICOS Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS PARA EL SISTEMA DE APOYOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.—III. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL TESTAMENTO ABIERTO NOTARIAL DEL CIEGO O DE PERSONA CON PERCEPCIÓN VISUAL LIMITADA: 1. EL TESTAMENTO ABIERTO DE OTORGANTE CIEGO COMO TESTAMENTO ORDINARIO DOTADO DE MAYORES GARANTÍAS: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE ABRIL DE 1969, LA APLICACIÓN DEL DERECHO ANTERIOR A LA COMPILACIÓN CATALANA Y LA CEGUERA TOTAL O PARCIAL, SI IMPIDE LA LECTURA O LA FIRMA, EXIGE LA APLICACIÓN DE LAS FORMALIDADES PREVENIDAS EN EL ANTIGUO ARTÍCULO 698 DEL CÓDIGO CIVIL. 2. APLICACIÓN DE LAS SOLEMNIDADES Y GARANTÍAS DEL ANTIGUO ARTÍCULO 698 DEL CÓDIGO CIVIL PARA AUTENTICAR LA VOLUNTAD DEL OTORGANTE QUE PRESENTA CEGUERA SOBREVENIDA Y NO CONGÉNITA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE ABRIL DE 1973: BASTA CON QUE SU CEGUERA LE IMPIDA LEER Y ESTAMPAR SU FIRMA. 3. REQUISITOS DE OBLIGADO CUMPLIMIENTO EN CASO DE TESTAMENTO ABIERTO OTORGADO POR PERSONA CON DEFICIENCIA VISUAL: LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, DE 22 DE JUNIO DE 2005. 4. LA FORMA DEL TESTAMENTO COMO GARANTÍA DEL TESTADOR RESPECTO A LA EXACTITUD Y PERMANENCIA DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2009. 5. PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD, PRINCIPIO DE *FAVOR TESTAMENTI* Y CARGA DE LA PRUEBA DE LA AUSENCIA DE CAPACIDAD DEL TESTADOR EN EL MOMENTO DEL OTORGAMIENTO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 11 DE DICIEMBRE, DE 2009.—IV. LA CONSTANTE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL QUE AFIRMA LA PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD DEL OTORGANTE Y EL PRINCIPIO *FAVOR TESTAMENTI*.—V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL, DE 16 DE MARZO DE 2021: UN EJEMPLO DOCTRINAL E INTERPRETATIVO DE LOS APOYOS NECESARIOS Y LA LIMITACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LOS PRECEPTOS RESTRICTIVOS DEL AUTOGOBIERNO Y LIBRE CONSENTIMIENTO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD VISUAL.—VI. CONCLUSIONES.—VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA.—VIII. SENTENCIAS CITADAS: SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO. SENTENCIAS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA. SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES.

I. PRELIMINAR: DEL «RECONOCIMIENTO» A LA POSIBILIDAD DE TESTAR A LA TITULARIDAD DEL DERECHO A HACERLO SIN DISCRIMINACIÓN

1. BREVE PROLEGÓMENO HISTÓRICO: LA CEGUERA EN EL DERECHO SUCESORIO

Vayamos al recorrido histórico de cómo las personas ciegas o con deficiencias visuales han sido asistidas para poder ordenar sus voluntades patrimoniales y no patrimoniales para después de su muerte¹. En este punto y a juicio de ARRIMADAS GARCÍA, la configuración jurídico-histórica de esta *testamenti factio* activa, se integra entre las formas especiales de testar. Nótese que para denominar la

circunstancia visual apelamos a la rotunda calificación de «ciego», sin paliativos, sobre quienes llegará el momento de aquilatarlos a la realidad normativa actual.

Sostiene, fundadamente, el autor mencionado, acerca del «Testamento del ciego». En la época clásica, tal y como se deduce de PS. 3, 4.^a, 4 [PS. 3, 4.^a 4.^a (= BA.) «Caecus testamentum potest facere: quia accire potest adhibitos testes et audire sibi testimonium perhibentes»], el testamento del ciego, y de igual manera el del manco [Tal y como se afirma en PS. 3, 4.^a, 4.^a, fragmento que, curiosamente, y a diferencia del anterior, no se recoge en el *Breviario* de Alarico], no presenta ninguna especialidad. La única limitación, derivada de la imposibilidad material de escribir, era la de tan solo poder realizar testamento oral. Es el emperador Justino quien, en una constitución del año 521 [C. 6, 22, 2.], acogida posteriormente por Justiniano [Inst., 2, 12, 14], crea una forma especial de testamento rodeada de garantías reforzadas para el testador invidente. Según dicha norma, además de la presencia de siete testigos, es necesaria también la de un *tabularius*, y a falta de este, la de un octavo testigo, que recoge por escrita la voluntad del testador. Expresada y escrita dicha voluntad en el acto, o bien previamente escrita por un tercero y leída en el acto por el notario ante los testigos, todos han de firmar y sellar el testamento para su plena validez»².

Este sistema se mantendría a lo largo de los siglos, ya que, en definitiva, el «Derecho de las Partidas reproduce prácticamente en su virtualidad la constitución de Justino acogida por Justiniano, estableciendo los mismos requisitos formales exigidos por esta para su validez»³.

En este punto, cierto es que nuestro Código común se adscribe a la familia romano-francesa si bien, en el ámbito sucesorio, no podemos obviar que, al tiempo, concurren vestigios germánicos, como sostendría ROCA SASTRE⁴. Sea como fuere, las personas con discapacidad visual son otrora y hasta los días presentes (pese a los incuestionables avances de esta especialidad oftalmológica) un grupo numeroso. En estos momentos, aspira a las adecuaciones normativas que reflejen a su vez, las adaptaciones precisas para el ejercicio de sus derechos. La valoración de la ininterrumpida presencia de modalidades específicas para la deposición de sus últimas voluntades, a lo largo de los diferentes sistemas jurídicos occidentales ratifica, en buena lógica, tanto la realidad poblacional, como la condigna preocupación para solventar con mayor o menor atino sus necesidades especiales. En resumidas cuentas, la discapacidad visual, sea ceguera, ceguera legal o baja visión, según la última encuesta del INE⁵ afecta a tantos miles de personas que, reclama ciertas matizaciones técnicas protagonizadas por el ejercicio de su capacidad jurídica.

En justa consecuencia, las innovaciones tecnológicas incorporadas al texto común auguran no solo que progresivamente lo harán los especiales —es más, el Derecho sucesorio catalán es el precursor—, enfatizando, quizás, una nueva categoría electrónica, como la huella biométrica por voz, conjugando distintos lenguajes capaces de garantizar la titularidad de sus derechos y tutelarlos⁶. En definitiva, el ordenamiento está dirigido a los sujetos de derecho, asistiendo sus intereses y expectativas, sin ninguna discriminación.

2. LA EVOLUCIÓN EN EL DERECHO CIVIL COMÚN: LA REFORMA OPERADA POR LA LEY 30/1991, DE 20 DE DICIEMBRE

Como hemos tenido ocasión de exponer en otros estudios, el siempre previsto derecho a testar de las personas con discapacidad de carácter visual⁷, estaba

dotado de lo que, en su momento fue entendido como fórmulas de proporcionar especiales garantías en cuanto a los testigos y a la propia lectura del documento de últimas voluntades por el disponente de sus últimas voluntades, si bien en testamento abierto notarial.

Habida cuenta de la previsión del antiguo artículo 708 y la expresa prohibición de otorgar testamento cerrado no solo para los ciegos sino también para quienes no supieren o no pudieren leer; las declaraciones de última voluntad⁸ se circunscribían a las que fuera materializadas de forma abierta notarial, reclamando para su validez distintos presupuestos adicionales. De modo que, al acto habría de concurrir; si el testador presentase ceguera, en primer lugar, tres testigos idóneos, además de que uno de estos testigos instrumentales u otra persona firmase por él a su ruego y, finalmente que se diera cumplimiento del requisito exigido sobre la preceptiva lectura por dos veces del testamento, tanto por el notario y por testigos o por persona designada por el testador⁹.

El fundamento que sustentaba aquella especialidad en el testamento notarial abierto¹⁰ era su construcción institucional como sistema tuitivo de los intereses del invidente o aquella persona que no pudiera leer por sí el testamento. En suma, su objeto era obtener la certeza de que era la voluntad del interesado la reflejada en el documento notarial.

En cuanto a una de las cuestiones controvertidas, la jurisprudencia había tenido ocasión de pronunciarse en distintas resoluciones sobre la expresión «ciego». En este sentido y siguiendo la actual política jurídica de protección de las personas con discapacidad, bien podría entenderse que ha de ser equiparable con algún grado de discapacidad sensorial reconocida administrativamente. Por el contrario, y sin necesidad de certificación alguna, bastaría con la apreciación casuística de si el interesado pudiera o no leer por sí, el día del otorgamiento, soportando quien pretenda la nulidad del testamento por falta de cumplimiento de requisitos, la carga de la prueba referida a la acreditación de la ausencia o defecto de visión¹¹.

La tímida reforma del Derecho común, abordada por Ley 30/1991, de 20 de diciembre, prestó especial atención al «deseo generalizado de hacer posible mayor grado de discreción y reserva para un acto tan íntimo», suprimiéndose el general concurso de testigos salvo en los supuestos en que el testador «aunque pueda firmarlo, sea ciego o declara que no sabe o no puede leer por sí el testamento»¹².

3. LA REDACCIÓN ORIGINAL DEL CÓDIGO CIVIL DEL ARTÍCULO 698: EL TESTAMENTO ABIERTO NOTARIAL DEL CIEGO Y LA FLEXIBILIZACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA EXIGENCIA DE LA FIRMA EN PRO DE LA VOLUNTAD DEL CAUSANTE

El testamento notarial abierto, hasta la reforma del año 1991, exigía la concurrencia de tres testigos idóneos, exigencia «muy criticada, principalmente por los propios Notarios, dado que ponía en cuestión su buen quehacer profesional, frente a cuanto ocurría en el resto de las escrituras e instrumentos públicos, en los que la fe notarial se considera suficiente y bastante para dar cuenta del acto o contrato celebrado»¹³.

El precepto 698 declaraba: «cuando sea ciego el testador, se dará lectura del testamento por dos veces: una por el Notario, conforme a lo prevenido en el artículo 695¹⁴, y otra, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe».

Este testamento abierto era calificado, como una de las variantes del testamento notarial, en el que, en consonancia con la doctrina fijada por la sentencia de 12 de abril de 1973, era requisito esencial la necesidad de estar firmado por el testador, caso de que este no supiera hacerlo¹⁵.

Su inmediato precedente, el artículo 697 se refería a los requisitos especiales que había de completar el testamento del «enteramente» sordo, por lo que si como advierte el diccionario de la RAE el sordo es el que no oye o no oye bien, el legislador no fue redundante al aclarar que este reforzamiento de los presupuestos del testamento abierto, serían de obligado cumplimiento bajo pena de nulidad caso de que el otorgante careciese radicalmente de este sentido. Por el contrario, el artículo 698 y en buena lógica, no concretaba la extensión de esta privación sensorial ya que, como confirma el uso común y el empleado por la propia RAE, persona ciega es la que carece radicalmente de visión.

De todo ello, que traigamos a colación el sentido jurisprudencial, reiterado por las Audiencias, sobre la exigencia de los requisitos formales referidos a la firma de una voluntad testamentaria depuesta ante notario; así, recientemente, la sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 7 de junio de 2022¹⁶.

Esta declara: «aunque se hace referencia a la edad de la testadora en la fecha de otorgamiento del testamento impugnado, no se ha planteado que la misma no tuviera plena capacidad para testar; lo que se alega y este es el motivo de recurso, es que como no sabía leer ni escribir el testamento debía ser otorgado ante dos testigos, la falta de los mismos determina la nulidad de dicho acto notarial.

El artículo 697 dispone «Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos: 2.º) Cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento».

En el caso de autos, la testadora no era ciega y no manifestó al otorgar testamento que no sabía o no podía leer por sí en el testamento se hace constar por el notario que redacta el testamento conforme a la voluntad de la compareciente a la que identifica por su DNI, quien le manifiesta oralmente su voluntad; también se hace constar que lee el testamento en voz alta a la testadora quien renuncia a su derecho a hacerlo por sí, así como que la testadora manifiesta quedar enterada de su contenido y que esa es su última voluntad, firmando la propia testadora; siendo así, no existe defecto alguno que pueda determinar la nulidad del testamento por falta de testigos en tanto que no está acreditado que la testadora no supiera leer, no siendo una prueba pericial caligráfica el medio idóneo para demostrar dicha afirmación y tampoco la sola manifestación del exmarido de la demandante/apelante que tiene hijos en común con ella y por tanto interés en que el pleito se decida en favor de aquella, debiendo concluirse además que, en su caso, en el supuesto de que la testadora no supiera leer ni escribir, la falta de testigos ha sido salvada por el Tribunal Supremo en distintas sentencias, incluso en caso de ceguera del testador por lo que con más motivo procede aplicar dicha jurisprudencia en favor del testamento como manifestación de la voluntad del testador; en un caso como el de autos en el que no se pone en duda la capacidad de la causante para testar y solo se pretende la nulidad del testamento por una cuestión puramente formal.

Así, el Tribunal Supremo en sentencia de 11 de diciembre de 2009 en relación con la falta de testigos en el testamento otorgado por persona ciega, señala «Es cierto también que la falta de la forma determina la nulidad del testamento. Pero no nos hallamos aquí ante la ausencia de la forma testamentaria, sino ante la falta de una formalidad que debe concurrir cuando ocurra alguno de los defectos físicos

previstos en el artículo 697,2 del Código Civil. La finalidad de la norma es evitar fraudes a una persona cuyas condiciones físicas le impiden enterarse por sí misma del contenido del testamento. Pero al quedar probado que el testador conoció por sí mismo dicho contenido, no puede alegarse la falta de concurrencia de testigos para pedir la nulidad y más cuando no se ha probado la falta de visión en que se fundaba la demanda»; también señala dicha sentencia «1.º Es cierto que la exigencia de la forma en el testamento obedece a la necesidad de salvaguardar la voluntad del testador que debe cumplirse cuando ya ha fallecido y así lo ha afirmado la reciente sentencia de 4 de noviembre de 2009. Sin embargo, esta necesidad debe coordinarse con el principio *favor testamenti*, especialmente cuando en el testamento interviene el Notario, como también se pone de relieve en la mencionada sentencia. En este caso, se hace constar por el funcionario autorizante del testamento, que el propio notario leyó en voz alta el testamento y que el testador se mostró conforme. Pocas dudas quedan, por tanto, de que su declaración de voluntad fue recogida literalmente por el notario, en un testamento de contenido muy simple».

