

El testamento otorgado con apoyos por personas con discapacidad: ¿una quimera?

The will granted with supports by people with disabilities: A chimera?

por

LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO
Profesor titular de Derecho civil
Facultad de Derecho, Universidad de La Habana
Notario

RESUMEN: El derecho a ejercer la capacidad jurídica se ha erigido en un derecho humano con reconocimiento y protección convencional. Desde el modelo social que proyecta la CDPD, la capacidad para testar de las personas con discapacidad debe ser entendida a partir de claves que permitan su inclusión social y el respeto a su dignidad inherente. Nada priva que conforme con su particular situación puedan otorgar testamento ante notario con apoyos, ya hayan sido estos nombrados por el propio testador en escritura pública notarial o dispuestos por resolución judicial. La participación de los apoyos no conculca la naturaleza personalísima del testamento, en todo caso la intervención notarial se erige en crucial salvaguardia de los derechos del testador para evitar influencias indebidas.

ABSTRACT: *The right to exercise legal capacity has become a human right with conventional recognition and protection. From the social model projected by the CRPD, the ability to test for people with disabilities must be*

understood based on key factors that allow their social inclusion and respect for their inherent dignity. Nothing deprives that according to their particular situation they can grant a will before a notary public with support, whether they have been appointed by the testator himself in a notarized public deed or arranged by judicial resolution. The participation of the support does not violate the very personal nature of the will; in any case the notarial intervention stands as a crucial safeguard of the testator's rights to avoid undue influence

PALABRAS CLAVE: Capacidad jurídica. Testamento. Apoyos. Ajustes razonables. Salvaguardias.

KEY WORDS: Legal capacity. Will. Supports. Reasonable adjustments. Safeguards.

SUMARIO: I. LA CAPACIDAD PARA TESTAR DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD: LAS CLAVES PARA SU ENTENDIMIENTO DESDE EL MODELO SOCIAL ESTABLECIDO POR LA CDPD.—II. EL TESTAMENTO COMO ACTO *INTUITU PERSONAE* Y EL SISTEMA CONVENCIONAL DE APOYOS: ¿ACASO FIGURAS ANTINÓMICAS?—III. TESTAMENTO NOTARIAL CON APOYOS: 1. EL TESTAMENTO CON APOYOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDADES SENSORIALES O FÍSICO-MOTORAS. ESPECIAL REFERENCIA AL TRATAMIENTO DADO POR EL DERECHO POSITIVO. 2. EL TESTAMENTO CON APOYOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDADES INTELECTUALES O PSICOSOCIALES.—IV. ¿TESTAMENTO OLÓGRAFO CON APOYOS?: 1. EL CASO DEL TRIBUNAL DE VARESE.—V. CAPACIDAD PARA TESTAR, APOYOS Y SALVAGUARDIAS: 1. EL NOTARIO COMO *RECHTSWAHRER* O SALVAGUARDIA EN EL OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO CON APOYOS.—VI. A MODO CONCLUSIVO: EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA PARA TESTAR TAMBÉN FORMA PARTE DE UNO DE LOS ASPECTOS DE LA VIDA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.

I. LA CAPACIDAD PARA TESTAR DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD: LAS CLAVES PARA SU ENTENDIMIENTO DESDE EL MODELO SOCIAL ESTABLECIDO POR LA CDPD

Resulta sumamente difícil romper estereotipos ya fijados y construidos en el imaginario social. Pero quizás lo sea aún más, desechar los modelos y

esquemas perfilados en materia jurídica. Los juristas solemos escribir y en nuestro discurso defender con vehemencia las posiciones que abrazamos, muchas veces con el argumento de la doctrina precedente, sin contextualizar las citas al momento histórico en que se vive. No hay nada más dañino que el recurso a una cita fuera de contexto. Se desinforma el lector, se atribuye criterios al autor, que no ha reeditado ni actualizado su obra al compás de los nuevos tiempos y se desorienta el propio autor en una argumentación forzada, apegada en ocasiones al sentido literal de una norma, superada en su teleología, arruinándose así lo que pudo ser un buen proyecto de investigación.

Escribir hoy desde el Derecho sobre temas vinculados al ejercicio de la capacidad jurídica de personas con discapacidad es un verdadero reto. Hay una hemorragia doctrinal, pues el tema ha tomado mucho brío tras la aprobación en Nueva York, en diciembre de 2006, de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (en lo adelante CDPD). De ella se ha dicho tanto..., tan variado y con efusivo ímpetu, con tantos matices o sin matices en algunos casos, que hay que ser selectivo para en un artículo de modestos propósitos poder referenciar los criterios tan variopintos que sobre el puntual tema que me convoca la ocasión se han vertido por quienes me han precedido.

Hablar de la *testamenti factio* activa no es cuestión nada fácil, pues es uno de los grandes temas que convocan los maestros del Derecho de sucesiones, en relación con el cual, hasta tiempos relativamente recientes, parecía que estaba casi agotado. Empero, la aprobación de la CDPD ha supuesto un cambio trascendental en la manera en la que se ha entendido e interpretado el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad y ha reactivado el interés por el tema de modo diríamos que inusitado. El modelo social de derechos humanos que la Convención estrena conlleva a un cambio de paradigmas en el que la capacidad jurídica comienza a enfocarse desde los derechos humanos, y desde esa misma manera, «la consagración normativa de los *derechos humanos* tanto a nivel supranacional como local», ha supuesto «la revalorización jurídica de bases morales reconocibles a todos los humanos bajo ciertos condicionantes¹. De este modo, con acierto se ha apuntado que el modelo social de la discapacidad «considera que las causas que originan la diversidad funcional no son ni religiosas, ni científicas, sino que son sociales; y desde ese punto de partida tan sustancial se sostiene entonces que las personas con diversidad funcional pueden contribuir a la comunidad en igual medida que el resto de mujeres y hombres sin diversidad funcional, y tal circunstancia debe acontecer siempre desde la valoración y el respeto de su condición de personas diferentes»². Dicho modelo se informa de «los valores intrínsecos a los derechos humanos, a partir de los cuales se debe aspirar a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social»³.

La profesora CUENCA GARCÍA explica con mucho acierto que el abandono del enfoque asistencialista e iusprivatista que ha tenido el tema de la capacidad jurídica y su reemplazo por una perspectiva de derechos humanos, a su modo de ver, «posee dos dimensiones, estrechamente relacionadas. En primer lugar implica que la cuestión de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad debe ser abordada de manera prioritaria desde los valores, principios y fines básicos que presiden el discurso de los derechos humanos (autonomía, participación, independencia, igualdad) que ha de permear también, de una vez por todas, el Derecho privado, en segundo lugar, y en conexión con lo anterior, pone de relieve que el reconocimiento de la capacidad jurídica constituye no solo una condición necesaria para la válida intervención en el tráfico jurídico, sino también y sobre todo un requisito imprescindible para el ejercicio de todos los derechos humanos»⁴. En efecto, la capacidad jurídica no puede seguir analizándose desde los estrechos márgenes de la medicina. Esa perspectiva asistencialista debe ser necesariamente neutralizada. No son los médicos la pieza clave y exclusiva para determinar la capacidad de una persona. Insistir en que el dictamen médico es concluyente en temas de capacidad supone, a mi juicio, hacer un giro de 360.º, o sea, quedarnos inertes frente a los retos que la CDPD supone e impone.

«La Convención evita y proscribe los modelos puramente representativos o de sustitución en la toma de decisiones —en los que es precisamente un tercero el que decide que es lo conveniente o más beneficioso para la persona con discapacidad—, ideando por el contrario un sistema de apoyos que permitan a la persona decidir por sí misma, incluyendo el derecho a equivocarse, e incluso a rechazar esos apoyos»⁵.

El respeto a la autonomía se erige en crucial eslabón para entender y razonar en clave convencional los objetivos que con ella han sido propuestos. «El respeto de la autonomía de las personas con discapacidad requiere, de un lado, en un sentido negativo, el respeto de la libre elección de planes vida que no puede verse restringida por razón de discapacidad. Y, en un sentido positivo, reclama que en aquellas situaciones en las que las diferencias que, en efecto, algunas personas puedan tener en sus capacidades cognitivas puedan generar dificultades en la toma de decisiones se adopten las medidas o instrumentos pertinentes para eliminarlas o paliarlas, entre los que, de nuevo, las medidas de apoyo adquieren un papel de primer orden»⁶.

Una vez más reitero, la clave para que los civilistas intentemos adaptar nuestra milenaria rama del Derecho a los perfiles que la CDPD exige está en romper los esquemas tradicionales, sin perder de vista la esencia. Se trata de transformar las instituciones, sin que con ello se desnaturalice su función tuitiva y sus principales efectos. No se trata, por el contrario, de sustituir instituciones, sin más. El cirujano que realiza un trasplante de órganos no

se limita a sustituir un órgano por otro, tiene que buscar de otros colegas la preparación psicológica del paciente, estudiar la anatomía del órgano y suturar cada vena o arteria para evitar males mayores. El órgano necesita acomodarse a ese nuevo cuerpo que le receptiona. Un mínimo fallo puede provocar el rechazo. El civilista, como el cirujano trasplantólogo tiene que crear las condiciones para recepcionar la Convención, y para ello necesariamente se ve compelido a reconstruir su ordenamiento jurídico. No se trata de sustituir una institución por otra. La cuestión no es solo estructural, sino también funcional. Se necesita —cuan un trasplantólogo— acudir a la filosofía del pensamiento importado de otras áreas del Derecho o, en su caso, cambiar la óptica desde la que tradicionalmente se ha estudiado la capacidad jurídica, ni qué decir la capacidad testamentaria. Solo así, desde una visión de derechos humanos, de respeto a la dignidad inherente, sin perder de vista, con toda lógica, la diversidad funcional de las personas, podrá reasentar los conceptos tradicionales en los que nos hemos ido forjando, en los nuevos perfiles que una sociedad inclusiva reclama.

Como afirma OLMO en el Derecho argentino «desde el modelo social de discapacidad se pretende que las respuestas sociales frente al fenómeno mismo de la discapacidad, sean abordadas desde el respeto a la igual dignidad de todas las personas y fundadas en base a los derechos humanos. En este marco, se proclama la inclusión de la diferencia que implica la diversidad psico-social, como una parte más de la realidad humana.