El Tribunal Supremo en sentencias como la de 20 de marzo de 2013 y 10 de septiembre de 2015, en la interpretación de los artículos 687 y 696, referido este último al juicio de capacidad del testador que ha de realizar el notario, declara: «De esta nueva configuración, tendente a flexibilizar el ámbito de la ineficacia contractual, también participa el principio de “favor testamenti”, como una proyección particularizada a la peculiar estructura y naturaleza de los negocios jurídicos *mortis causa*, de forma que, constatada la autenticidad de la declaración y el plano sustantivo de la capacidad, debe darse prevalencia a la voluntad realmente querida por el testador frente a la rigidez o sacralización de solemnidades y formas que, solo por necesidades de seguridad jurídica, imponen ciertas restricciones o limitaciones a la eficacia de la declaración testamentaria realizada»¹⁷.

De ahí, la también consolidada doctrina que, por todos, encarna GONZÁLEZ PORRAS ya «que la firma del ciego, salvo que declare que no sabe o que no puede firmar, haciéndolo entonces por él, y a su ruego, uno de los testigos instrumentales o en su caso la persona de confianza que le acompaña para la segunda lectura es imprescindible. Y ello por las siguientes razones: 1ª) por haber sido así siempre y lo demuestra la tradición histórica, pues el testamento del ciego no es otra cosa que una variedad del nuncupativo normal y en este la firma del testador es obligatoria, de suerte que no sería lógico pensar que se exige en casos, podemos decir, de testadores normales, y se prescinde en un supuesto en que se buscan mayores garantías; 2ª) porque la falta de firma del testador y su posible sustitución solo cabe en caso de manifiesta imposibilidad del testador (sentencias de 30 de septiembre de 1911, 4 de enero de 1952, 17 de febrero de 1956 y 30 de enero de 1964); 3ª) que consecuentemente se debe concluir que si se pide en la forma normal, no se debe prescindir en esta modalidad si no es cuando se den iguales presupuestos (art. 695, 2.º CC); 4ª) que no significa un dato en contra el hecho de que el artículo 698 del Código Civil no se refiera a la firma y sí solo a la doble lectura, pues se debe tener en cuenta que el legislador en 1888 atendía a lo que era normal y esto era que los invidentes eran analfabetos; pero de ahí no cabe deducir que si sabe no tenga por qué firmar, sino todo lo contrario: si sabe, debe firmar. Y finalmente porque la jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo [Sentencias de 13 de junio de 1877, 3 de diciembre de 1878, 29 de octubre de 1879 y más recientes las de 8 de abril de 1969 y 12 de abril de 1973] viene sosteniendo que para la validez de los testamentos es de absoluta necesidad que se cumplan de manera rigurosa todas las solemnidades esenciales y requisitos que exige el Código Civil»¹⁸.

4. EL ITER PARLAMENTARIO DE LA LEY 30/1991, DE 20 DE DICIEMBRE DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE TESTAMENTOS: SENTIDO Y FINALIDAD DEL TESTAMENTO DEL CIEGO

El debate de la periclitada Ley, en lo que a nosotros interesa, trajo a colación cuestiones interesantes que, propuestas por el CDS fueron rechazadas por el Grupo socialista, y en lo que en estas líneas se quiere destacar, por la mención a la discapacidad y minusvalía en lugar del genérico «ceguera» sin mayores precisiones. Antes de entrar a las cuestiones específicas de esta reforma, téngase en cuenta que, tanto en el año 2003 como en el 2005, se introdujeron nociones ajenas al Derecho privado en que requerirían de su concreción recurriendo a normas de carácter administrativo y reglamentario¹⁹.

A mayor abundamiento, «el sistema estatal de protección de las personas con autonomía limitada ha variado sensiblemente ya que, en particular, se ha hecho titular y destinatario de ciertas políticas públicas a la persona con discapacidad, siempre y cuando esta tenga reconocida administrativamente dicha circunstancia. Y es en este esquema donde la figura preliminar a sus posteriores reformas y mejoras del patrimonio protegido o la nueva regulación de la autotutela, pueden insertarse. En síntesis, la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, como las operadas por Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad sobre accesibilidad universal, se caracterizan por haber erigido a la persona con discapacidad como elemento subjetivo determinante para la aplicación de ciertas medidas»²⁰.

En lo que se refiere a los debates parlamentarios, como decíamos y sin éxito, fue propuesta una enmienda en materia de idoneidad de ciegos y sordos para ser testigos, que en lugar de vedar absolutamente esta posibilidad quedase abierta a criterio notarial con la siguiente redacción «los discapacitados cuya minusvalía impida cumplir con tal cometido» para después concretar que sería más correcto «los que tengan minusvalías que, a juicio del notario, les impidan cumplir con tal cometido» al tratarse de una discriminación no autorizada por la Constitución. Lo cierto y como es sabido es que esta enmienda fue rechazada pero, con todo, deja testimonio de la inclusión en el lenguaje parlamentario de unas instituciones y denominaciones a las que por entonces se había prestado un relativo interés²¹.

Por lo que, al testamento abierto notarial del ciego, conviene ahora transcribir y valorar el alcance de dicha reforma abordada por la mencionada Ley 30/1991, de 20 de diciembre de modificación del Código Civil en materia de testamentos²². La redacción finalmente aprobada por lo que al testamento del ciego, es la contenida en el artículo 697 que declara: «Al acto de otorgamiento deberán concurrir dos testigos idóneos: 1. Cuando el testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento. 2. Cuando el testador, aunque pueda firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento. Si el testador que no supiese o no pudiese leer fuera enteramente sordo, los testigos leerán el testamento en presencia del Notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada. 3. Cuando el testador o el Notario lo soliciten».

Apréciase por tanto y por lo que al testador ciego se refiere, que si este sabe o puede firmar, aunque no le resulte posible leer el testamento, habrán de concurrir al otorgamiento dos testigos instrumentales²³.

En cuanto a la posibilidad de que el testador no pueda firmar o se planteen dudas sobre la autenticidad de su firma, idénticos motivos exigirán la presencia

de estos dos testigos, con la particularidad de que la ausencia de firma no será causa de nulidad. Si adicionalmente quien no pueda leer sea también sordo, tanto los testigos como el propio Notario deberá leer el documento ante el otorgante con la intención de que se acredite que la voluntad fijada en el testamento es la expresada por el disponente²⁴.

Conviene destacar su carácter de norma restrictiva y, por ende, no susceptible de interpretación extensiva, por lo que con buen juicio «esta modalidad testamentaria debe constreñirse al supuesto de que el testador sea ciego o de que no sepa o no pueda leer por sí el testamento y, además, que sea enteramente sordo. Si solamente concurre una de las dos primeras circunstancias, más no la segunda de ser enteramente sordo, propiamente no existe modalidad testamentaria sino el simple cumplimiento de la concurrencia de los dos testigos»²⁵.

Finalmente, debemos subrayar que este tipo testamentario, exigía cumulativamente, tanto que el causante fuese ciego (o no pueda o no sepa leer por sí el testamento), pero no sordo. Por tanto, ha desaparecido la formalidad o requisito de la doble lectura²⁶.

5. EL PROTAGONISMO DE LA DISCAPACIDAD Y LA RENOVADA DISPOSICIÓN ADICIONAL CUARTA DEL CÓDIGO CIVIL: LA PERSONA CIEGA

Ya hemos tenido ocasión de sostener que «...habida cuenta de la pluralidad de situaciones adjetivas que, en el presente espectro jurídico, familiar, personal, subjetivo, en suma, pueden adjetivar a la persona física y, directamente vinculada a ella, configurar y conformar el conjunto de medidas previstas en la nueva Ley, es determinante la nueva redacción otorgada a la disposición adicional cuarta del Código Civil».

En este punto y con efectos de 3 de septiembre de 2021, según 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, en su texto articulado, precepto 77, dicta la esencial figura de la discapacidad en sus justos términos: «La referencia a la discapacidad que se realiza en los artículos 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia».

En cuanto al segundo párrafo de dicha disposición adicional cuarta, en la mencionada nueva redacción y atendida idéntica norma, completa la definición que ha de dispensarse a la situación adjetiva de la discapacidad al añadir que «A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, 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»²⁷.

En buena lógica, las previsiones extravagantes al Código común nos permiten ratificar lo afirmado sobre el sujeto titular de las previsiones dispuestas para el otorgamiento testamentario, abierto y cerrado, en la modalidad específica prevista para las personas con discapacidad visual.

II. DERECHO FORAL: NOTAS SOBRE LA REDACCIÓN DEL CÓDIGO CIVIL CATALÁN, LA TERMINOLOGÍA DEL ARTÍCULO 421.8 Y LA DEFINITIVA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN DE LA CONCURRENCIA DE SIETE TESTIGOS

1. DERECHO FORAL NAVARRO: LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMÚN, COMO NORMA SUPLETORIA

La Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, como su nombre indica, renueva su contenido y lo adapta a nuevas realidades; en particular y como advierte el punto IV, de su preámbulo, en su libro segundo, tiene como ideas nucleares: «1. En la idea de suprimir las diversas remisiones estáticas que el Fuero Nuevo realizaba al Código Civil, es objeto de regulación de forma completa la capacidad para suceder (leyes 152 y 153) así como las causas de incapacidad por indignidad (ley 154), ingratitud (ley 163) y desheredación (ley 270). 2. En materia testamentaria, también es objeto de regulación la capacidad para testar suprimiéndose la remisión al Código Civil y acogiendo una redacción que, además de actualizar los términos en sintonía con la nueva redacción de la ley 22, hace una regulación acorde a la realidad actual de la persona con la capacidad modificada judicialmente y la posibilidad de que pueda testar si en el momento de hacerlo tiene la suficiente capacidad de entender y de querer sin perjuicio de lo dispuesto judicialmente sobre la misma. El respeto a la intimidad de las personas con disminución sensorial es también objeto de previsión».

En justa consecuencia, renueva la regulación «de los testigos terminando con las remisiones, especificando su necesidad y número en cada uno de los testamentos, suprimiendo la obligatoriedad en el testamento abierto notarial y estableciendo explícitamente sus condiciones con conservación de todas las especialidades forales a salvo la necesidad de la vecindad por considerarse innecesaria».

En suma, «adapta para todo lo no regulado en esta materia la fórmula de la remisión dinámica a todos los testamentos regulados en el derecho común, salvo el ológrafo, el cual se regula específicamente con observancia de la legislación notarial y salvando las especialidades concretas que sobre el mismo contiene el propio Fuero».

Para lo que a estas líneas importa, es la Ley 188 sobre el Testamento ante notario, la que, gracias al reenvío al Derecho común, podrá salvarse la falta o relativa adaptación a esta nueva Ley 8/2021, toda vez que declara «Cuando se trate de testamentos otorgados ante notario se aplicarán las disposiciones del Código Civil en lo que no esté previsto en las leyes anteriores»²⁸.

Prevía a esta solución y a falta de mención explícita en el Derecho navarro, en ocasiones se resolvía la cuestión recurriendo al Derecho romano, como ordenamiento supletorio, por lo que el testador ciego debería hacerlo ante notario y siete testigos. En este sentido, se ha destacado cómo una criticada sentencia del Tribunal Supremo de 24 de diciembre de 1867, «declaró válido un testamento de ciego ante solo dos testigos. (...) Se pone en claro, pues, cómo a principios del siglo XVIII la práctica jurídica navarra recibió la Ley 3 de Toro en cuanto a las formalidades del testamento del ciego (ante cinco testigos), dejando de lado la anterior recepción de la doctrina del Derecho justinianeo (ante siete testigos). Desplazada la antigua legislación de Castilla, entre ellas las Leyes de Toro, el Código Civil que la sustituyó en 1889; y en Navarra, de modo natural, se siguió la nueva formalidad del artículo 698 [en su redacción original] para el testamento del ciego: doble lectura del testamento, uno por el

Notario (conforme al artículo 695) y otra por uno de los testigos u otra persona que el testador designe»²⁹.

2. EL PRECURSOR DERECHO FORAL CATALÁN: LA INCORPORACIÓN DE LOS MEDIOS TECNOLÓGICOS Y LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS PARA EL SISTEMA DE APOYOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En cuanto a la doctrina y práctica forense catalanas, existía cierto malestar sobre la aplicación de las rigideces que exigían la presencia en toda clase de testamentos «la intervención de siete testigos y del tabulario, lo mismo para los que tenían vista que para los que carecía de tanpreciado sentido (...) todavía está en vigor en la práctica ese Derecho de Romana para los ciegos catalanes». De modo que en la práctica se daba cuenta de la recomendación del cumplimiento de esta fórmula³⁰, criticándose ácidamente tal costumbre y reclamando que, si para el derecho catalán se aplicaba el sistema de dos testigos y notario, no debería exigirse siete para el ciego, por aplicación del principio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*.

Con todo y como es sabido, la práctica fue cediendo ante la evidencia de la localización de esos siete testigos en lugares pequeños; por su parte, el proceso codificador catalán, solucionó esta discriminación. En particular, la Ley 10/2008, de 10 de julio, aprueba el libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones³¹; en este sentido y frente a la redacción anterior que, pese a incluir el término constitucional de disminuido³², lo hacía con la censurada fórmula de sustantivación³³.

Esta Ley 10/2008, derogaba el derecho catalán que ya había sido codificado en este ámbito, y lo cierto es que, en general, no introduce instituciones nuevas, sino que perfecciona las existentes. Es el caso de esta forma testamentaria notarial especial que antes prevenida en la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, del Código de sucesiones, determinaba en su artículo 115 «Cuando el testador sea ciego, completamente sordo, mudo o sordomudo, o por cualquier otra razón sea sensorialmente disminuido, el notario seguirá las determinaciones contenidas en la legislación notarial».

Declaraba así su artículo 421-8, sobre el Testamento otorgado por una persona con discapacidad sensorial: «Si el testador es ciego, sordo, mudo o sordomudo o por cualquiera otra razón es sensorialmente discapacitado, el notario debe seguir lo que la legislación notarial establece para estos casos». Por su parte, la disposición adicional segunda, concreta la Aplicación de medios para suplir la discapacidad sensorial: «Cuando la legislación notarial haga posible la utilización del Braille, la lengua de signos, la lectura labial u otros medios técnicos o electrónicos para suplir la discapacidad sensorial que afecte a la comprensión oral, la lectura o la escritura, en el otorgamiento de documentos notariales deben aplicarse estos medios con los efectos establecidos por los artículos 421-8, 421-10.2 y 421-14.5 del Código Civil de Cataluña».