»Se entiende, entonces, que no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la sociedad para asegurar adecuadamente que las necesidades de todas las personas sean tenidas en cuenta. Es decir, el origen de la discapacidad está dado en la interacción de la persona con el contexto social en el cual se desenvuelve»⁷. «En otras palabras, la discapacidad será el resultado de la interacción con barreras que experimenta una persona que presenta deficiencia, lo que produce un impacto específico en su participación plena y efectiva en la sociedad»⁸.

En este entorno hay que metamorfosear el tratamiento que históricamente se le ha dado a la *testamenti factio activa*, como una manifestación concreta del ejercicio de la capacidad jurídica, amén de las peculiaridades que la capacidad para testar ha tenido en el Derecho civil al resultar el derecho a testar un derecho personalísimo, o sea, solo ejercitable por su titular, y estar condenada a la nulidad cualquier manifestación de poder testatorio o delegación del ejercicio del derecho a testar, como también la sustitución o incluso el complemento del ejercicio de la capacidad de testar. No cabe duda de que el derecho a testar se ejerce únicamente por su titular y que la *voluntas testatoris* ha de ser la del testador. Eso sí, conforme con la CDPD habría que matizar si ese derecho y esa voluntad no pueden ejercitarse y formarse, con la información, el auxilio, la asistencia, de apoyos para la

toma de decisiones y el ejercicio de derechos. Aquí radica el nudo gordiano de este apasionante tema en los tiempos de la Convención.

II. EL TESTAMENTO COMO ACTO *INTUITU PERSONAE* Y EL SISTEMA CONVENCIONAL DE APOYOS: ¿ACASO FIGURAS ANTINÓMICAS?

Hay pleno consenso en la doctrina⁹ y también en el Derecho iberoamericano¹⁰ en que el testamento es un acto personalísimo¹¹. La facultad de testar es indelegable¹², es puramente personal¹³ del testador, quien no puede dejar su formación en todo, o en parte, al arbitrio de un tercero¹⁴, procurador¹⁵, ni se puede otorgar por apoderado o una tercera persona¹⁶, ni tampoco su voluntad —tal y como apunté— puede ser sustituida o complementada, precisamente por la defensa del carácter personalísimo del testamento, aunque los códigos civiles no lo establezcan literalmente. La voluntad testamentaria es la voluntad de quien otorga el acto dispositivo *mortis causa*. Ahora bien, se trata de la voluntad ya formada. Otra cuestión distinta es que en esa formación pueda incidir, la asistencia, la orientación, el auxilio de un tercero, sobre todo cuando se trata de un testador que es una persona en situación de discapacidad.

Reconozco que el tema no es nada sencillo. No es una operación matemática, con resultados exactos. Tampoco es dable hablar de discapacidades en sentido abstracto. No es lo mismo una discapacidad sensorial o fisicomotora que una discapacidad intelectual o psicosocial. La vulnerabilidad, la posibilidad de voluntades captatorias, de influencias indebidas en personas o la manipulación de estas¹⁷, ya no solo en situación de discapacidad, sino también ancianas, es cada día más palpable¹⁸. De igual manera, no es igual valorar la capacidad de una persona con tales discapacidades, incluso para el notario autorizante, que la capacidad, quizás, de una persona con discapacidad visual o con discapacidad auditiva. Téngase en cuenta que la voluntad es el nervio del negocio jurídico, incluido, por supuesto, el negocio jurídico testamentario, que además tiene marcadas particularidades, entre ellas, el ser un negocio de última voluntad, de modo que sus efectos para terceros se supeditan a la muerte del testador, quien nada podrá esclarecer al momento en que el negocio se ejecute, amén de que suele ser, aunque no necesariamente ha de ser así, un negocio dispositivo patrimonial, a cuyo tenor el testador puede disponer de todo su patrimonio. Esto hace al testamento mucho más apetecible para el capto de la voluntad. Ser beneficiario de una cuantiosa herencia puede cambiar la vida de muchas personas. De ahí por qué el testamento siempre es un negocio jurídico susceptible de impugnación por los más variados motivos.

Todas estas circunstancias han fortalecido ese carácter personalísimo del testamento; de tal suerte que tal negocio jurídico forma parte del reducto de los negocios personalísimos. Solo el testador puede construir su testamento, que no significa en modo alguno que su construcción se realice por el testador sin el más mínimo auxilio de un tercero. Y no me refiero al notario, que como profesional del Derecho es el artífice de la envoltura técnico-jurídica del negocio testamentario, el autor indiscutible de la escritura pública que le contiene. El testamento muchas veces es el resultado de las cavilaciones familiares, de la consulta que hace el padre o la madre a su esposo o esposa, o a su pareja de hecho, a sus hijos, o a personas allegadas como amigos cercanos, incluso abogados de la familia. El testamento no siempre es una sorpresa para el heredero. Diría que lo contrario. Una buena parte de los herederos participan en la manera en la que el testador perfila la voluntad testamentaria. La designación de albacea es muchas veces «negociada» por el propio testador con personas cercanas a la familia y que incluso tienen ascendencia moral, espiritual, afectiva sobre los beneficiarios de la herencia, quienes incluso suelen a veces dar opiniones, ideas sustentadas en la equidad, el sentido común y de justicia distributiva, en ocasiones inadvertidas por el testador.

Esta idea general nos permite reflexionar en que si un testador sin discapacidad necesita de ciertos apoyos familiares, informativos, de asesoramiento para el otorgamiento de un testamento, nada priva que —en esos términos, y en aplicación de la CDPD— se puede otorgar un testamento en el que para la toma de esta decisión en el acto mismo de otorgamiento, se haya valido el testador de los apoyos, bien instrumentados previamente por él, o en los casos en que resulte posible, a través de los apoyos dispuestos judicialmente. Como arguye la profesora ALFARO GUILLÉN —quien comparte este criterio—, «(e)l carácter personalísimo del acto a realizar por el sujeto [...] no debiere comprometer en modo alguno su asistencia. Las diferencias entre la representación y el apoyo estriban justamente en que en la primera se suple la voluntad del sujeto por la del representante para la toma de decisiones, mientras que lo segundo confiere el soporte, los medios necesarios para su adopción *per se* por el titular del derecho subjetivo a ejercitarse mediante el acto de que se trate»¹⁹.

Por ello, coincido con la doctrina española en la imposibilidad de que el tutor o el curador, en función de complemento del ejercicio de la capacidad jurídica, puedan intervenir en el otorgamiento del testamento²⁰. Al decir de la profesora DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «(e)l testamento se concibe como un acto personalísimo en el sentido de no caber la posibilidad de atribuir su otorgamiento por representación; por tanto, si no lo hace el propio sujeto nadie puede sustituirlo»²¹. La tutela como institución de protección es el paradigma del modelo de sustitución de voluntades, en el que se nu-

lifica cualquier actuación del pupilo o tutelado, de quien ni tan siquiera se toma en cuenta su historia de vida, preferencias o voluntad. El tutor suple toda voluntad. El curador, por otra parte, al complementar el ejercicio de la capacidad jurídica, se involucra en el negocio jurídico, la voluntad del testador en tales circunstancias no es suficiente *per se*, se haría acompañar de la del curador, cuya concurrencia complementa, o sea, integra, perfecciona el negocio testamentario, lo cual rompe con su naturaleza personalísima. El curador no se limitaría a informar, asesorar, asistir en la toma de decisiones, sino participa directamente en ella. Su participación es esencial para la perfección del negocio. Su voluntad se sumaría a la del testador al complementar el ejercicio de su capacidad jurídica. Y aunque el negocio se le atribuya al testador, la participación del curador se hace vital pues el testador no podría ejercitar *per se* la capacidad jurídica. La participación del curador presupondría por parte del testador un ejercicio a medias de la capacidad jurídica. Una capacidad jurídica incompleta, conculcando en todo caso los principios que informan la CDPD, sobre todo el de igualdad en el ejercicio mismo de la capacidad jurídica a que hace referencia el tantas veces referido por la doctrina y la jurisprudencia reciente, artículo 12.

Para poder entender la tesis que vengo defendiendo se hace necesario, sin dudas, sumergirnos en el sistema de apoyos, y a tal fin precisar qué son los apoyos, cuál es su finalidad, qué rol desempeñan, quién los determina. Ciertamente la CDPD, en su artículo 12.3, establece que «*Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*»; figura que ha sido interpretada por el Comité de los derechos de las personas con discapacidad en su Observación general núm. 1 (2014) como «*un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de distintos tipos e intensidades*». En todo caso, «*El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas*» (párrafo 17). O sea, los apoyos constituyen los tentáculos que emplean las personas con discapacidad para ejercer su capacidad jurídica, de modo que —como también agrega la Observación general— podrán ser de diversos tipos²² y de mayor o menor intensidad, lo que «*variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad. Esto es acorde con lo dispuesto en el artículo 3 d), en el que se mencionan, entre los principios generales de la Convención, “el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas”*» (párrafo 18). Apoyo significa desarrollar una relación y formas de trabajar con otra u otras personas, hacer posible que una persona se exprese por sí misma y comunique sus deseos, en el marco de un acuerdo de confianza y respeto de la voluntad de esa persona. En modo alguno

supone sustituir, suplantar, complementar, la voluntad de esa persona. En todo caso contribuye a informar, a acompañar, a diseñar un plan para que la persona pueda llegar a formarse su propia voluntad, ajena a influencias indebidas, incluidas las influencias del propio apoyo. Al decir de la reciente Ley colombiana núm. 1996/2019, de 26 de agosto, «Por medio de la cual se establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad», los apoyos «*son tipos de asistencia que se prestan a la persona con discapacidad para facilitar el ejercicio de su capacidad legal. Esto puede incluir la asistencia en la comunicación, la asistencia para la comprensión de actos jurídicos y sus consecuencias, y la asistencia en la manifestación de la voluntad y preferencias personales*». Mientras, como se aduce desde la orientación seguida por el nuevo Código civil y comercial de la Argentina, «el “apoyo” debe visualizarse durante todo el proceso previo al acto jurídico en sí, lo que significa que debe estar presente en cada instancia decisiva que, sumada a las demás, decante finalmente en la formalización de un acto jurídico determinado o no, pues justamente, la importancia de los apoyos radica en que vitaliza (no sustituye) el proceso de toma de decisión, quedando esta última siempre en la esfera de la PCD»²³, «el elemento trascendental del modelo de apoyos radica en su filosofía subyacente, que se materializa en el interés jurídico protegido, esto es: la autonomía y el ejercicio de los derechos de la persona»²⁴. En fin, «(e)l nuevo paradigma, que consagra el modelo de “voluntad con apoyo”, para la capacidad jurídica, implica respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y no debe consistir en decidir por ellas»²⁵. «El modelo de apoyos estipulado en la CDPD parte de la premisa de que la persona no necesita una medida de protección que la prive del ejercicio de su capacidad jurídica, sino que se requiere medidas de promoción destinadas a proporcionar los apoyos necesarios para potenciar el ejercicio de dicha capacidad jurídica»²⁶. Esta es la piedra filosofal con la que debemos entender los apoyos, su finalidad es afianzar la toma de decisiones, nunca decidir por las personas en situación de discapacidad²⁷.