Apréciase esta redacción fruto de la Ley 6/2019, de 23 de octubre, de modificación del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, para garantizar la igualdad de derechos y la no discriminación de las personas con discapacidad sensorial. Prístina e incontestablemente prevé su disposición adicional. Uso de medios para suplir la discapacidad sensorial.

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 utili-

zarse 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 por el apartado 1 de la presente disposición y el artículo 421.8 del Código Civil de Cataluña.

Poco más habría que añadir que lo que detalladamente da cuenta la Exposición de motivos, justificando más que fundadamente las circunstancias normativas que imponen la reforma. Con todo, tendremos ocasión de contrastar su capacidad transformadora en justa coincidencia, en particular, con una valiente sentencia en sede de resolución de un recurso de casación foral.

III. REVISIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE EL TESTAMENTO ABIERTO NOTARIAL DEL CIEGO O DE PERSONA CON PERCEPCIÓN VISUAL LIMITADA

1. EL TESTAMENTO ABIERTO DE OTORGANTE CIEGO COMO TESTAMENTO ORDINARIO DOTADO DE MAYORES GARANTÍAS: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE ABRIL DE 1969, LA APLICACIÓN DEL DERECHO ANTERIOR A LA COMPILACIÓN CATALANA Y LA CEGUERA TOTAL O PARCIAL, SI IMPIDE LA LECTURA O LA FIRMA, EXIGE LA APLICACIÓN DE LAS FORMALIDADES PREVENIDAS EN EL ANTIGUO ARTÍCULO 698 DEL CÓDIGO CIVIL

Por su parte la sentencia del Tribunal Supremo, de 8 de abril de 1969³⁴, sobre el testamento del ciego en Cataluña y la aplicación del Derecho anterior a la Compilación³⁵, recoge, entre otras cuestiones reseñables, el supuesto de hecho del testamento suscrito por un testador que presenta ceguera de forma sobrevenida, por lo que sí que podía firmar o, con más precisión, podía recordar cómo lo hacía cuando tenía visión y, de hecho, había estampado su firma en un contrato suscrito unos días antes de testar. En particular, la resolución declara no haber lugar al recurso de casación formulado por el actor contra la sentencia de la Audiencia de Barcelona que, revocando parcialmente la del Juzgado de Primera Instancia de Figueras, declaró la validez del testamento.

Los Considerandos de la sentencia declaran que «el problema principal a dilucidar en el proceso queda circunscrito a determinar la validez de un testamento otorgado en dicha región [Cataluña] por persona aforada que perdió la visión y que no lo firma alegando ‘no poder firmar, desde que no es vidente’, en cuyo otorgamiento ante notario se han cumplido todos los requisitos del artículo 698 del Código Civil siendo así que se ha probado en los autos que unos cincuenta y cinco días antes, y cuando ya sufría el defecto dicho, estampó su firma en un contrato constante en documento privado que celebró con los hoy litigantes; testamento que la sentencia recurrida, revocando la del Juzgado, declara válido y eficaz».

De modo que al haber suscrito contrato en documento privado y al haberlo firmado con su propia rúbrica, se alegaba en el recurso de casación del apartado I de las Reales Ordenes de 29 de noviembre de 1636, según el cual deben firmar las partes y «si no supieran, firme por ellas un testigo». Por tanto los recurrentes deducían que sabiendo hacerlo el testador y no habiéndolo verificado, el testamen-

to habría de ser declarado nulo. Y declara la sentencia que «las Ordenanzas no introdujeron modificación respecto del testador ciego en la Ley 28, de Título XV, Libro VII de la Novísima Recopilación, al no tratarse de un testamento especial, sino de añadir mayores garantías al nuncupativo normal, es evidente que al dar el notario fe del conocimiento del testador y de su manifestación de no poder firmar por su invidencia, se han cumplido no solo todos los requisitos del nuncupativo normal, entonces vigentes, sino también las especiales de la doble lectura que exige el citado artículo 698 del Código a que se refiere la nueva Compilación, sin que la firma de un invidente preste mayores garantías al testamento, pues solo acreditaría que la estampó en un documento pero no que este sea en el que expresó su última voluntad y descartado todo peligro de la suplantación de la persona del testador al dar fe el Notario de su conocimiento».

A mayor abundamiento advierte que «siendo el del ciego un testamento abierto normal con mayores garantías de autenticidad, no cabe en modo alguno prescindirse de la firma del testador que sabe hacerlo, cuando se exige en el normal que practica nuevos requisitos; ya que las disposiciones invocadas nada tratan de la firma del ciego y regulan el testamento nuncupativo, menos formalista, pero exigiendo la concurrencia de mayor número de testigos y demás que aparecen cumplidas en el que se debate; máxime dada la avanzada edad del testador y su ceguera sobrevenida que pudo ocasionarle la imposibilidad de firmar en aquel momento, aunque días antes lo hubiera verificado».

Así que como quiera que «el artículo 698³⁶ no alude lógicamente a la firma porque normalmente los ciegos no pueden firmar y cuando, como en el presente caso, se sabe hacerlo por ser la ceguera sobrevenida, las firmas no son tales, sino dibujos imperfectos de una imagen recordada, como lo demuestra la contemplación de las obrantes en los autos; las solemnidades y garantías del artículo 698 son suficientes para autenticar la voluntad del testador y procede desestimar el motivo».

En definitiva y como concluía ROCA TRÍAS al analizar esta resolución «la ley permite al ciego no firmar su testamento, puesto que la presunción lógica será el que no pueda hacerlo, debido a su defecto físico, aunque no es tan irrelevante la firma del ciego como da a entender la sentencia que hemos comentado; si el testador sabe hacerlo, consideramos que debe firmar, puesto que el testamento no solo es la declaración de voluntad *mortis causa*, sin esta más las formalidades y podría ser anulado el testamento de un ciego que declarase no poder firmar, siendo falsa esta declaración, no por falta de verdadera voluntad testamentaria, como se dicen la sentencia de primera instancia del caso estudiado, si no por ausencia de una formalidad exigida por el Código Civil»³⁷.

2. APLICACIÓN DE LAS SOLEMNIDADES Y GARANTÍAS DEL ANTIGUO ARTÍCULO 698 DEL CÓDIGO CIVIL PARA AUTENTICAR LA VOLUNTAD DEL OTORGANTE QUE PRESENTA CEGUERA SOBREVENIDA Y NO CONGÉNITA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE ABRIL DE 1973: BASTA CON QUE SU CEGUERA LE IMPIDA LEER Y ESTAMPAR SU FIRMA

Por su parte, el supuesto de hecho de la sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de abril de 1973³⁸, ventila el caso de una demanda sobre validez y eficacia de testamento, interpuesta por los legatarios del tercio de libre disposición de su hermano, causante separado de su esposa, siendo herederos de los dos tercios restantes sus hijos, que son los demandados. Frente a la pretensión de los actores, los demandados se opusieron y formularon reconvención solicitando la

nulidad del testamento. La sentencia de primera instancia estimó la demanda, desestimando esta reconvención; interpuesta apelación y, sucesivamente, casación por los demandados reconvinientes, fueron desestimadas sus acciones.

En particular declara la sentencia de casación: «Que para combatir las conclusiones fácticas de la Sentencia recurrida, concretamente en relación con el hecho de que el testador don Jesús G.M. se hallaba imposibilitado de leer y firmar el testamento objeto de impugnación, otorgado por aquel en 30 diciembre 1964 ante el Notario de Ribadeo don José María M.M., se formuló el primer motivo del recurso por el cauce del núm. 7.º del artículo 1692 de la LECiv, por error de hecho en la apreciación de la prueba, el que trata de deducir de una serie de documentos, ninguno de los cuales demuestra de modo auténtico, a efectos del recurso, que el testador no estuviera impedido para leer y firmar el testamento en el momento de su otorgamiento».

Adicionalmente y por lo que se refiere a la doctrina en materia de testamento abierto otorgado por testador con dificultades en la visión, sienta dicha resolución lo siguiente: «ha de tenerse en cuenta que para la válida aplicación de las formalidades exigidas por el artículo 695 del Código Civil³⁹ en Tribunal Supremo (el otorgamiento del testamento abierto por un ciego), no es necesario que la ceguera sea total o absoluta, sino que basta con que la lesión o defecto visual alcance el grado suficiente, para impedirle la lectura y estampar su firma con la claridad de rasgos que habitualmente caractericen aquella, a fin de que lo defectuoso de la misma no pueda originar la duda sobre su autenticidad y frente a la afirmación de la Sentencia recurrida de que el testador en aquel acto sufría una ceguera total o que en todo caso le impedía la visualidad del texto escriturado y la caligrafía de la firma, como no fuera un trazo de puro tropiezo, no combatida eficazmente esta afirmación fáctica, como queda expresado al tratar del anterior motivo, decae el presente, puesto que han sido cumplidos todos los requisitos formales exigidos por los artículos 695, 698 y 699 del Código Civil para el otorgamiento del testamento abierto por una persona que carezca de visión, dándose lectura del testamento una vez por el Notario y otra por uno de los testigos designados a dicho fin por el testador, el que a su vez firmó también por este y a su ruego, a la vez de por sí, todo ello en unidad de acto y de lo que da fe el Notario autorizante del testamento»⁴⁰.

3. REQUISITOS DE OBLIGADO CUMPLIMIENTO EN CASO DE TESTAMENTO ABIERTO OTORGADO POR PERSONA CON DEFICIENCIA VISUAL: LA SENTENCIA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID, DE 22 DE JUNIO DE 2005

Recogemos los puntos más relevantes de esta resolución resuelta después en la sentencia del Tribunal Supremo recogida en el epígrafe suficiente: «es de imperiosa necesidad que quien impugna el testamento abierto, acredite de forma cumplida, rotunda e incuestionable, la existencia del incumplimiento en el que pasa la nulidad que propugna y ello porque, como es sabido, por una parte, la capacidad de los testadores se configura como una presunción *iuris tantum* acomodada al principio de *favor testamenti* (art. 662 CC), referida al momento mismo en que se otorga testamento, de conformidad con el artículo 666 del Código Civil y, por otra, la mención que el notario realiza a favor de la capacidad del testador supone principio de certidumbre y por ella es preciso pasar por ella mientras no se demuestre cumplidamente en vía judicial lo contrario (SSTS de 23 de marzo de 1944 y 27 de enero de 1998), lo que obliga a combatir esta

presunción por prueba suficiente y eficiente (STS de 19 de septiembre de 1998), sin que sea suficiente, a los efectos indicados, la duda acerca de la capacidad del testador de destruir aquella presunción».

Y siguiendo: «La conclusión de todo cuanto se ha expuesto, no puede ser otra que la de considerar que la demandante, como la correspondía, no ha acreditado, con la rotundidad precisa, la carencia de visión bastante en el testador para que, en aplicación del artículo 697 del Código Civil, se exija la concurrencia, al acto de otorgamiento del testamento, de dos testigos instrumentales, y con base en esta carencia y conforme a lo dispuesto en el artículo 687 de dicho Código, acordar la nulidad del testamento, sin que tenga trascendencia alguna la circunstancia de que al otorgamiento del testamento cuya validez se propugna por nulidad del posterior, sí comparecieran dos testigos, y ello porque se olvida que el primer testamento se otorgó el 29 de julio de 1985, esto es bajo el régimen anterior a la reforma operada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos, en el que era necesaria la intervención de testigos, requisito que, con carácter general e incluso con ciertos efectos retroactivos, fue dejado sin efecto por referida norma, dejando a salvo unos concretos supuestos en los que por las circunstancias del caso, tal exigencia se mantenía»⁴¹.

4. LA FORMA DEL TESTAMENTO COMO GARANTÍA DEL TESTADOR RESPECTO A LA EXACTITUD Y PERMANENCIA DE LA VOLUNTAD TESTAMENTARIA: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE NOVIEMBRE DE 2009

Declara la sentencia que «La forma del testamento constituye una garantía del testador respecto a la exactitud y permanencia de la voluntad testamentaria. No se puede admitir la relajación de las formas en este tipo de testamentos en los que no concurre un funcionario público experto que contraste la concurrencia de todos y cada uno de los requisitos exigidos en el Código Civil para cumplir las finalidades antes expuestas. La forma en los testamentos no es, por tanto, un elemento inútil y, en consecuencia, no se puede afirmar que la doctrina haya relajado este tipo de exigencias, de modo que cuando se plantea el problema de la validez del testamento cerrado que presenta algunos problemas de forma, el Código Civil opta por la presunción de revocación del testamento cerrado que ha perdido forma, tal como establece el artículo 742.1 del Código Civil, presunción que admite la prueba en contrario expresamente prevista en la misma disposición.— Sin embargo, el problema real que presenta el actual recurso de casación no se refiere a la forma, sino al contenido del testamento, puesto que lo que se discute aquí es si existió o no auténtica voluntad testamentaria.— El testamento otorgado ante testigos cuando el testador se hallare en peligro de muerte, previsto en el artículo 700 del Código Civil, constituye una modalidad del testamento abierto, en el que se sustituye la presencia del notario por la de cinco testigos. A tal efecto el artículo 679 del Código Civil define este testamento de la siguiente manera: ‘Es abierto el testamento siempre que el testador manifiesta su última voluntad en presencia de las personas que deben autorizar el acto, quedando enteradas de lo que en él se dispone’ y el artículo 700 del Código Civil dispone que cuando el testador se hallare en inminente peligro de muerte, ‘puede otorgarse testamento ante cinco testigos idóneos, sin necesidad de Notario’. Al tratarse de un testamento abierto, debe cumplirse lo establecido en el artículo 695 del Código Civil, que exige que el testador manifieste oralmente o por escrito su voluntad ante el Notario, sustituido en este caso por los cinco testigos, que de

hecho cumplen el mismo rol. Esta manifestación constituye la declaración de voluntad precisa para la existencia de testamento (STS de 27 de junio de 2000)».

5. PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD, PRINCIPIO DE *FAVOR TESTAMENTI* Y CARGA DE LA PRUEBA DE LA AUSENCIA DE CAPACIDAD DEL TESTADOR EN EL MOMENTO DEL OTORGAMIENTO: LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO, DE 11 DE DICIEMBRE DE 2009

Señalamos los aspectos más relevantes: «1.º Es cierto que la exigencia de la forma en el testamento obedece a la necesidad de salvaguardar la voluntad del testador que debe cumplirse cuando ya ha fallecido y así lo ha afirmado la reciente sentencia de 4 de noviembre de 2009. Sin embargo, esta necesidad debe coordinarse con el principio *favor testamenti*, especialmente cuando en el testamento interviene el Notario, como también se pone de relieve en la mencionada sentencia. En este caso, se hace constar por el funcionario autorizante del testamento, que el propio notario leyó en voz alta el testamento y que el testador se mostró conforme. Pocas dudas quedan, por tanto, de que su declaración de voluntad fue recogida literalmente por el notario, en un testamento de contenido muy simple. 2.º Es cierto también que la falta de la forma determina la nulidad del testamento. Pero no nos hallamos aquí ante la ausencia de la forma testamentaria, sino ante la falta de una formalidad que debe concurrir cuando ocurra alguno de los defectos físicos previstos en el artículo 697.2 del Código Civil. La finalidad de la norma es evitar fraudes a una persona cuyas condiciones físicas le impiden enterarse por sí misma del contenido del testamento. Pero al quedar probado que el testador conoció por sí mismo dicho contenido, no puede alegarse la falta de concurrencia de testigos para pedir la nulidad y más cuando no se ha probado la falta de visión en que se fundaba la demanda. 3.º El notario debe apreciar la capacidad del testador en el momento del otorgamiento del testamento (art. 666 CC). Esta es una cuestión de prueba y, como se ha dicho antes, la sentencia recurrida apreció la capacidad del testador en el momento del acto del otorgamiento, aunque sí es cierto que, para probarla en el litigio, se han tenido en cuenta las circunstancias que concurrieron en el causante en los momentos anteriores. La recurrente no ha conseguido probar, como se ha venido repitiendo, la falta de visión del testador que le impidiera otorgar un testamento sin testigos, es decir, no ha conseguido destruir la presunción de capacidad, por lo que los argumentos que utiliza no pueden ser tenidos en cuenta. 4.º Estos mismos argumentos impiden tener en cuenta la alegación de que el artículo 738 del Código Civil ha sido aplicado indebidamente. No se ha conseguido demostrar la falta de aptitud del testador para otorgar el testamento en la forma en que lo otorgó»⁴².

De modo que como decíamos antes y de conformidad a la previa e inmediata redacción del 697, no es redundante la remisión al que fuere «enteramente» sordo, como supuesto de hecho que exige el concurso de dos testigos idóneos ya que, atendiendo al significado general y como advierte el diccionario de la RAE, el sordo es el que no oye o no oye bien. Distinta es la cuestión del ciego en la que el tenor literal del precepto no se detiene a especificar su alcance, toda vez que no es necesario concretar la extensión de esta privación sensorial ya que, como confirma el uso común y el empleado por la propia RAE, persona ciega es la que carece radicalmente de visión.

Presumiéndose, por tanto, la capacidad lo cierto e indubitado es que, si quien otorga un testamento abierto notarial mantiene un resto de visión, la falta de presencia de los testigos exigidos en el mencionado artículo, habiendo quedado

probado que el testador tuvo pleno conocimiento de su contenido, no es óbice ni causa de nulidad del citado testamento.

IV. LA CONSTANTE DOCTRINA JURISPRUDENCIAL QUE AFIRMA LA PRESUNCIÓN DE CAPACIDAD DEL OTORGANTE Y EL PRINCIPIO *FAVOR TESTAMENTI*

En resumidas cuentas, prima el principio de la capacidad del otorgante y del *favor testamenti*, como reiteradamente se ha pronunciado la jurisprudencia, así la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 4 de febrero de 2002, en la resolución de un recurso de casación donde se ventilaba un asunto relativo a la petición de declaración de nulidad del testamento, declara que «debe partirse siempre de la capacidad del testador (principio de conservación del testamento o *favor testamenti*), de forma que la regla es la capacidad, y la excepción —que, como tal debe ser probada, desplazando con ello la carga probatoria— es la incapacidad. Así se desprende de la dicción de los artículos 103 y 104 del Código de sucesiones y así lo tiene dicho esta Sala en las sentencias ya citadas. En la de 21 de junio de 1990 se lee: “ajustándose a la idea tradicional del *favor testamenti* toda persona debe reputarse en su cabal juicio en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente lo contrario”».

Por tanto y como advierte la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1988, «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 solo puede destruirse mediante una evidente y completa prueba en contrario —sentencias de 25 de marzo de 1957; 16 de abril de 1959; 7 de febrero de 1967; 21 de junio de 1986; 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»⁴³.

Es más, podemos añadir la sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida (SAP L 1012/2020 - ECLI:ES:APL:2020:1012), 23 de diciembre de 2020.

En este sentido, resulta de especial interés cuanto expone la STSJ de Cataluña núm. 38/2016, de 30 de mayo de 2016, por su paralelismo con el presente caso dada la similar regulación prevista para los supuestos de las personas ciegas, sordas y sordomudas (con las salvedades inherentes a la discapacidad que comporta cada una de ellas), y porque también se refiere a la presunción de capacidad del testador y al principio de «*favor testamenti*», cuestiones ambas invocadas en el recurso. La referida STJS de Cataluña de 30 de mayo de 2016 desestima un recurso de casación contra la sentencia que estimó la demanda de nulidad de un testamento, fundada en que el testador era invidente y no había

intervenido en el otorgamiento ningún testigo, según exigía el artículo 107CS, en vigor cuando se otorgó, alegando la parte recurrente que la presencia de testigos, aunque el testador sea invidente es una formalidad cuya omisión, habiendo leído el testamento el notario al causante, y habiendo dado este su conformidad, no puede provocar la nulidad de testamento, considerando que una interpretación tan rigorista era contraria a la doctrina del TSJ de Cataluña.

Declara al respecto esta STSJC núm. 38/2016:

«CUARTO.— La forma en los testamentos.

El testamento como negocio jurídico unilateral y personalísimo por el cual el testador dispone para después de su muerte de sus bienes, tanto en el derecho estatal, como en el derecho civil catalán, es un negocio jurídico formal o solemne en el sentido de que la voluntad del testador debe expresarse a través de los cauces que la ley exige para que el testamento sea válido y produzca sus efectos. En este sentido, los requisitos de forma que exija la ley civil sustantiva suponen un plus a la mera existencia de la voluntad de testar puesto que es, como dice algún autor, «la expresión necesaria del negocio mismo» y elemento esencial para tenerlo como vinculante.

La forma, como enseña la mejor doctrina, es integrativa por lo que se exige además o junto a los restantes elementos propios de todo negocio jurídico (consentimiento, objeto y causa).

El testador puede optar, como regla general, por cualquiera de los tipos de testamentos que la ley admita y regule, pero no por otros con independencia de que su voluntad pudiese ser probada por otros medios. Por eso no se permite el testamento por testigos ni testar en forma diferente a la señalada por la ley.

El requisito de la forma en esta clase de negocios se exige para garantizar la libre expresión de la voluntad del testador y la conservación del acto que ha de surtir efectos para después de su muerte.

Por tanto, si la declaración de voluntad se ha emitido en forma diferente a la exigida por la ley, aunque no exista duda sobre la declaración emitida, el testamento no es válido ya que la forma asegura no solo la publicidad de la voluntad sino también que esta ha sido formada de manera consciente y libre de presiones externas (STS de 9 de mayo de 1990 y las que en ella se citan).

Su finalidad es pues la de preservar y proteger el interés del testador.

Por forma debe entenderse según el diccionario de la RAE, el conjunto de requisitos externos que debe cumplir un acto jurídico mientras que la formalidad sería el modo de ejecutar con la exactitud debida un acto público.

Cabe distinguir también entre tipicidad de los testamentos, formas y formalidades de su otorgamiento.

En Cataluña solo existen ya dos tipos de testamentos válidos según se advierte del preámbulo del libro IV del Código Civil de Cataluña, aprobado por Ley 10/2008, de 10 de julio (aunque se admita en la DT 2 de dicha ley la validez de los realizados conforme a la ley vigente en el momento de su otorgamiento), a saber: el notarial y el hológrafo (...).

Las fórmulas habilitantes de cada una de estas modalidades tienen el valor de forma y son exigibles para la validez del testamento según la totalidad de la doctrina científica.

Por el contrario sí cabrá analizar las formalidades que la ley exige dentro de cada uno de los tipos y formas de los testamentos para establecer si las mismas tienen o no carácter esencial, ya que su omisión o bien sus defectos no siempre tendrán la misma trascendencia para establecer la validez o la nulidad del acto sino que habrá que atender al principio del *favor testamenti*.

El mismo legislador considera, aplicando nuestra jurisprudencia (preámbulo del libro IV), especialmente en el caso del testamento hológrafo, como no esenciales para la validez del testamento, la falta de constancia del lugar o fecha siempre que puedan ser acreditadas de otra forma.

Tras referirse esta sentencia al testamento del ciego en Cataluña, en el derecho histórico catalán, en la Compilación de 1960, en el Código de Sucesiones, aprobado por Ley 40/1991 de 30 de diciembre (arts. 107, 108, 115, en relación con los arts. 25 de la Ley del Notariado y artículos 180, 183 y 193 del Reglamento notarial aprobado en 1944), y en el libro IV del CCCat, (arts. 421-5, 421-8, 421-10 y 421-11), acaba concluyendo que: «tanto según el CS como el CCCat la presencia de testigos en el caso del testamento notarial abierto es una de las formas habilitantes para tener por válido el testamento y eficaces las disposiciones de última voluntad del testador invidente, lo que se evidencia del carácter imperativo de sus disposiciones.

La presencia de testigos en el acto de otorgamiento tiene como finalidad que estos suplan el sentido del que carece el testador de modo que puedan leer por sí mismos el testamento y comprobar que coincide con la voluntad expresada.

De ahí que la legislación notarial, a la que se remite la ley en cuanto a las formalidades exigidas (no en cuanto a la presencia de los testigos obligada por la propia ley sustantiva) ordene al Notario que advierta a los testigos de su derecho a leer por sí mismos la escritura, al no poder hacerlo por sí el testador.

Como se ha visto el legislador ha mantenido en forma reiterada a lo largo del tiempo esta garantía considerando insuficiente la sola presencia del Notario en estos casos y tal previsión no puede ser considerada discriminatoria a la luz de lo dispuesto en el art. 2, g), 6 y 7 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

La finalidad última es, pues, la de evitar todo fraude o apariencia de fraude en la formación de la voluntad del otorgante y la protección específica de quien tiene alguna discapacidad».

V. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA DE LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL, DE 16 DE MARZO DE 2021: UN EJEMPLO DOCTRINAL E INTERPRETATIVO DE LOS APOYOS NECESARIOS Y LA LIMITACIÓN DE LA INTERPRETACIÓN EXTENSIVA DE LOS PRECEPTOS RESTRICTIVOS DEL AUTOGOBIERNO Y LIBRE CONSENTIMIENTO DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD VISUAL

Como sucediera con el Tribunal Supremo en sus STS 298/2021⁴⁴, del Pleno de la Sala de lo Civil⁴⁵, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al resolver el recurso de casación y extraordinario por infracción procesal aplica la Ley 8/2021, al resultar la más oportuna en el supuesto de hecho que trae causa de los autos ventilados en el Juzgado de Primera Instancia número 1 de La Bisbal d'Empordà y, a su vez, de apelación sustanciada en la Audiencia Provincial de Gerona, sección segunda.

La sentencia que al servir de colofón de lo que ha sido expuesto y pasamos a transcribir, fue dictada en Barcelona, el 16 de marzo de 2021⁴⁶.

TERCERO.—Planteamiento del motivo primero y segundo del recurso de casación 1. En ambos motivos del recurso se cuestiona la decisión primero del

Juzgado de Primera instancia y luego de la Audiencia provincial de declarar la nulidad del testamento del Sr. David por no haber concurrido a su otorgamiento dos testigos como exigía el artículo 421-10 del Código Civil de Cataluña cuando la disminución del sentido de la vista del testador era de tal importancia que debía ser equiparada a la situación del ciego prevista en dicha norma. 2. En el primer motivo se invoca la aplicación directa de los artículos, 2, 5 y 12 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 instrumento de ratificación BOE de 21 de abril de 2008 y que entró en vigor el 3 de mayo y que entiende la parte recurrente de aplicación preferente a las previsiones del artículo 421-10 del CCCat en virtud de lo dispuesto en los artículos 30 y 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, máxime cuando tras la reforma operada por la llei del Parlament 6/2019 de 23 de octubre, el legislador catalán en aplicación de dicho tratado ha modificado los artículos 421-8 y 421-10 de modo que desde su entrada en vigor, se dice, no sería necesaria la presencia de testigos. 3. En el segundo motivo se afirma que, en todo caso, el artículo 421-10 del CCCat en la redacción vigente cuando se interpuso la demanda, debería interpretarse en el sentido de que no hallándose el testador privado del sentido de la vista sino de la capacidad de lectura, solo sería necesaria la presencia de testigos si así lo hubiese declarado a la Notaria autorizante del testamento. 4. Ambos motivos se hallan interrelacionados por lo que se examinarán conjuntamente.