Si este es el sentido con el que se interpreta la función de los apoyos, entonces en nada riñe la naturaleza personalísima del negocio testamentario con la posibilidad de que en su otorgamiento puedan intervenir los apoyos, al margen de las consideraciones que ulteriormente se hagan y sin negar, como ya lo han hecho algunos autores al criticar la Observación general núm. 1, las circunstancias en que puedan estar incursas ciertas personas con discapacidad intelectual o psicosocial, que no les permite expresar su voluntad, para lo cual está prevista la presencia de apoyos intensos, con facultades de representación, aun con carácter excepcional; supuestos en los que no será posible el otorgamiento de testamento, como tampoco de convertirse en codecisor o complemento en el ejercicio de la capacidad testamentaria.

III. TESTAMENTO NOTARIAL CON APOYOS

En la actualidad, en el contexto iberoamericano solo un Estado ha regulado expresamente la posibilidad de que el testamento puede ser otorgado con apoyos. En efecto, la reciente reforma al régimen jurídico de la capacidad en el Código civil peruano, amén de sus aciertos y desaciertos²⁸, ha supuesto una posición vanguardista en este orden. Aun cuando en el Derecho argentino, tras la reforma que en este sentido ha conllevado el nuevo Código civil y comercial de la Nación, en materia de capacidad, entre otros muchos ejes temáticos, no se establece expresamente la posibilidad del otorgamiento del testamento con apoyos; sin embargo, una interpretación sistemática del Código, conforme además con los tratados internacionales de derechos humanos que ha ratificado la Nación, haría pensar que las personas con discapacidad, a través del sistema de apoyos, pudieran otorgar testamento²⁹. Empero, llama la atención que la doctrina no se haya pronunciado al respecto.

El artículo 696.2 del Código civil peruano, tras la reforma introducida por el artículo 1 del Decreto-Legislativo 1384/2018, de 3 de septiembre, establece la posibilidad de otorgar testamento con apoyos y ajustes razonables, lo cual lo limita al testamento abierto o notarial. O sea, conforme con los dictados de la CDPD, toda persona con discapacidad podría otorgar testamento ante notario, siempre que el apoyo no ejercite una acción de sustitución. Se trataría de personas que a través del apoyo pueden formar su propia voluntad y tomar decisiones *per se*, tan solo asistidas por él³⁰.

Como esgrime GALVARINO «si hemos de encontrar un denominador común para internalizar qué entendemos por *apoyo* lo hallaríamos en la idea de “ayuda”, “socorro”, podríamos decir con el aditamento de la “confianza”». El apoyo se erige en estos casos en un requisito de validez del acto jurídico testamentario, su ausencia pudiera conllevar a la nulidad del acto. Y esta es la función que desempeñarán los testigos a ruego o el intérprete en la lengua de señas. El apoyo deberá concurrir al documento público notarial, identificarse en la comparecencia, en tanto en la propia escritura el notario ha de expresar la razón por la que acude al acto como apoyo, o sea, en qué consiste su papel en la toma de decisiones del testador y en la voluntad testamentaria a otorgarse en dicho instrumento, dejando claro en todo caso que la voluntad es exclusiva del testador, verdadero y único protagonista del negocio testamentario.

Pero también se debe dejar claro, y esto es aplicable a cualquier tipo de discapacidad y también en materia testamentaria, que hoy en día la diversidad de apoyos ha de ser un elemento que caracteriza a este sistema, que favorece el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas en situación de discapacidad. Como ha dicho el Comité de derechos de las personas con

discapacidad en su Observación general núm. 1: «*El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias*». Nada priva que una persona con discapacidad pueda utilizar —según dispone el artículo 2 de la CDPD— cualquier medio de comunicación, lo que ha de entenderse como que «*incluirá los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso*»;

»*Por “lenguaje” se entenderá tanto el lenguaje oral como la lengua de señas y otras formas de comunicación no verbal*.

Se trata también de los apoyos tecnológicos, que pueden ser de suma ayuda o auxilio para la exteriorización de la voluntad de las personas con discapacidad no solo sensorial, sino también intelectual.

De ahí que códigos civiles como el peruano hayan incorporado en la reforma de 2018, contenida en el Decreto Legislativo 1384, en el artículo 141, un concepto amplio y abarcador de lo que se entiende por manifestación expresa de voluntad, a saber, aquella que se realiza «*en forma oral, escrita, a través de cualquier medio directo, manual, mecánico, digital, electrónico, mediante la lengua de señas o algún medio alternativo de comunicación, incluyendo el uso de ajustes razonables o de los apoyos requeridos por la persona*». Mientras, en España, el Proyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica³¹, redactado por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación con el fin de adaptar el Código civil y otras normas complementarias a lo dispuesto en el artículo 12 de la CDPD, en la reforma propuesta al vigente artículo 695 del Código civil se propone sea admitido que en el testamento abierto «*el testador pueda expresar su última voluntad por cualquier medio técnico, material o humano*»³². Se añade además —tal y como explica la profesora GARCÍA RUBIO—, que «*(c)uando el testador tenga dificultad o imposibilidad para leer el testamento o para oír la lectura de su contenido, el Notario se asegurará, utilizando los medios técnicos, materiales o humanos adecuados, de que el testador ha entendido la información y explicaciones necesarias y de que conoce que el testamento recoge fielmente su voluntad*»³³; sin dudas expresión concreta del empleo de apoyos en el otorgamiento de testamento.

En Alemania —según refieren GARCÍA RUBIO y TORRES GARCÍA— una sentencia del Tribunal Constitucional de 1999 (*BVerfGNJW*, 1999, 1853) declaró inconstitucional no establecer medidas que hagan posi-

ble que las personas que no pueden hablar ni escribir otorguen testamento. Esta sentencia dio lugar a la modificación de los §§ 2232 y 2233, de modo que según el nuevo texto —en vigor desde agosto de 2002— el testador que no es capaz de hablar pueda manifestar su voluntad al Notario por cualquier medio, incluida la intervención de una tercera persona, siempre que quede claro que el testamento expresa la verdadera voluntad del testador³⁴.

Desde un enfoque pedagógico, los sistemas alternativos de comunicación, según TAMARIT: «son instrumentos de intervención destinados a personas con alteraciones diversas de la comunicación y/o lenguaje, y cuyo objetivo es la enseñanza mediante procedimientos específicos de instrucción de un conjunto estructurado de códigos no vocales necesitados o no de soporte físico, los cuales, mediante esos mismos u otros procedimientos específicos de instrucción, permiten funciones de representación y sirven para llevar a cabo actos de comunicación (funcional, espontánea y generalizable), por sí solos, o en conjunción con códigos vocales, o como apoyo parcial a los mismos, o en conjunción con otros códigos no vocales»³⁵. Para VON y MARTINSEN, «Comunicación aumentativa significa comunicación de apoyo o de ayuda. La palabra subraya el hecho de que la enseñanza de las formas alternativas de comunicación tiene un doble objetivo, a saber: promover y apoyar el habla, y garantizar una forma de comunicación alternativa si la persona no aprende a hablar»³⁶. A los fines del análisis que se ofrece, entre los distintos criterios de clasificación de los sistemas alternativos de comunicación se incluye el de LLYOD y KARLAN, que ubican a los sistemas de comunicación no asistida (sistemas de comunicación con ayuda), en tal caso, los códigos que utilizan requieren de un apoyo físico, un material, una ayuda externa o apoyo físicamente independiente del emisor que realiza la actividad comunicativa. Estos sistemas contienen los formatos siguientes: el lápiz y el papel en el lenguaje escrito, símbolos gráficos dibujados (sistema Bliss y sistemas pictográficos), objetos reales en miniatura, fotografías, formas simbólicas (Premarck), braille y otros códigos vibrotáctiles, y el habla a través de sintetizadores de voz³⁷.

Entre las técnicas empleadas en los sistemas alternativos de comunicación destaca el uso de comunicadores, dispositivos eléctricos o electrónicos, con los que la persona puede, con cierta facilidad, producir mensajes. En ello ha desempeñado un decisivo papel el uso de computadoras con determinados dispositivos de entrada de la información, entre los que es valedero destacar el teclado braille, y a su vez, dispositivos de salida de la información, entre los que se significan la línea braille, que muestra la información que aparece en la pantalla de la computadora, permitiendo la lectura al tacto al igual que el braille escrito; las impresoras braille, que imprimen la información que manda la computadora utilizando el sistema de puntos de relieve braille; y los magnificadores de pantalla, software específico para

personas con problemas visuales, que amplían las imágenes y textos de la pantalla para facilitar su visión³⁸.

Todo ello demuestra cómo los métodos y técnicas de formación e instrucción de las personas con discapacidad, con pleno apoyo de la tecnología, viabilizan la integración social de las personas con discapacidad, cualquiera sea la naturaleza de esta, y les permite a estas protagonizar todos los actos de la vida, de los que no es exclusión el testamentario.

1. EL TESTAMENTO CON APOYOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDADES SENSORIALES O FÍSICO-MOTORAS. ESPECIAL REFERENCIA AL TRATAMIENTO DADO POR EL DERECHO POSITIVO

A lo largo de la historia, la posibilidad de otorgar testamento en el caso de personas con discapacidades sensoriales o incluso físico-motoras, asistidos por intérpretes o por los llamados testigos de asistencia, ha sido específicamente reconocida, si bien no es hasta la aprobación de la CDPD que a dichas personas se les ha concebido por lo que realmente son, apoyos del testador. Llama la atención entonces por qué la doctrina huye de los apoyos en materia testamentaria, incluso en estos supuestos de polémica mucho menor. ¿O es que aún no se entiende lo que es un sistema de apoyos y qué roles desempeña? Cuesta trabajo romper con ideas preconcebidas y esquemas teóricos matemáticamente concebidos.