CUARTO.— Evolución histórica de las formalidades exigidas en el testamento para las personas con discapacidad sensorial en Cataluña 1. El testamento otorgado por personas con discapacidad se regula por vez primera en Cataluña en el Código de Sucesiones (CS) aprobado por llei 40/1991 de 30 de diciembre. Con anterioridad la Compilación se remitía al Código Civil, aunque con alguna particularidad propia en cuanto al número y carácter de los testigos. En el artículo 107 del CS, después de proclamar que no era necesaria la intervención de testigos en el otorgamiento del testamento notarial, siguiendo igualmente la dirección emprendida por la ley estatal 30/1991, hacía la salvedad de que concuriesen circunstancias especiales en el testador; considerándose circunstancias especiales cuando este fuese ciego o completamente sordo y cuando, por cualquier causa, no supiese o no pudiese firmar, o declarase que no sabe o no puede leer por sí mismo el testamento. Los testigos debían ser dos, que entendiesen al testador y al Notario y supiesen firmar. No era necesario que fuesen rogados, ni que conociesen o viviesen en el mismo lugar que el testador. Si el testador era ciego, completamente sordo, mudo o sordomudo, o por cualquier otra razón sensorialmente disminuido, el Notario debía seguir las determinaciones contenidas en la legislación notarial. La remisión a la legislación notarial no era la previsión inicial puesto que en el proyecto del Código se regulaba el testamento del ciego exigiendo que el testador manifestara de palabra al Notario su voluntad, la presencia de testigos y que el testamento releyesen dos veces seguidas, una vez por el Notario y otra por uno de los testigos. Siendo tal previsión suprimida tras una enmienda presentada por un partido durante el trámite parlamentario. La legislación notarial, ley del Notariado de 28 de mayo de 1862, a la que finalmente se remitió la norma, dispone en el artículo 25 párrafo tercero que los Notarios darán fe de haber leído a las partes y a los testigos instrumentales la escritura íntegra, o de haberles permitido que la lean, a su elección, antes de que la firmen, y a los de conocimiento lo que a ellos se refiera, y de haber advertido a unos y a otros que tienen el derecho de leerla por sí. Por su parte, los artículos 180, 183

y 193 del Reglamento notarial, disponían que cuando alguno de los otorgantes no supiese o pudiese leer ni escribir sería necesaria la presencia de testigos instrumentales. Los testigos instrumentales debían ser designados por los otorgantes o, si estos no lo hiciesen, por el Notario, salvo en el caso del ciego en el que debía designar a uno de ellos, siendo esta última exigencia suprimida tras la reforma del Reglamento operada por RD 45/2007. Según el artículo 193, el notario da fe de haber leído a las partes y a los testigos instrumentales la escritura íntegra o de haberles permitido que la lean, a su elección, antes de que afirmen, y a los de conocimiento lo que a ellos se refiera, y de haber advertido a unos y a otros que tienen el derecho de leerla por sí. Después de la lectura, los otorgantes deberán hacer constar su consentimiento al contenido de la escritura. El artículo 125 del CS establecía la nulidad de los testamentos, codicilos o memorias testamentarias que no correspondiesen a alguno de los tipos previstos en la presente Ley o en cuyo otorgamiento no se hubiesen observado los respectivos requisitos y formalidades. 2. Sucedió al Código de Sucesiones el libro IV del CCCat el cual, en la redacción vigente según ley 10/2008, de 10 de julio, regulaba la materia en los artículos 421-8 y 421-10. El artículo 421-8 disponía que: «Si el testador es ciego, sordo, mudo o sordomudo o por cualquiera otra razón es sensorialmente discapacitado, el notario debe seguir lo que la legislación notarial establece para estos casos». Por su parte el artículo 421-10.1 decía que en el otorgamiento del testamento notarial, no era precisa la intervención de testigos, salvo que concurrieran circunstancias especiales en el testador o que este o el notario lo solicitasen, añadiendo en su punto 2 que: «Concurren circunstancias especiales en el testador si es ciego o sordo y si por cualquier causa no sabe o no puede firmar o declara que no sabe o no puede leer por sí solo el testamento». Finalmente el artículo 422-1.1, establece que es nulo el testamento que no corresponde a ninguno de los tipos establecidos por el artículo 421-5, así como el otorgado sin cumplir los requisitos legales de capacidad y de forma y el otorgado con engaño, violencia o intimidación grave. 3. En el año 2019 por ley 6/2019, de 23 de octubre, de modificación del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, para garantizar la igualdad de derechos y la no discriminación de las personas con discapacidad sensorial se produce una modificación de los artículos 421-8 y 421-10 del CCCat que quedaron redactados en la siguiente forma: artículo 421-8.1: «Si el testador tiene una discapacidad sensorial en el momento de otorgar testamento, el notario debe aplicar lo establecido por 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». «Artículo 421-10.1: 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». La misma ley contiene una disposición adicional sobre el uso de medios para suplir la discapacidad sensorial conforme a la cual: «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». Resulta de interés resaltar que

en el proyecto de llei el artículo 421-8 determinaba: «Si el testador té una discapacitat sensorial en el moment d'atorgar testament, el notari ha d'aplicar el que estableix aquest Codi i, de forma supletòria, la legislació notarial», suprimíendose en la tramitación parlamentaria este último inciso e igualmente el artículo 421-10 sufrió una modificación en el trámite parlamentario pues en el proyecto presentado al Parlament declaraba que en «l'atorgament del testament notarial, no cal la intervenció de testimonis, llevat que concorrin circumstàncies especials en el testador o que aquesto el notari ho demanin. I que concorren circumstàncies especials en el testador si per qualsevol causa no sapo no pot signar o declara que no sap o no pot llegir per si mateix el testament» desapareciendo por enmienda de dos grupos parlamentarios aquel inciso, esto es, que solo concurren circunstancias especiales en el testador si por cualquier causa no sabe o no puede firmar pero no cuando no sabe o no puede leer por sí mismo el testamento, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición adicional citada. El origen de la reforma según explica el Preámbulo de la llei tiene como fundamento la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, y que forma parte, a todos los efectos, del ordenamiento jurídico español desde el 3 de mayo de 2008, así como la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea. Y su finalidad la de situar a las personas con discapacidad sensorial, ya sea temporal o permanente, en igualdad de condiciones respecto a las demás personas en lo que se refiere al ejercicio efectivo de sus derechos en el momento de otorgar un testamento ante notario. La ley considera que el hecho de sufrir una discapacidad sensorial determinada no debe ser, por sí mismo, una limitación en el momento de realizar determinados actos con eficacia jurídica, como es, en el ámbito de la presente ley, el hecho de otorgar testamento ante notario, constituyendo su objeto eliminar las restricciones que el Código Civil de Cataluña establece a las personas con discapacidad sensorial, ya sea temporal o permanente, en el momento de realizar actos de naturaleza sucesoria, y situarlas en plano de igualdad con las personas que no tienen esta discapacidad cuando otorgan testamento y ordenan sus últimas voluntades. Para ello deja que sea el notario quien, en cada caso y en función de las circunstancias personales del otorgante, valore su capacidad de comprensión y sus habilidades comunicativas, tenga o no discapacidad sensorial, y sea esta discapacidad temporal o permanente, de conformidad con lo establecido por las disposiciones del Código Civil de Cataluña. Se trata, en definitiva: «... de modificar las disposiciones del Código Civil de Cataluña en materia testamentaria que establecían restricciones para las personas con discapacidad sensorial, ya sea temporal o transitoria, que podían calificarse de discriminatorias. Estas personas ya pueden realizar actos jurídicos con plena eficacia, dado que la discapacidad sensorial que afecta a sus sentidos no restringe su autogobierno, porque son personas que pueden manifestar su voluntad consciente y libre y tienen facultades de comprensión y discernimiento para tomar las decisiones más adecuadas con relación al ámbito personal o patrimonial. Actualmente, con los avances tecnológicos existentes, no tiene ninguna justificación mantener en el Código Civil de Cataluña limitaciones específicas para los colectivos de personas con discapacidad sensorial, con el efecto, además, de que la designación colectiva de las personas con una disfunción de sus sentidos resulta discriminatoria. Hoy en día, estas carencias sensoriales pueden suplirse con alternativas de comunicación no verbal o con el uso de medios tecnológicos que otorgan una fiabilidad y una seguridad jurídica equivalentes a las que existen cuando quien se manifiesta es una persona sin este tipo de dis-

capacidad... Para lograr dicho objetivo, se modifica el redactado de varios artículos del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, a fin de eliminar cualquier trato discriminatorio hacia las personas con discapacidad sensorial, ya sea temporal o permanente, en materia testamentaria. Concretamente se modifican los cuatro artículos siguientes: en primer lugar, el artículo 421.8, relativo al testador que es una persona con discapacidad sensorial, en el momento del otorgamiento; en segundo lugar, el apartado 2 del artículo 421.10, que establece que no es necesaria la intervención de testigos cuando el testador es una persona con discapacidad sensorial». La ley entró en vigor al día siguiente de su publicación en el DOGC, salvo lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 421.8 que lo hizo a los seis meses de la publicación de la ley.

QUINTO.— El testamento discutido 1. En fecha 10 de abril de 2013 el Sr. David, acude a la Notaría de la Sra. Purificación Almansa y otorga un testamento abierto. 2. El Sr. David tenía en aquel momento unas importantes limitaciones de visión (0.02 de agudeza visual) al punto que no podía leer sin aparatos especiales y letra a letra. 3. La notaria constata que tiene a su juicio la capacidad necesaria. En el testamento instituye heredero universal de sus bienes a su hijo Pedro Jesús con una sustitución vulgar y revoca todo testamento anterior. 4. La notaria expresa que no hay ningún testigo por no ser necesario ni haberlo solicitado el testador ni la notaria. Afirma que procede a leerle el testamento por así indicarlo el testador después de haberle advertido de su derecho a leerlo por sí mismo y enterado manifiesta que es fiel expresión de su voluntad, firmando el testamento el Sr. Pedro Jesús junto con la notaria autorizante.

SEXTO.— Resolución del recurso de casación. Validez del testamento 1. La Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, instrumento de ratificación BOE de 21 de abril de 2008, instaura un nuevo sistema de protección hacia las personas con discapacidades que tiende a promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas así como promover el respeto de su dignidad inherente. 2. El tratado impone un cambio en la concepción de un sistema basado en la sustitución de la toma de decisiones de estas personas por otro en el que partiendo de su capacidad jurídica prevea un sistema de apoyos para hacer efectivo su ejercicio. 3. Los Estados parte deben adaptar la legislación para que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen a las personas con discapacidades salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos. 4. Esas salvaguardias deben asegurar, tal y como establece el tratado en su artículo 12.4, que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona. 5. La Convención de Nueva York reconoce —preámbulo letra e)— que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. 6. Establece que las personas con discapacidad —art. 1— incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectual o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y

efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. 7. Entiende discriminatoria —art. 2— cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. 8. Proclama —art. 5.1— que todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna y que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica, artículo 12.1. 9. Impone a los Estados parte —art. 5.2— que prohíban toda discriminación por motivos de discapacidad y que —art. 12.2— reconozcan que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 10. Para hacer efectivo este derecho —art. 12.3— los Estados deben adoptar las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica asegurando que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos, lo que incluye —art. 12.5— que se tomen 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, etc. 11. El tratado aspira a que, partiendo de la plena capacidad jurídica de todas las personas, su ejercicio solo pueda condicionarse por razones de discapacidad mediante un sistema de apoyos, salvaguardias o ajustes razonables, personalizados según la clase, el grado de la discapacidad y su incidencia para la adopción de las decisiones con plena eficacia jurídica. Esta graduación puede ser tan diversa como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla su vida. 12. Como dicen las STS (S. Sala Primera 282/2009, de 29 de abril, y 341/2014, de 1 de julio) la persona con discapacidad «sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacidad es solo una forma de protección», en la medida en que lo precise, lo que vendrá determinado por la incidencia efectiva que la limitación de sus facultades intelectivas y volitivas tenga en su autogobierno. 13. Los principios contenidos en los artículos 5 y 12.1 del Tratado deben inspirar toda resolución en esta materia. El legislador estatal y autonómico debe adaptar la legislación vigente en materia de ajustes razonables a la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad arbitrando los sistemas de apoyos que entienda adecuados en cada caso en tanto que la Convención no olvida, como no podía ser menos, los riesgos inherentes a la vulnerabilidad de las personas con discapacidad. 14. Así se ha venido haciendo aunque no de forma sistemática en algunas leyes (así Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por la que se modificaron una serie de leyes sociales; Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; Ley 15/2015, de 2 de julio, modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones; Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizarla participación

de las personas con discapacidad sin exclusiones y Ley Orgánica 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General para garantiza el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad), sin perjuicio de que en sus aspectos civiles la adaptación o recepción general de la CNY 2006 se halla prevista tanto para el Código Civil como para las leyes procesales en el Proyecto de ley 121/000027 (Boletín Oficial de las Cortes Generales de 17 de julio de 2020) por el que se pretende reformar la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. 15. En Cataluña, el libro II del Código Civil de Cataluña aprobado por Llei 25/2010 de 29 de julio tuvo en cuenta según su preámbulo la CNY de 2006, y como hemos expuesto, la llei 6/2019 de 23 de octubre, actualiza el libro IV del CCCat relativo a las sucesiones, para garantizar la igualdad de derechos y la no discriminación de las personas con discapacidad sensorial. 16. Los jueces, en tanto la legislación no se halle plenamente adaptada, debemos aplicar e interpretar las normas en vigor a la luz de los principios contenidos en la Convención. Así lo tiene proclamado el Tribunal Supremo, Sala Primera entre otras en la STS 654/2020 de 3 de diciembre. Ello sentado, el recurso debe ser estimado. 17. Ciertamente no existe doctrina de la Sala respecto de la cuestión planteada pues no la constituye una sola sentencia a tenor del artículo 3 a) de la llei de 5 de marzo de 2012, según nuestro acuerdo no jurisdiccional de 22 de marzo de 2012. 18. Actualmente, la necesidad de la comparecencia de los testigos para suplir la dificultad o pérdida de visión del testador que le impedía leer por sí mismo el testamento, como entendimos en nuestra sentencia de 30 de mayo de 2016, a la que aluden las resoluciones de instancia, ha sido percibida por el legislador en la llei 6/2019 como una medida de apoyo innecesaria y discriminatoria en tanto que la persona que por razones sensoriales carece de la capacidad de leer por sí misma el documento puede enterarse de su contenido con la lectura hecha por el notario y, si lo cree pertinente, puede solicitar de conformidad la disposición adicional segunda de la llei que se le arbitren otras medidas técnicas que puedan suplir el impedimento. Nótese que sin perjuicio de que el notario deba ofrecer al testador el apoyo y los medios necesarios para testar en función de la clase de impedimento o dificultad sensorial que presente en su capacidad de comprensión y sus habilidades comunicativas, es este último quien ha de solicitar el documento en sistema braille cuando las dificultades afecten al sentido de la vista. 19. Es revelador del desigño del legislador el debate de aprobación de la llei citada que tuvo lugar el día 9 de octubre de 2019 y que por su interés reproducimos en parte: «... davant d'una iniciativa que ens fa atotes i a tots més iguals i que barra el pas a algunes solucions legislatives que si bé en el seu dia podien tenir un caràcter protector o tuïtiu, han es devingut clarament discriminatòries, com algú també s'hi ha referit. El pas del temps, el progrés social, els canvis normatius i el desenvolupament tecnològic han fet que aquestes previsions, encara vigents, hagin perdut tot el seu sentit. D'altra banda, per mitjà de la modificació del segon apartat de l'article 421.10, es capgira totalment la regla sobre la necessitat que intervinguin testimonis en l'atorgament del testament notarial. Així, si fins ara s'entenia que la intervenció de testimonis era necessària en el supòsit que la persona testadora fos cega o sorda, ara s'estableix el principi totalment contrari, atès que el nou article 421.10.2 estableix que concorren circumstàncies especials en el testador si per qualsevol causano pot, no sap o no pot signar, i afirma seguidament que no es considera que hi concorrin circumstàncies especials pel fet que tingui una discapacitat sensorial. '...una fortalesa i per tant d'una importància cabdal, i