El Derecho notarial, y ello no puede calificarse de una novedad devenida del artículo 12.4 de la CDPD, protege de forma general aquellos supuestos en que el compareciente en un instrumento notarial se vea imposibilitado de cumplir alguna de las formalidades que el otorgamiento prevé, específicamente, la lectura del documento y la plasmación del consentimiento (escrituras) a través de la firma. En sendos casos, el legislador aporta soluciones ante tales dificultades y permite que se concreten los objetivos deseados por quien pretende otorgar o asentir el instrumento, de lo que el testamento no es ni será excepción.

La posibilidad de que personas con discapacidades físico-motoras o con discapacidades sensoriales puedan otorgar testamento con apoyos es innegable: recordemos que los apoyos pueden ser, entre otros, los testigos de asistencia o a ruego, de una persona que tenga una discapacidad física o una discapacidad visual, por ejemplo, tipología testamentaria que aún en los ordenamientos jurídicos en que se han suprimido la intervención de testigos en el testamento, queda subsistente³⁹, precisamente como un eslabón importante en el otorgamiento mismo del documento público⁴⁰.

Deben su nombre a su concurrencia al instrumento público por solicitud expresa del compareciente, que pide o ruega por que le auxilien en el acto

mismo de autorización del documento por el notario. Son ellos las manos de las que no puede disponer el compareciente en el acto de autorización del documento, o de otorgamiento o aquiescencia, según se trate de escrituras o actas, respectivamente.

En el Derecho cubano, su intervención está regulada en los artículos 35, tercer párrafo, 37 y 38 del Reglamento de la Ley notarial y en el artículo 491 del Código civil, en sede de testamentos notariales de personas con discapacidades sensoriales. Si bien aclaro que el autor del Reglamento, en el artículo 37, primer párrafo, no se refiere expresamente a testigos, sino a «*persona de su elección*»⁴¹, a diferencia del segundo párrafo, en que sí les nombra como tal, o sea, cuando ni tan siquiera se le puede tomar huellas dactilares al compareciente; mas, considero, que en ambos supuestos estamos frente a un testigo de asistencia, a pesar de la distinción apuntada.

En efecto, el artículo 491 del Código civil y el artículo 37 del Reglamento de la Ley notarial prevén la posibilidad de que por razón de una discapacidad, esencialmente físico-motora, del testador, una persona de su elección estampe su firma (testigo de asistencia). En este supuesto se incluyen a todos aquellos que físicamente les sea imposible ejecutar este requisito formal, independientemente de la causa que la genere y el periodo por el que se mantenga.

En los artículos mencionados, la legislación protege de forma general aquellos supuestos en que el compareciente en un instrumento notarial se vea imposibilitado de cumplir alguna de las formalidades que el otorgamiento prevé, específicamente la lectura del documento y la plasmación del consentimiento (escrituras) a través de la firma. En sendos casos, el legislador aporta soluciones ante tales dificultades y permite que se concreten los objetivos deseados por quien pretende otorgar o asentir el instrumento, de manera que las personas nombradas como testigos de asistencia se erigen en verdaderos apoyos del testador.

Si el testador no pudiere firmar, estampará en el documento notarial las huellas dactilares de los dedos pulgares de ambas manos, y a falta de estos, de los dedos que tuviere, para lo cual interesará de un testigo de asistencia su firma por él, extremo que se hará constar así en la escritura pública de testamento por el notario.

Si ello no resultara posible, o sea, si el testador no pudiera estampar las impresiones dactilares en el documento notarial, entonces el notario requerirá la presencia de dos testigos, de los cuales uno, a elección del interesado, firmará a su ruego, manifestación palpable de un apoyo que le está asistiendo al testador en el momento mismo del otorgamiento. En tal supuesto, el notario expresará en el documento público la razón que impide la toma de dichas impresiones, sin que resulte trascendente a los efectos de la eficacia del instrumento, la exhaustiva precisión de la razón o motivo

de la imposibilidad de firmar *per se* del compareciente⁴². Tampoco puede olvidarse que ambos testigos firman el documento, lo que solo uno de ellos lo hace también a ruego del compareciente.

A diferencia de otras legislaciones⁴³, la nuestra no exige del testador saber o no firmar, sino que pueda o no firmar, atendiendo más a una circunstancia coyuntural, que le impide objetivamente suscribir por sí mismo el documento público. Es suficiente, a mi juicio, que el testador manifieste el no poder firmar y que estampe las huellas dactilares de los dedos pulgares, o de los que tuviere y firme el testigo de asistencia, bajo la fe pública notarial⁴⁴. Su aquiescencia quedará expresada gráficamente, en efecto, con la impresión de dichas huellas y la solicitud de que el testigo a ruego firme, o en todo caso, si resultare imposible la toma de huellas dactilares, con la presencia de ambos testigos y la firma de uno de ellos, a ruego del compareciente. De modo que una impugnación ulterior del documento por sus herederos, alegando que no consta la firma del testador, a pesar de demostrarse que aquel sabía firmar y no lo hizo, devendría improcedente, en tanto ello supone la apreciación del *venire contra factum proprium*⁴⁵.

De manera especial está redactado el artículo 38 del Reglamento de la Ley notarial al incluir como comparecientes a las personas sordas, ciegas o mudas o a quien tenga más de una de dichas discapacidades, quienes podrán otorgar o manifestar su aquiescencia en el testamento, con la asistencia de un testigo «idóneo»⁴⁶. Aunque el artículo no hace referencia a ello, en el Derecho comparado ha sido tradicional que el testamento de la persona ciega sea leído no solo por el notario, sino también por el testigo o la persona elegidos a tal fin (doble lectura del testamento)⁴⁷. Este particular pudiera parecer loable, pues tal testigo o la persona elegida fungirían, tras el prisma de la CDPD, como un apoyo, y no deja de serlo, si no fuera porque es impuesto a la persona ciega para que pueda otorgar testamento. Es una formalidad, cuyo quebrantamiento motivaría la nulidad testamentaria. Particular que hoy no se aviene con el derecho que toda persona con discapacidad tiene de elegir o no apoyos. Nada priva a que esta pueda otorgar testamento sin necesidad del testigo, resultando suficiente la lectura que el notario haga de él. En este puntual caso de las personas ciegas, la presencia de un testigo de asistencia como apoyo no debiera hacerse obligatoria. Imponerlo resulta sin dudas una evidente discriminación. Ello por supuesto, dada la tradicional negativa a que el testamento abierto o notarial sea redactado —como corresponde— no solo en el idioma del país en que se otorga, sino también en Braille (el sistema de dobles columnas puede ser muy eficiente a tal fin). Una razón más que justifica la innecesidad de que con carácter preceptivo concorra un testigo de asistencia al otorgamiento del testamento de una persona ciega.

El empleo por el legislador del término «testigo idóneo» hace suponer que deberá reunir condiciones extra en relación con cualquier otro testigo.

Habrá que presumir que ostente las habilidades necesarias para que medie entre el notario y el testador, permitiéndole a la persona con discapacidad expresar su voluntad de modo inequívoco y corroborar el contenido del instrumento a través de su firma. Pero ello, si bien puede ser útil en determinadas discapacidades, en el caso de las personas ciegas no siempre es así.

No obstante, en estos supuestos estamos ante testigos de asistencia o a ruego, y así lo corrobora el Reglamento de la Ley notarial en su artículo 38; pues precisamente su función en el instrumento consiste en asistir al testador en este caso concreto, cuando por razón de la discapacidad, el testigo en función de apoyo puede facilitar o auxiliar el acto de otorgamiento del testamento, o incluso exteriorizar la voluntad del testador. Su intervención supone la previa petición del testador para ese fin, es un apoyo que puede solicitar cualquier persona que tenga una discapacidad, ya sea sensorial o físico-motora, incluso si la discapacidad es temporal. Insisto, su presencia debiera en todo caso estar dada según la necesidad que tenga o no la persona con discapacidad, debiéndose prescindir cuando el testador con discapacidad no lo requiera.

En relación con el testigo, a esta regla general hay que hacerle algunas anotaciones. En primer término, porque en el caso de las personas con discapacidades auditivas, o algunos supuestos de personas sordociegas, no se pueden dar a entender oralmente y por escrito, pudiera no ser del todo entendible o presto a varias interpretaciones. Por tal motivo, estos supuestos precisan de intérpretes, pues indudablemente, las personas con discapacidad auditiva son extranjeros en su propia tierra; serán entonces quienes funjan como «testigo idóneo» a solicitud del testador. O sea, los intérpretes en la lengua de señas serán también apoyos necesarios para la mejor comprensión por parte del testador del contenido de las cláusulas dispuestas en él, de las informaciones que le puede dar el notario sobre el instrumento que pretende sea autorizado, las posibilidades y prohibiciones establecidas en el Derecho vigente y sus efectos. Un segundo aspecto es que, una vez redactado el testamento, aunque la persona con discapacidad auditiva sepa leer y escribir, su lectura no le es sencilla, por lo cual una vez más está avalada la labor del intérprete al momento de comparecer ante el notario. En el caso de la persona sordociega se hace imprescindible para comunicarse con el notario, salvo el recurso a medios tecnológicos también como apoyos. La intervención de estos profesionales en el instrumento le aporta un alto grado de confiabilidad en cuanto al contenido de la interpretación realizada y la imparcialidad requerida en el acto de otorgamiento del testamento. El intérprete es el mejor apoyo que puede tener una persona con discapacidad sensorial auditiva.

Especial particularidad merecen los casos de personas hipoacúsicas o aquellas personas sordas en edad tardía, para los que la participación del

intérprete como apoyo pudiera trascender menos. Para ello hay que tener presente que estas personas conocen el idioma español y lo articulan como cualquier oyente, por lo que podrán expresar su voluntad al notario a través de la palabra o la escritura, pueden también entender por la lectura labiofacial o incluso llegar a escuchar las instrucciones, recomendaciones y advertencias del notario, así como leer por sí el documento, una vez redactado, y expresar su conformidad, firmándolo.

Como he expresado con anterioridad la concurrencia del intérprete como apoyo está sustentada en la imposibilidad del notario de poderse comunicar con el testador en razón de su discapacidad. En el entorno cubano, el apartado segundo del artículo 50 del Código civil brinda cobertura a toda persona con discapacidad para realizar actos jurídicos respecto de los cuales no tenga restricción el ejercicio de su capacidad jurídica (téngase en cuenta la necesidad de adaptar el Código civil a los dictados de la CDPD). El legislador ofrece así amplias posibilidades en cuanto a la manera de realizar los actos jurídicos, y con esta norma de alcance general deja expedita la vía de exteriorizar una voluntad, *v. gr.*, a través de la lengua de las señas, o por el sistema Braille. Lo importante es que se comprenda el alcance de esa voluntad exteriorizada, aun cuando no pueda ser expresada a través de la grafía (personas con discapacidad físico-motora) o del lenguaje oral (personas mudas). Ahora bien, esa comprensibilidad de la que habla el legislador trasciende al mundo de las personas que no tienen discapacidad, ya sea *per se* o por el recurso del intérprete (ya de una persona sordomuda o de una persona sordociega, *v. gr.*), quien tendrá la misión de hacerse entender frente a terceros, no versados en este particular lenguaje, de modo que no exista valladar impeditorio a la persona con discapacidad de intervenir como cualquier otra persona en el tráfico jurídico, pudiendo perfectamente expresar su voluntad testamentaria.

El Derecho no pone cortapisas, deja la exteriorización de la declaración de voluntad, nervio central del acto jurídico, a las posibilidades de actuación de la persona, según sus potencialidades y posibilidades reales, quien elegirá la vía mejor y más idónea para darse a entender, utilizando para ello la medida de apoyo que considere a bien. Lo que trasciende en aras de la autonomía privada es que la persona con discapacidad pueda exteriorizar su voluntad testamentaria.

El intérprete se convierte en un apoyo trascendental en materia comunicacional facilitador testador con una discapacidad sensorial al expresar su *voluntas testatoris* ante el notario. De ahí que ante la presencia en sede notarial de personas con discapacidades sensoriales se recabe la necesaria inmediación del notario frente al cliente que le lleva a determinar los verdaderos intereses de este. Es necesario explorar la voluntad del testador. En ocasiones, incluso los intérpretes, que sin dudas facilitan la comunicación,

no logran derivar el sentido de las voluntades. La experiencia y pericia del notario pueden propiciar incluso la labor de los intérpretes, de modo que la voluntad exteriorizada esté ajena a cualquier apreciación errada del entorno y de la perniciosa influencia indebida de terceros.

2. EL TESTAMENTO CON APOYOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDADES INTELECTUALES O PSICOSOCIALES

El otorgamiento de un testamento con apoyos por personas con discapacidades intelectuales o psicosociales no debe ser solo una posibilidad, sino también una realidad. Parto de la tesis de que ello tiene como límite una acción de representación o de complemento mismo del ejercicio de la capacidad jurídica, pues en tales circunstancias se conculcaría la naturaleza personalísima del derecho a testar. Sin embargo, parece ser que la doctrina no toma en cuenta la propia naturaleza y funciones que tienen los apoyos según los dictados de la misma CDPD —tal y como se ha explicado—.

La capacidad o lucidez mental se ha convertido para algunos autores en el centro de atención que debe tener en cuenta el notario en el momento mismo del otorgamiento del testamento. Ello, aun cuando esta propia categoría, tan manejada por los civilistas, ha sido puesta en tela de juicio de la Observación general núm. 1 del Comité de los derechos de las personas con discapacidad. A juicio del Comité (párrafo 13): «*La capacidad mental se refiere a la aptitud de una persona para adoptar decisiones, que naturalmente varía de una persona a otra y puede ser diferente para una persona determinada en función de muchos factores, entre ellos factores ambientales y sociales. [...] El artículo 12 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, en cambio, deja en claro que el 'desequilibrio mental' y otras denominaciones discriminatorias no son razones legítimas para denegar la capacidad jurídica (ni la capacidad legal ni la legitimación para actuar) [...] los déficits en la capacidad mental, ya sean supuestos o reales, no deben utilizarse como justificación para negar la capacidad jurídica*». Para recalcar a ulteriori (párrafo 14 *in fine*) que «*(e)l concepto de capacidad mental es, de por sí, muy controvertido. La capacidad mental no es, como se presenta comúnmente, un fenómeno objetivo, científico y natural, sino que depende de los contextos sociales y políticos, al igual que las disciplinas, profesiones y prácticas que desempeñan un papel predominante en su evaluación*». Posición esta última que no deja de ser discutible, y quizás excesivamente categórica, pero aun con esa objeción, nos pone a pensar en la forma en que tradicionalmente se sigue encarando la determinación de la llamada capacidad natural de la persona, y concretamente del testador, estrechamente vinculada con el concepto de capacidad mental⁴⁸. Como nos alertan en la *Guía notarial de*

buenas prácticas para personas con discapacidad⁴⁹, incluso a nivel de recomendaciones: «El Notario no realiza un juicio médico: lo ‘determinante’ no es que la persona padezca o no y en qué grado una determinada patología, no es una valoración puramente médica pues influyen diversos factores o circunstancias como en cualquier ser humano tales como los factores culturales, educacionales, sociales, etc. Lo determinante para el Notario es comprobar que la persona con discapacidad tiene una percepción clara con arreglo a su aptitud y discernimiento de las consecuencias del acto que está realizando y de que se han utilizado los sistemas de apoyo necesarios para ello en ausencia de influencia indebida ni abuso de algún tipo».

Por esa razón no es de extrañar que en ordenamientos jurídicos como el español, v. gr., se insista en la existencia de intervalos lúcidos, en los cuales se entiende que la persona a la cual se le ha modificado judicialmente el ejercicio de la capacidad jurídica (lo que dicho sea de paso, no está a tono con el postulado del art. 12 de la CDPD) puede otorgar testamento, sobre la base de que es impensable que el tribunal que en su día dictara la sentencia judicial de modificación de capacidad de obrar disponga —de cara al futuro— la restricción al ejercicio de la *testamenti factio activa*, como ha ocurrido en un número considerable de sentencias dictadas tanto por el Tribunal Supremo como por los tribunales de instancia, calificadas por alguna autora como una «anómala línea jurisprudencial»⁵⁰. Se parte de varios presupuestos —a mi juicio, que se desentienden del respeto a los principios informantes de la CDPD—, entre ellos el recurso, una y otra vez, a rezagos del modelo médico-rehabilitador con el que se ha enfocado la discapacidad, al considerar el propio legislador del Código civil la intervención preceptiva de dos facultativos en el acto de otorgamiento del testamento, sobre cuyo dictamen la doctrina siempre ha discutido si resulta o no compulsivo para la autorización por el notario del testamento, a lo cual se le une que ni tan siquiera se ha determinado la especialidad que debieran tener tales facultativos y, para colmo, tampoco es una exigencia legal la propia presencia física de los facultativos en el momento del otorgamiento del testamento⁵¹. Tómese en consideración además que tal extremo no es tenido en cuenta por los autores del Proyecto de Ley 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 redactado por la Sección Primera de la Comisión General de Codificación, con el fin de adaptar este texto legal y otros complementarios a lo dispuesto en el artículo 12 de la CDPD⁵²; particulares todos que, en mi consideración distan, eso sí, del enfoque de derechos humanos que la CDPD da a la discapacidad.

Considerar que el dictamen de los facultativos es una salvaguardia tampoco me convence⁵³. Los facultativos no son contralores del apoyo. En todo caso, resulta suficiente la intervención del notario que —como explicaré más

adelante— sí que actúa como verdadera salvaguarda para evitar captaciones de voluntad o influencias indebidas por el apoyo o los apoyos frente al testador. Los facultativos en el enfoque español actúan con una visión medicalizada de la discapacidad. Se limitan a determinar el discernimiento o la capacidad mental del testador, lo que además resulta verdaderamente discutible si tal valoración tampoco se hace en el momento mismo del otorgamiento, al exigirse en Derecho que la *testamenti factio* activa se aprecie al justo instante del otorgamiento⁵⁴.

Negar hoy en día que las personas con discapacidad intelectual o discapacidad psicosocial, a diferencia del resto de las personas con discapacidad, no puedan otorgar testamento con apoyos es una herejía a la CDPD. Aclaro que no estoy refiriéndome al curador en el sentido en que se ha interpretado en el Derecho español. En tal sentido, concibo los argumentos de la profesora DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, solo en el cometido de que el curador no puede complementar el ejercicio de la capacidad jurídica del testador, como equívocamente admiten varias sentencias de los tribunales de instancia e incluso del Tribunal Supremo español, pero nunca en el entendido de negar los apoyos a los que hace referencia la CDPD; y aquí sí que disiento del parecer defendido por la connotada profesora⁵⁵. Es cierto que el Tribunal Supremo español en su Sentencia de 15 de marzo de 2018 (ponente: PARRA LUCÁN) esclarece en algo el tema, pero no queda claro en la sentencia que sea sacrílego admitir la presencia de apoyos en el sentido de asistentes, auxiliares o colaboradores del otorgamiento del testamento de una persona con discapacidad. Nada priva que sean ellos quienes hayan contribuido a despejar dudas y hasta fomentar la formación de la voluntad testatoria, siempre que no haya influencias indebidas, ni contradicción de intereses. Negar la presencia de redes de apoyos en materia de testamento resulta insólito. Es cierto que se debe prever la suplantación de la voluntad testamentaria, pero ello no implica ver fantasmas donde necesariamente no deben existir. En todo caso, la buena fe siempre se presume. Por lo tanto, no comparto la tesis de que «es un razonamiento falaz e intolerable, en el ánimo de respetar el mayor ámbito de capacidad posible, si se reconoce un amplio margen de actuación para llevar a cabo negocios patrimoniales *inter vivos* con la asistencia del curador, debería corresponder una mayor aptitud para realizarlos *mortis causa*, y, con el fin de equiparar ambos tipos de actos de disposición se extiende la función de apoyo del curador, siguiendo la terminología al uso, al otorgamiento de testamento»⁵⁶. Nada impide que ello sea posible, negarlo supondría vetar el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en razón misma de su discapacidad, y eso es discriminación. «Conviene también insistir en que la necesidad de apoyo y su intensidad, en el marco de la filosofía de la Convención, deben evaluarse atendiendo no solo a parámetros médicos, ni a habilidades funcionales, sino también a factores sociales y lo mismo cabe

afirmar en relación con la modalidad, el nivel y la figura de apoyo considerada pertinente»⁵⁷. Ante los apoyos, también hay salvaguardias y, en todo caso, el deber por el notario de comprobar si la persona ha podido exteriorizar una voluntad testamentaria enteramente libre, ajena a influencias externas, con conocimiento de los efectos jurídicos del acto testamentario.