pergarantirne la seva plena efectivitat, la disposició adicional afirma que, de conformitat amb el que estableixen els articles 421.8, 421.10, 421.14 del Codi civil de Catalunya, i a sol·licitud del testador en l'atorgament de testaments, s'ha d'utilitzar el braille, la llengua de signes, la lectura labial o altres mitjans lingüístics o tècnics que permetin de suplir la discapacitat sensorial que afecti la comprensió oral, la lectura o l'escriptura.» 20. Es cierto que la llei 6/2019 no se hallaba en vigor ni cuando se otorgó el testamento objeto del pleito ni cuando se presentó la demanda y que el recurrente no pretende tampoco en su recurso su directa aplicación. Sí es esclarecedora de lo que el legislador considera ahora como apoyos adecuados en el caso de que el testador tenga alguna discapacidad de carácter sensorial y en función de ella. 21. En el presente caso, el testador podía realizar actos jurídicos con plena eficacia dado que la discapacidad sensorial que progresivamente fue afectando a su sentido de la vista no restringía su autogobierno pudiendo manifestar su voluntad consciente y libremente con la debida comprensión y discernimiento y así lo había hecho en anteriores ocasiones en actos dispositivos inter vivos. 22. Debemos entonces valorar si con arreglo a los principios antes expuestos cuando no se ha discutido la plena capacidad del testador para adoptar sus propias decisiones ni se hallaba privado por completo del sentido de la vista, la presencia de dos testigos resultaba imprescindible para validar el testamento. 23. La respuesta debe ser negativa. El artículo 421-10.2 en la redacción vigente cuando se interpuso la demanda, establecía que: Concurren circunstancias especiales en el testador si es ciego o sordo y si por cualquier causa no sabe o no puede firmar o declara que no sabe o no puede leer por sí solo el testamento. 24. La situación del Sr. David no era equiparable jurídicamente a la del ciego en orden a su capacidad y formalidades para otorgar testamento aunque sus limitaciones visuales fuesen tan importantes que le impidieran leer si no era con aparatos especiales —que no constan utilizados— y carácter a carácter. No cabe una interpretación extensiva de lo que suponía una restricción. 25. De esta forma, interpretando el precepto legal a la luz de la Convención de Nueva York, en la medida en que el testador no era propiamente ciego y sí podía firmar, debemos entender que si no consideró necesario expresar o declarar a la Notaría que no podía leer el documento por sí mismo era porque juzgaba que con la lectura del testamento por parte de la fedataria pública era suficiente por recoger su manifestación de voluntad (en un testamento por demás muy simple) como así consta en el instrumento público otorgado, resultando por ello innecesaria la presencia de dos testigos para la plena validez del acto».

Con buen juicio y ante la complejidad de las cuestiones planteadas no se imponen costas y procede la devolución de los depósitos consignados.

VI. CONCLUSIONES

PRIMERA.—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, llena tanto de virtudes y aciertos, como de próximas mejoras, es ya una norma de consolidada presencia institucional en nuestro ordenamiento.

SEGUNDO.—Entre los grandes extremos destacables de la anterior norma, en este estudio hemos querido subrayar los referidos a las personas con discapacidad sensorial y, en particular, a quienes lo sean con ceguera completa, legal o baja visión. El protagonismo conferido a la persona y a su ejercicio de

capacidad jurídica, así como al sistema de apoyos prevenidos en la Ley, permiten al sujeto titular de estos derechos emanciparse de los encorsetamientos con los que se pretendía garantizar su voluntad testamentaria. Por fin, con las cautelas necesarias, ya tiene abierta la posibilidad de celebrar testamento no solo abierto, sino también el notarial cerrado.

TERCERO.—Tanto la legislación catalana, Ley 6/2019, de 23 de octubre, de modificación del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, para garantizar la igualdad de derechos y la no discriminación de las personas con discapacidad sensorial, que como es evidente es anterior en el tiempo a la propia Ley 8/2021, tienen presente las nuevas tecnologías y los distintos lenguajes que podría usar una persona con discapacidad visual, como elementos plenamente válidos.

CUARTO.—La prueba biométrica y, muy especialmente, la basada en el reconocimiento de la voz, como es el caso de Biometric Vox y la ONCE, que impulsan la firma electrónica avanzada, por voz, para las personas ciegas y/o con brecha digital, auguran un futuro inmediato intensamente renovado por estas tecnologías facilitadoras y capaces de proporcionar el apoyo y autonomía de la persona con discapacidad.

QUINTO.—En justa consecuencia, las innovaciones tecnológicas incorporadas al texto común, auguran no solamente que progresivamente lo harán los especiales —es más, el Derecho sucesorio catalán es pionero—, enfatizando, quizás, una nueva categoría electrónica, como la recién mencionada huella biométrica por voz, conjugando distintos lenguajes capaces de garantizar la titularidad de sus derechos y tutelarlos. En definitiva, el ordenamiento está dirigido a los sujetos de derecho, asistiendo sus intereses y expectativas, sin ninguna discriminación.

SEXTO.—No es la primera ocasión en que nos aventuramos a la evidencia de este presente inmediato; así nos cuestionamos la entera autografía y firma habitual en el testamento ológrafo como requisitos intrínsecos y esenciales: nuevas tecnologías y firma electrónica ¿reformulación de las fórmulas testamentarias clásicas? Pese a lo afirmado hasta ahora acerca de la preceptiva concurrencia de los requisitos sobre el testamento ológrafo, nada impide que el legislador autorice o equipare firma autográfica y firma electrónica u otro procedimiento de similares características, y que la etimología (gr. holos=todo, entero + grafo=escribir) acoja además de la acepción de autógrafo o de puño y letra, la de la «autografía» por algún medio electrónico que garantice la autoría del disponente. Y, si ejemplos ha dado el poder legislativo contemporáneo sobre la necesaria adaptación de los diccionarios a las nuevas formulaciones de instituciones familiares (v.gr. matrimonio), a mayor abundamiento nos los proporciona la evolución histórica y la conservación de la denominación institucional de distintas figuras cuyo contenido y perfil ha sido, radicalmente, desdibujado de lo que fueran sus orígenes y antecedentes jurídicos.

FINAL.—Reiteramos que en el caso de las personas con discapacidad visual (y no solo para ellas) la prueba biométrica y, muy especialmente, la basada en el reconocimiento de la voz, como es el caso de Biometric Vox y la ONCE, que impulsan la firma electrónica avanzada, por voz, para las personas ciegas y/o con brecha digital, auguran un futuro inmediato intensamente renovado por estas tecnologías facilitadoras y capaces de proporcionar el apoyo y autonomía de la persona con discapacidad. Es más, no solo por razón de brecha digital ni por discapacidad, sino por tratarse de un medio garantista y facilitador, frente a otros sistemas que ya se adivinan superados por las novedades de un mundo en constante reformulación y cuestionamiento de los que parecían pilares fundamentales del ámbito sucesorio y acreditativo de la identidad del sujeto actuante.

VII. BIBLIOGRAFÍA CITADA

Además de la citada a nota a pie de página:

- ARRIMADAS GARCÍA (2005), Algunas notas sobre los testamentos especiales, *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, Tomo VIII, Coimbra.
- BLANQUER UBEROS, (1991), Comentario a la sección quinta Del testamento abierto. Artículo 694 a 705 del Código Civil en Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch, (Dirs.), Comentario del Código Civil, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1752 a 1784.
- BUSTO LAGO, (2008), La sucesión testada en la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia, *RCDI*, 705, 23 y sigs.
- DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, (2021), El testamento, en *Manual de Derecho civil*, Vol. VI. Derecho de sucesiones, (Dir. Llamas Pombo) La Ley, Madrid, 2021.
- FELIÚ REY, (1991), Breve apunte crítico al Proyecto de Ley sobre supresión de testigos en los testamentos, *RCDI*, 607, 2261 y sigs.
- FERREIRA, (1993), La idoneidad de los testigos en los testamentos, *RCDI*, 617, 863 y sigs.
- FRANCISCO SÁNCHEZ, (1913), Testamento del ciego. Siete testigos. Dos lecturas, *La Notaría*, LV, 1, 6 y sigs.
- GONZÁLEZ PORRAS, (1987), Comentario de los artículos 697 y 698. Sección: Sección Quinta. Del testamento abierto, *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, Vol. 1 B, Edersa, Madrid.
- INCIBE, Tecnologías biométricas aplicadas a la ciberseguridad. Una guía de aproximación para el empresario, https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiy_N61p4v7AhWRyYUKHTIBBAsQFnoECAGQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.incibe.es%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fcontenidos%2Fguias%2Fdoc%2Fguia_tecnologias_biometricas_aplicadas_ciberseguridad_metad.pdf&usg=AOvVaw0tcOkWLR6bGfMl4yiO033k (visitado en octubre de 2022)
- LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, (1998), *Elementos de Derecho Civil*, V, Derecho de Sucesiones, Bosch editor, Barcelona, reimpresión de 1992, 233.
- LASARTE ÁLVAREZ, (2008 y 2009) *Principios de Derecho Civil I*, Parte General y Derecho de la Persona, Madrid, 15.ª ed.; *Principios de Derecho Civil VII*, Derecho de Sucesiones, Madrid, 5.ª ed.
- MARTÍNEZ ESPÍN, (2009), Comentarios a la Sección quinta Del testamento abierto, *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), Aranzadi-Thomson, Madrid, 3.ª ed., 857 a 867.
- MORENO FLÓREZ, Comentario de la STS de 8 de septiembre de 2021 (589/2021). Curatela asistencial para una persona con discapacidad psíquica, 186 y sigs. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjZwMO2w4v7AhUAhf0HHchDDvUQFnoECDQQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.boe.es%2Fbiblioteca_juridica%2Fcomentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil%2Ffabrir_pdf.php%3Fid%3DCOM-D-2021-8&usg=AOvVaw1LaMikxV_1HGHRoPEMnNW3 (visitado octubre 2022).
- MORETÓN SANZ, (2010), Discapacidad sensorial y testamento abierto notarial: el testamento de persona ciega como testamento ordinario dotado de mayores garantías, su conciliación con el principio de presunción de capacidad y el de *favor testamenti*, *RCDI*, 86, 720, 1848-1864.

- (2022), La familia ante un laberinto de situaciones adjetivas: discapacidad, dependencia, baremos, OMS y CIE-11 (La persona y el nuevo sistema de apoyos a su capacidad jurídica: notas definitorias, claves y soluciones), *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 33, (Ejemplar dedicado a: La humanización de la justicia civil de familia), 163 a 178.
- MUÑIZ PÉREZ, *En busca del paraíso perdido: los paraísos fiscales hoy. Crisis y competitividad hoy*, Navarra, 2021.
- NAGORE YÁRNOZ, (1998), Comentarios a la Sección: *Capítulo segundo. De las formas del testamento*, Tomo XXXVII-1.º. Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, Edersa, Madrid.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, (2005), Comentarios a la Sección: Capítulo IV. De la nacionalidad y vecindad civil de la Ley del Registro Civil, artículo 65, *Comentarios al Código Civil*, Tomo IV, 3, Artículos 40 al final de la Ley del Registro Civil, Madrid, Edersa.
- ROCA SASTRE, (1995), *Derecho de sucesiones I*, Barcelona, 2.^a ed.
- (1940). Crítica institucional del Código Civil, *RDCI*, XVI, 148, 497 a 515.
- ROCA DE LAQUE, (1970), Comentario a la Sentencia de 8 de abril de 1969: Testamento del ciego. Necesidad de la firma en el testamento del ciego. Eficacia de la firma en general. Eficacia en los distintos tipos de testamentos, *Revista Jurídica de Cataluña*, 69, 2, 301 a 322.
- SILVERIO SANDOVAL, (1999), El testamento en soporte digital y la firma biométrica, *BMJ*, LXXIII, sep., 2.222, págs. 3 y sigs.

VIII. SENTENCIAS CITADAS

- STS de 8 de abril de 1969
- STS de 12 de abril de 1973
- STS de 26 de diciembre de 1992
- STS de 27 de noviembre de 1995
- STS de 18 de mayo de 1998
- STS de 11 de noviembre de 1999
- STS de 15 de febrero de 2001
- STS de 19 de mayo de 2004
- STS de 26 de abril de 2008
- STS de 21 de enero de 2010
- STS de 8 de septiembre de 2021

SENTENCIAS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ de Cataluña, de 16 de marzo de 2021
- STSJ de Cataluña, de 4 de febrero de 2002

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP de Cádiz, de 7 de junio de 2022
- SAP de Barcelona, Barcelona, 24 de noviembre de 2021.
- SAP de Les Illes Balears, de 5 de junio de 2020
- SAP de Lleida, de 23 de diciembre de 2020
- SAP de Madrid, de 22 de junio de 2005

NOTAS

¹ Este artículo es uno de los frutos del Proyecto que lleva por título EJES DE LA JUSTICIA EN TIEMPOS DE CAMBIO (EJEJUSTICAM). en el marco del Programa Estatal de Generación de Conocimiento y Fortalecimiento Científico y Tecnológico del Sistema de I+D+i y del Programa Estatal de I+D+i Orientada a los Retos de la Sociedad, del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2017-2020, siendo IP 1 la Profesora Sonia CALAZA LÓPEZ e IP 2 el Profesor José Carlos MUINELLO COBO, ambos de la UNED y de Transición Digital de la Justicia, Proyecto estratégico orientado a la transición ecológica y digital del Plan Estatal de investigación científica, técnica y de innovación 2021-2023 Next Generation UE. RED. 2021-1300788-100.

² Algunas notas sobre los testamentos especiales, *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo*, Tomo VIII, Coimbra, 2005, 980.

³ *Ibídem*, 983.