Un sector de la propia doctrina española, al menos de soslayo, no niega la posibilidad de que se otorguen testamentos abiertos o notariales con apoyos. CAROL ROSÉS afirma el carácter personalísimo del testamento y en tal sentido coincide en que «(e)n la testamentifacción activa no cabe que el curador complete la capacidad del sujeto a curatela, del mismo modo que el tutor no puede testar por el tutelado»⁵⁸, para luego matizar en el sentido de que «si distinguimos entre el proceso de formación de la voluntad y el consentimiento no cabe duda de que tanto el tutor como el curador pueden tener una intervención decisiva en dicho proceso de formación de la voluntad para impedir que un vicio anule el consentimiento, siendo esta una manifestación del necesario apoyo proclamado por la Convención de Nueva York con respecto de personas que aun habiendo sido objeto de alguna medida restrictiva de su capacidad siempre podrán testar si en el momento del otorgamiento gozan de capacidad natural»⁵⁹, y después proponer que «(p)ara el caso de que la persona no se encuentre sujeta a tutela ni a curatela, por no haber sido objeto de una medida restrictiva, pero que se encuentre en situación de vulnerabilidad como puede ser la vejez o el retraso mental leve, sería conveniente introducir una figura con cierto parecido al asistente del Derecho catalán con el fin también de apoyarle en el proceso de formación de la voluntad, con ello se completaría la adecuación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York por lo que a la testamentifacción activa se refiere»⁶⁰, o sea, aún con muchas precauciones, no deja de admitir el otorgamiento de testamento con apoyos por determinadas personas con discapacidad intelectual. Según GUILARTE GARCÍA-CALERO, «no cabe desconocer, que el Ordenamiento Jurídico considera que determinados actos, personalísimos, entre los que se encuentra el otorgamiento de testamento, pueden realizarse por personas que precisan determinados apoyos en el ejercicio de su capacidad jurídica, personas con la capacidad modificada judicialmente. En estos casos, el Ordenamiento Jurídico está obligado a consagrar un espacio de capacidad que permita la conclusión de aquellos actos, sin abandonar su función tuitiva y, por tanto, articulando los mecanismos necesarios para que aquellas personas puedan ejercitar su capacidad jurídica sin discriminación y, por tanto, provistas de los apoyos y salvaguardas que garanticen que el acto se concluye libre y voluntariamente, sin influencias indebidas y con plenitud de garantías en orden a provocar los efectos que le son propios»⁶¹.

Por su parte, NÚÑEZ NÚÑEZ, en un estudio sobre la capacidad para testar, concretamente de las personas con discapacidad intelectual, al pasar

revista al artículo 12 de la CDPD con vista a armonizar el ordenamiento jurídico español con dicho texto convencional afirma que «debe siempre intentarse la búsqueda de apoyos para procurar alcanzar la capacidad testamentaria. En esta vía, es interesante la intervención de otras personas que ayuden en la comprensión por el testador de lo que se hace, más un juicio de capacidad externo con la posible asistencia de quienes contribuyan a que el notario pueda analizarla, y que acredite que, así formada, es la voluntad suficiente del testador; se impone el criterio de promoción de la capacidad»⁶². Es decir, la autora admite la posibilidad de los apoyos, con la salvaguardia que el notario supone, e incluso deja entrever el valor del dictamen de los facultativos en tal orden (al cual he hecho referencia en sentido crítico). No obstante, queda claro que para la autora lo que se impone es la promoción de la capacidad de la persona, en lo que puede ser útil y necesario un sistema de apoyos. En tanto MARTÍNEZ MARTÍNEZ arguye como uno de los retos del ordenamiento jurídico español en este orden «el diseño de adecuadas medidas de apoyo para la emisión de una declaración de voluntad *mortis causa* en testamento»⁶³, incluyendo al testamento ológrafo.

En fin, como plantea CUENCA GÓMEZ, «(e)l reconocimiento de la igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad requiere, en efecto, que se cumplan las exigencias de accesibilidad en todos los ámbitos en los que debe ejercerse la capacidad jurídica y donde las dificultades persisten, no se trata de transferir el derecho a decidir a un tercero, sino de poner a disposición de las personas los ajustes y apoyos individualizados necesarios [...] para que la persona pueda tomar sus propias decisiones»⁶⁴. Esta autora nos pone a pensar una y otra vez sobre la manera en que debemos asumir el sistema de apoyos en actos incluso de naturaleza personalísima como el testamento. «La capacidad natural exigida [...] para la realización de actos personalísimos debe desvincularse de referencias a la ‘competencia mental’ y definirse en términos neutrales en relación con la discapacidad y las deficiencias»⁶⁵. En este ámbito de los derechos personalísimos, donde se incluye el derecho a testar, «se proyecta también el derecho general a los apoyos y al establecimiento de un plan personalizado que tratan de facilitar la conformación, expresión y comunicación de esa voluntad. Los funcionarios y autoridades que intervengan en estos actos deben velar por el buen funcionamiento de las medidas y planes de apoyo»⁶⁶.

IV. ¿TESTAMENTO OLÓGRAFO CON APOYOS?

Sin dudas, el otorgamiento de un testamento ológrafo, enteramente privado, fuera del alcance del asesoramiento técnico y del juicio de capacidad del notario, sin la intervención de testigo, multiplica los riesgos de

voluntades captatorias o influencias indebidas en el testador, amén de otros vicios de la manifestación de voluntad como el error o el fraude. Si se trata de un testador vulnerable como los ancianos o las personas en situación de discapacidad, el riesgo crece exponencialmente. Además —como ya se ha expresado—, para la ejecución del testamento es *conditio sine qua non* acreditar el fallecimiento del testador, quien nada puede esclarecer.

El testamento ológrafo es la expresión más clara de un acto trascendente en la vida de una persona, personalísimo y enteramente privado. Por ello tendremos que ser cautelosos en la admisión de ciertos apoyos, que no niego puedan ser utilizados como apoyos tecnológicos, o mecánicos o incluso humanos. Si en Códigos civiles como el peruano expresamente se admite el uso del braille para este tipo de testamento⁶⁷, nada impediría que pudieran emplearse otros medios de comunicación tecnológica que faciliten a personas con discapacidad exteriorizar su voluntad e incluso también apoyos personales. Compete a los juristas crear herramientas legales que permitan que las personas con discapacidad puedan acceder a toda la tipología testamentaria, sin discriminación, sin dejar de observar las formalidades que al efecto establezcan las normas jurídicas y las cautelas para evitar suplantación o sustitución de voluntad, o lo que es peor, la redacción de un testamento de autoría putativa. Algunas de estas cautelas ya se han introducido por determinados cuerpos legales para evitar, *v. gr.*, influencias indebidas de cuidadores de los ancianos en los centros geriátricos⁶⁸ o incluso se prevén en un futuro⁶⁹.

1. EL CASO DEL TRIBUNAL DE VARESE

Por lo peculiar y quizás poco usual del caso y por las enseñanzas que ofrece, tratándose de un testamento ológrafo, por demás con apoyos, vale la pena hacer alusión a este asunto, fallado por un tribunal italiano (Tribunal de Varese, decreto de 12 marzo de 2012, juez tutelar: G. Buffone). El 17 de enero de 2012, a través del Decreto núm. 332/2012, se estableció a favor de una persona con discapacidad una administración de apoyo, según el Derecho italiano, designándose a tal efecto a su hermana, quien por tal razón le ayudaría en actividades administrativas y de gestión. La persona beneficiaria de la administración de sostén o de apoyo estaba afectada por una esclerosis lateral amiotrófica (ELA)⁷⁰, que le había comenzado a principios de 2005. En el año 2012, dicha persona se encontraba sujeta a respiración mecánica mediante traqueotomía y a nutrición enteral. No obstante, las investigaciones médicas arrojaron que dicha persona estaba perfectamente alerta, consciente y bien orientada. Sin embargo, presentaba tetraparesia grave, razón por la cual no podía usar sus extremidades. El 16 de febrero de 2011 es escuchado

por el juez en su casa, lugar en el que se comprobó tenía un comunicador ocular que le permitía expresarse. En la ocasión declaró estar al tanto del procedimiento de apoyo que se estaba sustanciando y solicitó designar a su hermana como administradora, lo cual hace colegir que se trataba de una persona perfectamente capaz de comprender y querer y, gracias al apoyo de las nuevas tecnologías, también podía expresar su voluntad y comunicarla a terceros sin ningún problema. Por razón de su imposibilidad física, se veía impedido de otorgar testamento, por lo tanto, solicita que el beneficiario de sostén, en sustitución de él, pueda firmar su última voluntad a través del comunicador ocular, pero estando en sus deseos nombrar entre los herederos a su propia hermana, administradora de sostén, también propuso al juez evaluar la posible designación de un curador especial a tal fin.

Según se expresó en el mencionado decreto, «*el paciente con ELA conserva intacto su núcleo de la voluntad: y, sin embargo, mientras ‘puede’, es encerrado en una corteza física atacada por la enfermedad que lo impide externalizar, con canales típicos, la propia voluntad*». Todo ello hace que para hacer frente a esa «prisión» física en la que se encuentran los pacientes con ELA, la tecnología ha brindado y puesto en el mercado comunicaciones alternativas que permiten al paciente la comunicación a través de formas no verbales —tal y como potencia la CDPD—, entre ellos el comunicador ocular, que permite señalar con el ojo, a través del control ocular, único movimiento aún controlable por el paciente que padece esta enfermedad; credibilidad científica de dicho comunicador que está reconocida internacionalmente, de ahí su alto costo, que no lo hace accesible a todos los pacientes. El decreto deja dicho también, con un lenguaje convencional y de derechos humanos, a partir del cual enarbola el derecho de toda persona a ejercer en igualdad de condiciones con los demás el ejercicio de su capacidad jurídica que «*(e)l reconocimiento de la importancia de la comunicación no verbal, a través de leer el movimiento del ojo, sin embargo, no constituye solo un medio de externalización (también legal) de la voluntad, sino un acto de respeto y celebración de la dignidad del paciente, quien solo de esta manera puede volver a ser un participante de la sociedad, de la familia, de sus afectos y, sobre todo, solo de esta manera puede volver a tener control sobre su vida, a través de una revelación clara y precisa de cada voluntad y deseo*». En tal sentido, el Tribunal hace alusión en sus fundamentos jurídicos a la CDPD (letra n del preámbulo y el artículo 4, relativo a la accesibilidad de la comunicación, el derecho a la comunicación de las personas con discapacidad).

A la luz de las tales consideraciones, el Tribunal señaló que el paciente disfruta del derecho de comunicar sus deseos y también tiene derecho a que ello se haga efectivo, en el sentido de que, en caso de imposibilidad de acceso a los formularios previstos por la ley para beneficiarios de ciertos derechos, se introduzcan medidas para evitar el estancamiento y, por lo tanto, la discriminación, según la enfermedad.

Sobre esa base, el Tribunal dispuso que si un paciente con ELA desea testar, la patología no puede ser la razón que se lo impida, pues ello supondría una discriminación por razón de su enfermedad, inaceptable por demás, pues conculcaría los compromisos internacionales asumidos por el Estado y también los artículos 2 y 3 de la Constitución italiana, que no distinguen el acceso a derechos constitucionales basados en la capacidad o no de poder escribir o moverse (especialmente cuando la persona esté totalmente con la aptitud de entender y querer). Por tal motivo el Tribunal dispone, a favor de la persona, la activación de mecanismos legales de ‘sustitución’ (apoyos y salvaguardias), a través de los cuales el administrador de sostén recogería la voluntad de la persona con discapacidad, firmando los documentos en nombre de él, conforme con los deseos recopilados, según lo previsto para esta figura jurídica (de conformidad con el artículo 409 párrafo I del *Codice*).

Para superar la tesis de la naturaleza personalísima del acto testamentario, que choca como iceberg contra lo expuesto, el Tribunal arguye que el derecho de testar cae en la categoría de derechos personalísimos, según la doctrina tradicional que lo sitúa como un derecho solo ejercitable por su titular. Empero —sostiene el Tribunal—, tal tesis se ha desmoronado en los últimos tiempos como consecuencia del impulso de la doctrina y sobre todo de la jurisprudencia, «que no excluye la posibilidad de un reemplazo también en las situaciones legales subjetivas con sustrato existencial». Apunta también el Tribunal que como enseña la doctrina más reciente, la administración de apoyo se erige como «una persona que acompaña a las opciones existenciales», «(e)n otras palabras, se trata de llegar a una interpretación que mejora la autonomía de los sujetos débiles en una perspectiva en el sentido de hacer efectivo el ejercicio de los derechos».

Ante el formalismo y el positivismo jurídico que en materia sucesoria suponen las formalidades del testamento ológrafo, a saber: que sea escrito íntegramente por el testador, con su propia letra, fechado y firmado, el Tribunal, aplicando normas supranacionales, opta por la solución «que salvaguarda el derecho del incapaz de llevar a cabo sus actos personalísimos y le da una herramienta flexible y plástica para que esto suceda: si se alega que el incapaz no puede ser reemplazado por el administrador en la realización de los actos más personales, entonces uno debería aceptar, de hecho, que las personas vulnerables pierden, en términos concretos, esos derechos, ya que ya no los ejercen. Tesis que ya no es aceptable a la luz del cambio en el marco constitucional, comunitario e internacional».

De este modo, también expresa que en cuanto al caso en concreto, respecto «a los pacientes con ELA equipados con un comunicador ocular ('suerte entre los desafortunados'), por lo tanto, debe admitirse que el administrador puede recoger el testamento [...], volver a ponerlo en forma escrita en un acto formal firmado, de conformidad con el artículo 409 del Código civil, en

nombre y por cuenta del beneficiario (del que está sujeto al administrador de sostén) [...]. De esta manera, en resumen, el administrador se convertirá en la herramienta del beneficiario (testador) para hacer una voluntad holográfica válida».

Tratándose el caso de aquel en que el administrador de sostén era uno de los presuntos herederos, el tribunal aplicó la salvaguardia de designar un curador especial que proporcionara la misma ayuda al testador, y a tales efectos dispuso además que:

1. El curador iría a la casa de la persona con discapacidad (antes del 31 de marzo de 2012) y, en presencia del administrador de sostén, le pre-guntaría la posibilidad de redactar (en vídeo), con el comunicador ocular, su voluntad. El curador debería recopilar la representación de la pantalla fotográfica. El curador informaría además de los deseos del beneficiario (testador) mediante documento escrito de su propia mano, según las formas a que se refiere el artículo 602 del *Codice*, de modo que cada hoja sería firmada de la siguiente manera: «*el editor abajo firmante Avv. ... en representación sustituta de... y en su nombre, de conformidad con el artículo 409 del Código civil italiano, justo decreto del Tribunal de Varese de 12 de marzo de 2012*».

2. El curador depositaría el testamento en la propia casa del testador, en el lugar indicado por él, y una copia de este, con las representaciones fotográficas, se depositaría en el expediente del caso. En ese momento, la curaduría especial abierta cesaría.

3. El administrador de sostén sería el responsable de recoger cualquier revocación o cambios al testamento, informando al juez tutelar que hiciera los arreglos a la colección de nuevas voluntades, donde ocurrieron.

A pesar de que la crítica a esta decisión judicial no se hizo esperar⁷¹, sobre la base del quebrantamiento del principio de legalidad, pues como dispone el artículo 101 de la Constitución italiana, los jueces están sujetos únicamente a la ley, no cabe duda de que ella apuesta por una jurisprudencia creativa, capaz de dar una solución en la que la justicia material del caso se impone al formalismo jurídico. Las normas legales italianas —como la mayoría de nuestros ordenamientos jurídicos— no superan un control de convencionalidad. Y mientras, se siguen negando a las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos, sobre la base de la preeminencia de formas y formalidades como las alegadas como bandera por la doctrina en sede de testamento ológrafo. Se le critica también en tanto el «Tribunal no tiene el poder de crear reglas jurídicas; por lo tanto, no se puede dudar de que la decisión en cuestión no puede, en su dispositivo, tener la fuerza para dictar nuevas reglas sobre la forma y formalidad de la voluntad holográfica. Cuya disciplina permanece, exclusivamente, y de manera rigurosa,

sancionada y colocada en la norma a que se refiere el artículo 602 del Código civil italiano»⁷².

Nuevamente también se invoca en la crítica formulada al decreto, la vulneración flagrante del personalismo testamentario⁷³, el que a mi juicio no se quebrantó, pues en definitiva el curador especial fue solo la mano ejecutora de la voluntad del testador, la mano que por razón de la enfermedad tenía atrofiada el testador, que consciente, alerta y lúcido, a través del comunicador ocular —que por una razón u otra tenía en su poder, cualquiera sea su costo económico— pudo transmitir esa voluntad testamentaria, que simplemente el curador *ad hoc*, judicialmente designado, se limitó a volcar con las formalidades que el Código civil exige para este tipo de testamento. Se trata pues de invocar una interpretación de los preceptos legales contenidos en los códigos civiles en materia testamentaria, más allá de lo que la civilística ha afirmado con una visión herméticamente privatista, diría químicamente pura, alejada de la hermenéutica convencional sustentada en un enfoque social y un lenguaje de derechos humanos.

V. CAPACIDAD PARA TESTAR, APOYOS Y SALVAGUARDIAS

Junto a los apoyos, la CDPD ha previsto en su artículo 12.4 la figura de las salvaguardias, como natural contralor de los apoyos para evitar conflictos de intereses, influencias indebidas y también, en el lenguaje jurídico tradicional, voluntades captatorias, lo cual puede ser más frecuente en los testamentos otorgados por personas vulnerables, como ancianos y personas en situación de discapacidad. Las salvaguardias —según la ya citada Observación general núm. 1— tienen como principal objetivo «garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona» y «proporcionar protección contra los abusos, en igualdad de condiciones con las demás personas».

Las salvaguardias suelen ser vistas desde el prisma judicial (*v. gr.*, la prevista en el art. 696.9 CC de Perú, en el sentido de que será el juez el que con carácter previo al otorgamiento del testamento ante notario, autorizará que el apoyo del testador pueda resultar beneficiado con dicho testamento)⁷⁴, pero también existen en el ámbito de actuación extrajudicial en el que se ejerce la facultad de testar, estas «se proyectan sobre los mecanismos de apoyo, orientándose a evitar los abusos [...] no deben ser contempladas como elementos orientados a regularizar y a racionalizar el modelo de sustitución, sino que su papel es, precisamente, evitar que los mecanismos de apoyo se conviertan en mecanismos de sustitución»⁷⁵. Su brújula ha de ser la protección de los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas. Por ello se ha sustituido el principio del mejor interés de la persona

en situación de discapacidad por el de la voluntad y las preferencias de la persona⁷⁶. A ellas se deben dirigir todos los esfuerzos tanto de los apoyos como los controles que las salvaguardias suponen pues «(e)sa es la función de la salvaguardia: custodiar el correcto funcionamiento de la medida de apoyo, cuidando, fundamentalmente, que la persona con discapacidad no vea suplida su voluntad por quien tiene a su cargo el desempeño de la función de apoyo»⁷⁷.

1. EL NOTARIO COMO *RECHTSWAHRER* O SALVAGUARDIA EN EL OTORGAMIENTO DEL TESTAMENTO CON APOYOS

En el ámbito testamentario, no cabe duda de que el testamento abierto o notarial, al ser el de mayores garantías para el testador, resulta el más utilizado. En tal sentido, el notario ante el cual se otorgue un testamento con apoyos, será sin duda alguna la mejor salvaguardia posible. Su función no solo será de informar, asesorar, esculpir a través de la mayéutica socrática la voluntad testamentaria, sino también la de controlar la indebida influencia del apoyo o de los apoyos sobre el testador, y no solo de los apoyos. El notario debe velar por que la manifestación de voluntad testamentaria se externalice libre de todo vicio. El testamento debe expresar la libre voluntad del testador.

«La intervención del notario es garantía para todas las personas del pleno respeto de su libertad y autonomía, en el campo de las relaciones jurídico privadas, evitando con su actuación influencias indebidas en la formación de la voluntad negocial»⁷⁸, es «medio idóneo para garantizar y hacer efectivos los derechos de las personas necesitadas de especial protección, a fin de que puedan ejercitar con garantías su autonomía e independencia individual, incluida la libertad de tomar sus propias decisiones»⁷⁹.