⁴ Esta pretensión del Derecho institucional o estructural —entendido como un Derecho que fija las líneas fundamentales o los perfiles constitutivos de las instituciones jurídicas que construye los tipos o fórmulas básicas con los cuales el Derecho positivo se llena de contenido, eligiendo de entre los modelos institucionales el que más se adapta a las necesidades y convicciones jurídicas de cada momento y de cada pueblo—, ha sido reiteradamente reclamada por la mejor doctrina. Así y sobre esta cuestión ROCA SASTRE destacaba la deficiencia institucional de nuestro Código al haberse nutrido, en particular el derecho sucesorio, de principios tan antagónicos como contradictorios. En especial, la responsabilidad personal e ilimitada por las deudas hereditarias (de raíz romana), se dibuja únicamente como un principio positivo singular, contradicho por el común entendimiento jurisprudencial de la herencia como un remanente económico (de raíz germánica). Es por ello, que al responder a dos sistemas institucionales tan diferentes como el romano y el germánico, «al llenar las lagunas fatalmente existentes en los Códigos, los principios inspiradores de la institución constituirán una abundante cantera». Crítica institucional del Código Civil, *RDCI*, XVI, 148, 1940, 497 a 515, *vid.*, de la autora de estas líneas, Concurrencia de la sucesión testada e intestada: herencia de causante intestada por la premoriencia de heredero testamentario, *RCDI*, 777, 544 y sigs.

⁵ Población con discapacidad o limitación según tipo de deficiencia de origen por edad y sexo, en unidades por miles de personas: Deficiencias visuales 799,1; Ceguera total 47,6; Mala visión 750,0 <https://www.ine.es/jaxi/Datos.htm?path=/t15/p418/a2008/hogares/p01/modulo1/0/&file=01010.px>

⁶ De conformidad al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos), son «datos biométricos»: los datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos. *Vid.* INCIBE, *Tecnologías biométricas aplicadas a la ciberseguridad*. Una guía de aproximación para el empresario, teniendo en cuenta que «la biometría es un método de reconocimiento de personas basado en sus características fisiológicas o de comportamiento. Se trata de un proceso similar al que habitualmente realiza el ser humano reconociendo e identificando a sus congéneres por su aspecto físico, su voz, su forma de andar, etc.», existen en primer lugar, las Tecnologías biométricas fisiológicas: Huella dactilar, reconocimiento facial, Reconocimiento de iris, Reconocimiento de la geometría de la mano, Reconocimiento de retina, Reconocimiento vascular, Otras formas de biometría fisiológica y, en segundo, las Tecnologías biométricas de comportamiento, como el Reconocimiento de firma, Reconocimiento de escritor, Reconocimiento de voz, Reconocimiento de escritura de teclado, Reconocimiento de la forma de andar https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwiy_N61p4v7AhWRyYUKHTIBBAsQFnoECAGQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.incibe.es%2Fsites%2Fdefault%2Ffiles%2Fcontenidos%2Fguias%2Fdoc%2Fguia_tecnologias_biometricas_aplicadas_ciberseguridad_metad.pdf&usg=AOvVaw0tcOkWLR6bGfML4yiO033k (visitado en octubre de 2022).

⁷ Vid., Discapacidad sensorial y testamento abierto notarial: el testamento de persona ciega como testamento ordinario dotado de mayores garantías, su conciliación con el principio de presunción de capacidad y el de «favor testamenti», *RCDI*, 86, 720, 2010, 1848 a 1864 y la bibliografía allí citada.

⁸ Doctrinalmente calificado como especial y, para otra línea, como variantes y excepciones del ordinario y especial así, DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ [vid., El testamento, en *Manual de Derecho civil*, Vol. VI. Derecho de sucesiones, (Dir. Llamas Pombo) La Ley, Madrid, 2021, 233], siguiendo la estela del clásico LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA (*Elementos de Derecho civil*, V, Derecho de sucesiones, Bosch Ed., Barcelona, 1988, reimpresión 1992, 233) quienes lo integran entre las particulares formas testamentarias, como variante del testamento notarial abierto (remitiéndose a la clásica sentencia del Tribunal Supremo de 12 de abril de 1973, por lo que como el sordo habrá de estar enteramente ciego, salvo que la lesión o defecto visual alcance el grado suficiente para impedirle la lectura y la estampación de su firma). Por su parte, ROCA SASTRE, *Derecho de sucesiones*, Tomo I, Bosch, 1995, Barcelona, 2.^a ed., ampliada de la 1.^a de 1989, afirma que el testamento abierto, es un tipo o concepto genérico. Como testamento especial abierto lo adjetivaba el Prof. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil VII*, Derecho de Sucesiones, Madrid, 2008, 5.^a ed., 62. En sentido estricto, una cuestión es la conceptualización y diferenciación formal testamentaria tipificada por el artículo 687 del Código Civil, y otra, las especialidades, modalidades o particularidades de ciertas de las categorías allí previstas.

⁹ Apreciése: del texto original y el persistente artículo 708. No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer; con la redacción que sería modificada en los términos ya vistos y que a renglón seguido ratificaremos, del artículo 709. Los sordomudos y los que no puedan hablar, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente: 1.º El testamento ha de estar todo escrito y firmado por el testador, con expresión del lugar, día, mes y año. 2.º Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del notario y de los cinco testigos, que aquel pliego contiene su testamento, y que está escrito y firmado por él. 3.º A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el artículo 707, en lo que sea aplicable al caso. Por su parte, el artículo único de la Ley 30/1991, de 20 de diciembre: imperturbable el artículo 708. No pueden hacer testamento cerrado los ciegos y los que no sepan o no puedan leer; tímida reforma del artículo 709. Los que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente: 1.º El testamento ha de estar firmado por el testador. En cuanto a los demás requisitos, se estará a lo dispuesto en el artículo 706. 2.º Al hacer su presentación, el testador escribirá en la parte superior de la cubierta, a presencia del notario, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando cómo está escrito y que está firmado por él. 3.º A continuación de lo escrito por el testador se extenderá el acta de otorgamiento, dando fe el notario de haberse cumplido lo prevenido en el número anterior y lo demás que se dispone en el artículo 707 en lo que sea aplicable al caso. Para, en el momento de redactar estas líneas, el artículo 708 se redacta con el siguiente tenor: No pueden hacer testamento cerrado las personas que no sepan o no puedan leer. Las personas con discapacidad visual podrán otorgarlo, utilizando medios mecánicos o tecnológicos que les permitan escribirlo y leerlo, siempre que se observen los restantes requisitos de validez establecidos en este Código. Y se modifica el inciso inicial del artículo 709 y se añade un último párrafo, en los términos siguientes: Las personas que no puedan expresarse verbalmente, pero sí escribir, podrán otorgar testamento cerrado, observándose lo siguiente: Las personas con discapacidad visual, al hacer la presentación del testamento, deberán haber expresado en la cubierta, por medios mecánicos o tecnológicos que les permitan leer lo escrito, que dentro de ella se contiene su testamento, expresando el medio empleado y que el testamento está firmado por ellas.

¹⁰ Vid., DOMÍNGUEZ LUELMO y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, El testamento, en *Manual de Derecho civil*, Vol. VI. Derecho de sucesiones, (Dir. Llamas Pombo) La Ley, Madrid, 2021, 226 y sigs.

¹¹ Sobre la definición general de discapacidad, vid., últ. La familia ante un laberinto de situaciones adjetivas: discapacidad, dependencia, baremos, OMS y CIE-11 (La persona y el

nuevo sistema de apoyos a su capacidad jurídica: notas definitorias, claves y soluciones), *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 33, 2022 (Ejemplar dedicado a: La humanización de la justicia civil de familia), 163 a 178.

¹² Exposición de motivos de la Ley.

¹³ LASARTE ÁLVAREZ, op. cit., 60.

¹⁴ «El testador expresará su última voluntad al Notario y a los testigos. Redactado el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes día y hora de su otorgamiento, se leerá 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 y los testigos que puedan hacerlo.— Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él y a su ruego, uno de los testigos instrumentales y otra persona, dando fe de ello el Notario. Lo mismo se hará cuando alguno de los testigos o puedan firmar.— El Notario hará siempre constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento» [vid., las apreciaciones de BLANQUER UBEROS, Comentario al artículo 695 del Código Civil en Paz-Ares Rodríguez, Díez-Picazo Ponce de León, Bercovitz, Salvador Coderch, (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, 755 a 1759].

¹⁵ LACRUZ BERDEJO y SANCHO REBULLIDA, *Elementos de Derecho Civil*, V, Derecho de Sucesiones, Bosch editor, Barcelona, 1988, reimpresión de 1992, 233.

¹⁶ Roj: SAP B 13694/2021-ECLI:ES:APB:2021:13694, Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Barcelona, 24 de noviembre de 2021.

«5. La sentencia del Tribunal de Justicia de Catalunya de 30/5/16 razona en los fundamentos jurídicos quinto y sexto, la exigencia de la intervención de testigos en el testamento del ciego en Catalunya, y analiza todo el derecho histórico catalán desde los Usatges i altres drets de Catalunya (donde era necesaria la intervención de 7 testigos), los textos precompilatorios (que también requerían la presencia de 7 testigos para la validez del testamento del ciego), la Compilación del derecho civil de Catalunya de 21/7/60 (como remisión al Código Civil estatal, cuyo artículo 694 en su versión original exigía la presencia de 3 testigos en todo testamento notarial abierto, frente a los 2 testigos que exigía la Compilación, y a partir de la reforma operada por Ley 30/1991, la presencia de 2 testigos en el testamento del ciego ex art. 697), el Código de Sucesiones aprobado por Ley 40/1991 (cuyo art. 107 no exigía la presencia de testigos en el testamento notarial en línea con la Ley estatal 30/1991, salvo en el caso del testamento del ciego en que los testigos debían ser 2) y, finalmente, los artículos 421.10 y 421.11 del Código Civil de Catalunya (que exigen la intervención de dos testigos en el testamento notarial de la persona ciega).

La sentencia concluye que habiendo quedado probado que en el caso del testamento otorgado el 24/1/06 no existieron testigos, no constando «en la escritura ni su identidad, ni su idoneidad, que el Notario debería haber valorado, ni advertencias del Notario respecto de sus derechos, en relación con la discapacidad del testador, ni cabe tener como testigos a quienes, en su caso, concurrieron al otorgamiento en otra condición», y siendo exigible la presencia de testigos tanto de conformidad con el Código de Sucesiones aprobado por Ley 40/1991, de 30 de diciembre, bajo cuya vigencia se otorgó el testamento de autos, como de acuerdo con lo estipulado en el Código Civil de Catalunya, tratándose este de un requisito de forma, y no de una mera formalidad, la consecuencia del incumplimiento de tal requisito no podía ser otra que la prevista en la norma, la nulidad (art. 125 CS y 422.1.1 CCC).

Razonó dicha sentencia, en cuanto a la distinción entre forma y formalidad como requisitos cuya omisión y carácter esencial condicionan la validez del testamento, que la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Barcelona recurrida en casación no vulneró la doctrina de esa Sala ni la del Tribunal Supremo y analizó las sentencias a que se habían referido tanto la sentencia dictada en primera instancia como la dictada en apelación. La STJC 1/992, que distinguía entre forma y formalidad, se refería a un supuesto en el que no se discutía la presencia de testigos (que estaban presentes) sino la ausencia de la firma de uno de ellos, por lo que el caso no era equiparable al de autos. La STJC 48/2013, que también distinguía entre forma y formalidad, se refería a la ausencia de mención del lugar del otorgamiento del testamento ológrafo y no a la presencia de testigos. Y la STS 11/12/09 tampoco servía para sustentar la tesis de la irrelevancia de testigos en el testamento del ciego porque la Audiencia Provincial había declarado que el testador no era ciego.

6. Pues bien, siendo tan evidente la exigencia de testigos (dos según el art. 108 CS) en el otorgamiento del testamento de la persona ciega en el artículo 107 del CS («No será necesaria la intervención de testigos en el otorgamiento del testamento notarial salvo que concurren circunstancias especiales en el testador, o que este o el notario lo soliciten. Se considerará que concurren circunstancias especiales en el testador cuando este sea ciego o completamente sordo y cuando por cualquier causa no sepa o no pueda firmar o declare que no sabe o no puede leer por sí mismo el testamento»), no resulta lógica la explicación del demandado en el sentido de interpretar que no eran necesarios testigos siempre que la persona ciega supiese firmar. En primer lugar, porque la literalidad del precepto es tan diáfana que no hacen falta interpretaciones auxiliares. En segundo lugar porque dicha interpretación se compeadece mal con lo declarado por el Sr. Landelino en el acto de juicio oral en el sentido de que los 6 o 7 testamentos de persona ciega que había autorizado con anterioridad lo habían sido con presencia de testigos, lo mismo que, sin género alguno de duda declaró el testigo Don Pablo, en el sentido de que tanto la normativa catalana como la común siempre han exigido la presencia de testigos en el testamento de la persona ciega. También carece por completo de lógica leer en el texto del precepto «y en tanto» por «y cuando», puesto que se trata de una alteración injustificada del texto de la norma que claramente considera necesaria la intervención de testigos en el testamento del testador «cuando este sea ciego o completamente sordo», «y», además, «cuando por cualquier causa no sepa o no pueda firmar o declare que no sabe o no puede leer por sí mismo el testamento».

Como hemos apuntado, la diligencia media que ha de exigirse al notario no es la del buen padre de familia sino que debe ser bastante elevada habida cuenta de la especial cualificación profesional de dichos profesionales del Derecho con una valiosa formación jurídica, lo que implica una elevación del estándar de diligencia que les es exigible. En efecto, el Notario es un funcionario público y un profesional del Derecho, especializado en Derecho Notarial y en Derecho sustantivo privado, con el consiguiente deber de conocer las leyes y de aplicarlas e interpretarlas de forma correcta y apropiada. No estaríamos ante un supuesto de falta de diligencia en aquellos casos en que la nulidad derive de un problema de interpretación jurídica especialmente compleja/o controvertida (es el caso de la STS de 15/11/02). Es decir, no puede entenderse que ha actuado de forma negligente el notario que ha realizado una interpretación coherente y técnicamente admisible de una cuestión discutible desde un punto de vista jurídico.

Según una jurisprudencia también suficientemente conocida, el acto testamentario ha de ajustarse de forma rigurosa a las solemnidades establecidas en la ley [entre otras, SSTS de 19 de junio de 1958 y 25 abril 1991], lo cual obliga al cumplimiento riguroso de los requisitos extrínsecos y a interpretarlos rigurosamente [STS de 27 de septiembre de 1968], por lo que cualquier notario habrá de ser especialmente prudente, cauteloso y diligente en la observancia de dichos requisitos formales.

En el caso de autos, no se trató de una ignorancia de la norma porque el Notario reconoció que la conocía y que siempre había exigido la presencia de testigos, luego si pese a conocer la norma omitió cumplirla realizando una interpretación extraña a su tenor literal y a la práctica notarial, dicha conducta no puede sino calificarse de negligente y de ausente de prudencia, al no tener en cuenta las consecuencias de tal proceder que eran la posible nulidad de un testamento así autorizado y que el demandado conocía (o debía, sin duda, conocer), sin que, en consecuencia, pueda calificarse de excusable. Tampoco estamos en presencia de una cuestión jurídicamente compleja o controvertida que justificase una determinada interpretación de la norma y, en consecuencia, la ausencia de responsabilidad».

¹⁷ Roj: SAP CA 1657/2022 - ECLI:ES:APCA:2022:1657.

¹⁸ Comentario de los artículos 697 y 698. Sección: Sección Quinta. Del testamento abierto, *Comentarios al Código Civil*, Tomo IX, Vol. 1 B, Edersa, Madrid, 1987. Vid., también Cfr., con la mejor doctrina, en la terminología de su tiempo aseveraba «la posibilidad de que una persona invidente pudiera gozar de la “testamentifacción activa” es algo que desde siempre le fue concedido» (GONZÁLEZ PORRAS, Comentario de los artículos 697 y 698. Sección: Sección Quinta. Del testamento abierto, *Comentarios al Código Civil*, tomo IX, Vol. 1 B, Edersa, Madrid, 1987). Nótese su tratamiento como concesión del ordenamiento y no de un derecho, del que en sentido técnico en esos momentos ya eran titulares quienes no

presentaran esta circunstancia visual. Vid., también ROCA DE LAQUE, «Comentario a la Sentencia de 8 de abril de 1969, Testamento del ciego. Necesidad de la firma en el testamento del ciego. Eficacia de la firma en general. Eficacia en los distintos tipos de testamentos, *Revista jurídica de Cataluña*, Vol. 69, núm. 2, 1970, 301 a 322.

¹⁹ Con carácter previo a la Ley 8/2021, tan esperada como demorada en el tiempo, hemos de traer a colación otras conquistas legislativas que fueron reconociendo ciertos derechos, como el del voto secreto, a las personas con discapacidad visual, si bien especificándose el grado de la discapacidad que se reclama para ejercitar este derecho o, mejor, el porcentaje requerido para el voto de esta naturaleza. Ya es habitual la incorporación de esta calificación administrativa para concretar la aplicación incluso de vías especiales para el ejercicio de derechos fundamentales. Así, el Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, por el que se regula un procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio. Declara su exposición de motivos que «el artículo 9.2 de la Constitución española señala que los poderes públicos deben promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, remover los obstáculos que impidan su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. En esta misma línea, el artículo 49 de nuestra Carta Magna contiene un mandato para que dichos poderes públicos realicen una política de integración de las personas con discapacidad y las amparen en el ejercicio de sus derechos. Por su parte, la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, y la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, establecen el marco normativo de plena ciudadanía y de inclusión de las personas con discapacidad en el medio social, a cuyo fin los poderes públicos adoptarán medidas contra la discriminación y medidas de acción positiva para asegurar la participación de estas personas en todas las esferas, incluida la vida política y los procesos electorales». Dicho lo cual el artículo 3 preceptúa sobre la Comunicación de la utilización del procedimiento de voto accesible: «1. Las personas con discapacidad visual que conozcan el sistema de lecto-escritura braille y tengan reconocido un grado de minusvalía igual o superior al 33 por ciento o sean afiliados a la Organización Nacional de Ciegos Españoles». Por su parte la Orden INT/3817/2007, de 21 de diciembre, desarrolla el procedimiento de voto accesible que facilita a las personas con discapacidad visual el ejercicio del derecho de sufragio, regulado en el Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre.

²⁰ En cuanto a sus novedades comparación con el trust y demás circunstancias tributarias, vid., MUÑIZ PÉREZ, En busca del paraíso perdido: los paraísos fiscales hoy. Crisis y competitividad hoy, Navarra, 2021.

²¹ Vid., Cortes Generales. Diario de sesiones del Congreso de los Diputados. Comisiones. IV Legislatura, año 1991, número 308, en particular, 8.738 y 8.743; Boletín Oficial de las Cortes Generales. Senado. IV Legislatura, 56 (b), 24 de octubre de 1991, 5.

²² BOE de 23 de diciembre, de 1991, 306.

²³ «Las personas ciegas que no pueden leer de forma autónoma el texto escrito en los papeles que tienen que firmar, nunca tienen la seguridad de estar firmando lo que realmente les han leído, hasta el punto, que la ley obliga a que vayan acompañadas de dos testigos cuando acuden a una firma ante notario. Por otra parte, los sistemas de firma electrónica son complejos de manejar para personas ciegas o mayores, lo cual se agrava si concurren ambas circunstancias. Además, evita desplazamientos innecesarios para la firma de determinados documentos, teniendo en cuenta que la movilidad reducida es otra de las características de la vida diaria de estas personas, tal y como se está haciendo actualmente con la firma de la aceptación de condiciones de voluntariado. El hecho de disponer en un mismo documento del texto a firmar y de la aceptación de todas las partes con su voz, da seguridad a los usuarios. ¿Cuál es vuestro proyecto a más corto plazo con esta tecnología? ¿A cuántas personas ciegas podría ayudar directamente? El proyecto realizado estaba enfocado a recopilar parte de las 5.000 firmas necesarias por este medio, sobre todo orientado al sector de personas *más* mayores condicionadas por la brecha digital. A futuro, podría apoyar a los 72.000 afiliados en distintos servicios. Biometric Vox y la ONCE impulsan la firma electrónica avanzada, por voz, para las personas ciegas y/o con brecha digital <https://biometricvox.com/blog/>

firox-post/biometric-vox-y-la-once-impulsan-la-firma-electronica-avanzada-por-voz-para-las-personas-ciegas-y-o-con-brecha-digital/ (visitada en octubre de 2022).

²⁴ Vid., MARTÍNEZ ESPÍN, Comentarios a la Sección quinta Del testamento abierto, *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), Aranzadi-Thomson, Madrid, 2009, 3.^a ed., 857 a 867.

²⁵ ROCA SASTRE, Derecho de sucesiones I, Barcelona, 1995, 2.^a ed., 181 y 182.

²⁶ Sobre el proyecto, vid., FELIÚ REY, Breve apunte crítico al Proyecto de Ley sobre supresión de testigos en los testamentos, *RCDI*, 607, 1991, 2.261 y sigs.; FERREIRA, La idoneidad de los testigos en los testamentos, *RCDI*, 617, 1993, 863 y sigs.

²⁷ [«La familia ante un laberinto de situaciones adjetivas: discapacidad, dependencia, baremos, OMS y CIE-11 (La persona y el nuevo sistema de apoyos a su capacidad jurídica: notas definitorias, claves y soluciones)», *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 33, 2022 (Ejemplar dedicado a: La humanización de la justicia civil de familia), 163 y 164]. Como afirmaba en la Conferencia «dictada» en el Seminario Permanente de Derecho civil y mercantil, XIV SEMINARIO DE DERECHO PRIVADO CURSO 2021/2022, dirigido por la Profesora Ana CAÑIZARES LASO, Catedrática de Derecho Civil, UMA y Paloma SABORIDO SÁNCHEZ. Prof. Titular de Derecho Civil, UMA, conferencia que tuvo la fortuna de titularse «El protagonismo de la discapacidad en el Derecho sucesorio: otra vuelta de tuerca», con las evidentes reminiscencias a la obra de Henry James, motivada por múltiples circunstancias. Una de ellas, las reticencias a estudiar de nuevo y reconstruir nuestros conocimientos con renovadas y diferentes bases y fundamentos. Así, en esta capital reforma, a la que ya nos hemos remitido nacida en el año 2003, casi desapercibida y confundida con la incapacitación, amén de la repetición del discurso del ámbito subjetivo para descender a la institución objeto de regulación. Para los civilistas fue un reto disruptivo de tal calibre, que al día de hoy y pese a la constitucional aplicación en virtud del artículo décimo del Convenio de las personas con discapacidad, cuyo Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, se publicó en el BOE del 21 de abril de 2008, como reitero, seguimos aún ante un crucial desafío sin zanjar.

²⁸ Por su parte, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, resuelve la cuestión en el artículo 184 en estos términos: «como excepción [al testamento abierto ordinario], habrá de concurrir testigos al otorgamiento del testamento ordinario cuando: 1.º Lo solicite el testador o el notario. 2.º El testador sea ciego, demente en intervalo lúcido o no sepa o no pueda leer o escribir» (vid., sobre la materia BUSTO LAGO, La sucesión testada en la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia, *RCDI*, 705, 2008, 23 y sigs.).

²⁹ Vid., NAGORE YÁRNOZ, Comentarios a la Sección: *Capítulo segundo. De las formas del testamento*, Tomo XXXVII-1.º. Leyes 148 a 252 de la Compilación o Fuero Nuevo de Navarra, Edersa, Madrid, 1998.

³⁰ FRANCISCO SÁNCHEZ, Testamento del ciego. Siete testigos. Dos lecturas, *La Notaría*, LV, 1, 1913, 6 y sigs.

³¹ BOE, 190, 7 de agosto de 2008.

³² Artículo 49 de la CE.

³³ Vid., MORETÓN SANZ, Derechos y obligaciones de los mayores en la nueva Ley de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en situación de dependencia, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales*, Sección Asuntos Sociales, 70, septiembre de 2007, 46.

³⁴ Ponente el magistrado VICENTE-TUTOR Y GUEL BENZU.

³⁵ Según el texto recogido por la *RCDI*, 476, 1970, 203 a 205.

³⁶ Recuérdese la antigua redacción de este artículo 698 del Código Civil que declaraba «cuando sea ciego el testador, se dará lectura del testamento por dos veces: una por el Notario, conforme a lo prevenido en el artículo 695, y otra, en igual forma, por uno de los testigos u otra persona que el testador designe».

³⁷ ROCA DE LAQUE, Comentario a la Sentencia de 8 de abril de 1969: Testamento del ciego. Necesidad de la firma en el testamento del ciego. Eficacia de la firma en general. Eficacia en los distintos tipos de testamentos, *Revista Jurídica de Cataluña*, 69, 2, 1970, 321.

³⁸ RJ 1973, 2284. Siendo Ponente GIMENO FERNÁNDEZ, *vid.*, también CASTRO LUCINI, *RCDI*, 498, 1973, 1306 y 1307.

³⁹ Previa a la reforma de este precepto efectuada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, de modificación del Código Civil en materia de testamentos, rezaba: «El testador expresará su última voluntad al Notario y a los testigos. Redactado el testamento con arreglo a ella y con expresión del lugar, año, mes, día y hora de su otorgamiento, se leerá en alta voz, para que el testador manifieste si está conforme con su voluntad. Si lo estuviere, será firmado en el acto por testador y los testigos que puedan hacerlo.— Si el testador declara que no sabe o no puede firmar, lo hará por él, y a su ruego, uno de los testigos instrumentales u otra persona, dando fe de ello el Notario. Lo mismo se hará cuando alguno de los testigos no pueda firmar.— El Notario hará siempre constar que, a su juicio, se halla el testador con la capacidad legal necesaria para otorgar testamento».

⁴⁰ *Id.*, la sentencia (Roj: SAP IB 1145/2020 - ECLI:ES:APIB:2020:1145) de la Audiencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, de 5 de junio de 2020. «Pues bien, no es posible dudar en nuestro caso de la apreciación notarial sobre la capacidad del testador, ni calificarla como meramente formal, sobre la base de que en el testamento conste que el Sr. Daniel lo leyó por sí mismo, dado que tenía el testador impedida la visión por amaurosis. Y ello por dos razones: En primer término, no se acredita en autos que el Sr. Daniel fuese ciego ni que estuviera muy significativamente impedido de la vista, al punto de no poder leer el testamento de 2004 que otorgó. Así, en el informe de 6 de marzo de 2018, incluido con la demanda, manifiesta el Dr. Francisco que el Sr. Daniel padecía de limitaciones visuales, pese a lo cual había venido llevando una vida activa en fecha 27 de agosto de 2002 cuando le visitó dicho facultativo, de manera que al menos en esa fecha no es posible concluir que el padre del actor estuviese ciego, o al menos impedido para leer. A la misma conclusión llegamos si observamos los informes médicos de GRUPO POLICLÍNICA, también facilitados con la demanda, puesto que los de 24 de octubre y 11 de noviembre de 2005 indican que el Sr. Luis padecía amaurosis de ojo derecho, lo que no lleva a la conclusión de que no pudiera desenvolverse con el ojo izquierdo. En segundo lugar, porque, aunque consideráramos hipotéticamente que el testador, dadas sus dolencias oculares, no pudo leer el testamento, la afirmación contraria en el testamento notarial se siempre se circunscribiría a esa limitación física, sin posibilidad de extrapolar tal inexactitud al juicio notarial sobre la capacidad del testador; que por su trascendencia debe ser estudiado autónomamente de otras apreciaciones contenidas en el testamento».

⁴¹ RJ 2005, 180.710.

⁴² Dictada siendo Ponente ROCA TRÍAS, RJ 2021, 282.

⁴³ Doctrina esta que se acaba de transcribir; reiterada en otras tantas resoluciones posteriores como la de 26 de diciembre de 1992, la de 27 de noviembre de 1995, la de 18 de mayo de 1998, la de 11 de noviembre de 1999, la de 15 de febrero de 2001, 19 de mayo de 2004 más reciente la de 26 de abril de 2008 o la de 21 de enero de 2010 que reitera este principio y su mención en el artículo 743 del Código Civil.

⁴⁴ Roj: STS 3276/2021 - ECLI: ES:TS: 2021:3276.

⁴⁵ *Id.*, MORENO FLÓREZ, Comentario de la STS de 8 de septiembre de 2021 (589/2021). Curatela asistencial para una persona con discapacidad psíquica, 186 y sigs. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=&ved=2ahUKEwjZWMO2w4v7AhUAhf0HHchDDvUQFnoECDQQAQ&url=https%3A%2F%2Fwww.boe.es%2Fbiblioteca_juridica%2Fcomentarios_sentencias_unificacion_doctrina_civil_y_mercantil%2Ffabrir_pdf.php%3Fid%3DCOM-D-2021-8&usq=AOvVaw1LaMikxV_1HGHRoPEMnNW3 (visitado octubre de 2022).

⁴⁶ Roj: STSJ CAT 5437/2021 - ECLI:ES:TSJCAT:2021:5437.