Como ya en otra ocasión he expresado, «Precisamente la fe pública de la que están dotados los documentos en razón de su autor hace que el acto o negocio jurídico instrumentado tenga autenticidad formal y material, es un acto perfecto en un documento, igualmente perfecto. El notario crea un documento dotado de blindaje, solo destruible por razón de una falsedad declarada judicialmente. Esa fe pública impuesta por ley, es verdad oficial, en el sentido de que no se llega a ella por un proceso de convicción, de libre albedrío, sino por razón de un imperativo jurídico que compelle a tener por ciertos e indubitados ciertos hechos o actos, sin que la sociedad pueda dudar sobre la verdad objetiva insita en ellos»⁸⁰. El Derecho busca la garantía debida con la actuación notarial, nadie mejor que el notario para cumplir con el mandato de la Convención (art. 12.4), en el sentido de «impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional de los dere-

chos humanos». Por esa razón, como expresa RODRÍGUEZ ADRADOS, «Ni el legislador cuando ordena o fomenta la documentación notarial, ni los particulares cuando espontáneamente acuden al Notario, van buscando solamente un documento perfecto formalmente, sin importarles la eficacia o ineficacia, las virtudes o los vicios o defectos del negocio contenido en él [...] y esto es lo que el Notario y el documento notarial han de procurar darles; no solo el *nomen verum* de la certeza formal, sino el *nomen bonum* de su contenido [...] Solo así el Notario [...] podrá controlar en profundidad, desde dentro, la legalidad del negocio, en un sentido positivo, ser verdaderamente, como dicen los alemanes, *Rechtswahrer*, guardián del Derecho; y solo así se conseguirá, incluso, que la misma fe pública no se convierta en mera caricatura, al acuñar una voluntad de las partes que sin duda ‘es’ su voluntad, pero que no ‘sería’ tal voluntad de haber estado debidamente informadas y asesoradas»⁸¹, lo cual en sede de personas con discapacidad toma particular relieve.

De este modo, en el testamento abierto o notarial es el notario la mejor salvaguardia. Y ello no quiere decir, como se dice incluso en la *Guía notarial...*, que el notario no sea un apoyo institucional. Lo es, el concepto de apoyos es muy amplio. Y el notario desempeña una labor de asesoramiento, información e incluso puede contribuir a la formación de la voluntad testamentaria, alejando al testador de abusos o influencias indebidas. Pero si el testador concurre ante él con apoyos extrajudiciales o incluso judicialmente dispuestos, el notario, más que como apoyo, actúa como contralor o salvaguardia⁸². Es una garantía que ofrece el Estado para que la persona con discapacidad pueda ejercer sus derechos y expresar su voluntad conforme con sus preferencias y libre de cualquier influencia externa, incluida la que pudiera ejercer el propio apoyo. O sea, «la obligación general de salvaguardar el buen funcionamiento del sistema de apoyos —la inexistencia de abusos, y de influencia indebida, el respeto a la voluntad y preferencias de la persona apoyada— no solo recae en los jueces y en el Ministerio Fiscal, sino también en diferentes autoridades, funcionarios u operadores —Notarios, Registradores [...]»⁸³. La propia *Guía notarial...* reconoce también que actúa como salvaguardia en un doble sentido: «positivo, para respetar los derechos, voluntad y preferencias, y en un sentido negativo, para impedir abuso e influencia indebida». Y entre sus recomendaciones establece que compete al notario —a mi juicio como salvaguardia, más que como apoyo—, la «comprobación de que el apoyo no es sustitutivo, ya sea porque fuerce o retuerza la voluntad de la persona con discapacidad, bien porque no intente ayudar a formar y expresar esa voluntad, y se convierta en una expresión unilateral de la persona que presta apoyo, ante una actitud ausente y desentendida por parte de la que tiene discapacidad»; el »(c)ontrol [...] de que el apoyo sea aceptable y suficiente para que la persona con

discapacidad se forme su propio consentimiento»; «calificar el resultado final de la actuación con apoyos; en caso de juicio negativo puede y debe denegar su autorización si considera que no concurre una voluntad coherente, libre, consciente e informada».

Extremos todos —los apuntados anteriormente— que en perfecta sintonía son aplicables en sede testamentaria y que con especial énfasis también explica ALFARO GUILLÉN —si bien en materia de testamento del anciano— al apuntar que compete al notario la «(v)igilancia de la supremacía de la autonomía de la voluntad: descartar las influencias captatorias por la proclividad a vicios en la manifestación de voluntad [...], mediante algunas alternativas de comprobación:

- a) la indagación profunda del notario para evitar discordancias inconscientes entre lo que dispone el compareciente y su querer interno, con especial atención en las motivaciones del autor del acto;
- b) preguntas de confirmación;
- c) énfasis en los efectos del clausulado como parte de la función asesora»⁸⁴.

Todo ello sí, pero sobre la base de ser el principal guardián de la libertad y legalidad del acto testamentario, en tanto «(s)u formación profesional le permite además, verificar la única pauta que modula la actuación de la persona con discapacidad: la comprobación de su autonomía personal y la utilización precisa de los apoyos que sean menester»⁸⁵.

VI. A MODO CONCLUSIVO: EL EJERCICIO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA PARA TESTAR TAMBIÉN FORMA PARTE DE UNO DE LOS ASPECTOS DE LA VIDA

El artículo 12.2 de la CDPD deja bien claro que «*las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida*». La norma no distingue y ello es un aspecto medular para poder entender el verdadero sentido y alcance de este precepto, esencial para la comprensión del modelo social de derechos humanos, de modo que la capacidad es una sola y se ejerce o bien por la persona por sí misma, o a través de mecanismos de apoyo de la más diversa naturaleza y matices.

El ejercicio de la capacidad jurídica se erige en un derecho humano de necesario reconocimiento por los Estados signatarios de la Convención y desde el Derecho civil hay que visualizar esta dimensión. Una formulación extremadamente civilista de ello, en los cánones tradicionales en los que se

ha diseñado, daría al traste con los esfuerzos que ha supuesto la Convención para el logro del ejercicio de los derechos de las personas en situación de discapacidad, cuya pieza clave es el reconocimiento a todas las personas por igual de la capacidad jurídica.

El ejercicio del derecho a testar, como parte esencial del fenómeno sucesorio que ha de entenderse protegido en su sentido genérico en el apartado 5 del propio artículo 12 convencional, compete a todos, siempre que la persona pueda comprender el sentido y alcance del acto y cuáles son sus efectos jurídicos. Impedirles a las personas en situación de discapacidad el otorgamiento de testamento a través del sistema de apoyos, so pretexto del carácter personalísimo del acto testamentario, supondría negar la verdadera esencia de los apoyos, ya sean extrajudiciales o judiciales, siempre que su función sea en todo caso no sustitutiva de la voluntad y sí de acompañamiento, asesoramiento, auxilio, atendiendo a su autonomía, sus preferencias, y en pos del ejercicio de su capacidad jurídica, a la vez que expropiarles el derecho a sus titulares.

Se hace necesario entonces transitar hacia un nuevo modelo en el que los actos de naturaleza sucesoria no pueden ser excluidos. Este cambio de paradigma al que estamos abocados no solo estará condicionado por reformas legales, sino por cambios en la visión del fenómeno desde su proyección social. No se olvide «que el Derecho no es lo que está escrito en la ley sino lo que vive en la sociedad»⁸⁶.

VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES

- Sentencia del Tribunal Constitucional alemán 1999 (*BVerfGNJW*, 1999, 1853).
- STS España, Sala Civil de 14 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4755).
- STS España, Sala Civil de 20 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4900).
- STS España, Sala Civil, de 4 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5138).
- STS España, Sala civil, de 15 de marzo de 2018 (146/2018) (ponente PARRA LUCÁN, *ROJ*: 936/2018).
- STS Cuba, Sala de lo civil y de lo administrativo, núm. 766 de 19 de diciembre de 2002 (ponente BOLAÑOS GASSÓ).
- STS Cuba, Sala de lo civil y de lo administrativo, núm. 430 de 15 de julio de 2003 (ponente BOLAÑOS GASSÓ).
- STS Cuba, Sala de lo civil y de lo administrativo, núm. 210 de 29 de marzo del 2005 (ponente BOLAÑOS GASSÓ).
- STS Cuba, Sala de lo civil y de lo administrativo del Tribunal Supremo, núm. 818, de 23 de septiembre de 2005 (ponente ARREDONDO SUÁREZ).

- STS Cuba, Sala de lo civil y de lo administrativo del Tribunal Supremo, núm. 826, de 26 de diciembre de 2005 (ponente ARREDONDO SUÁREZ).
- STS Cuba, Sala de lo civil y de lo administrativo núm. 714 de 25 de octubre de 2006 (ponente CARRASCO CASI).
- STS Cuba, Sala de lo civil y de lo administrativo núm. 113 de 30 de abril de 2010 (ponente ARREDONDO SUÁREZ).
- STS Cuba, Sala de lo civil y de lo administrativo núm. 479 de 15 de diciembre de 2011 (ponente ACOSTA RICART).
- STS Cuba, Sala de lo civil y de lo administrativo núm. 644 de 30 de septiembre de 2014 (ponente DÍAZ TENREIRO).
- STS Cuba, Sala de lo civil y de lo administrativo, núm. 49 de 31 de enero de 2019 (ponente VALDÉS ROSABAL).

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ACEDO PENCO, Á., *Derecho de sucesiones. El testamento y la herencia*, Dykinson, Madrid, 2014.
- ALBALADEJO GARCÍA, M., *Curso de Derecho civil V – Derecho de sucesiones*, 7.^a edición, Bosch, Barcelona, 1997.
- ALDERETE, C.M., El sistema de apoyos en la toma de decisiones de las personas con discapacidad. Propuestas y comentarios, *Infojus*, 14 de septiembre de 2015, Id SAIJ: DACF150503, www.infojus.gov.ar, consultado el 10 de mayo de 2020.
- ALFARO GUILLÉN, Y., El otorgamiento de testamento durante la vejez: recomendaciones de *lege data* para la autorización notarial en Cuba, en *Homenaje a José María Castán Vázquez. Liber amicorum*, Tirant lo Blanch-Consejo General del Notariado, Madrid, 2019, 1397-1431.
- ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, J.A., *Derecho de sucesiones*, Instituto Pacífico, Lima, 2018.
- AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. de. Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente, *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, julio-agosto de 2018, 3-37.
- Derecho de sucesiones y discapacidad. Retos y cuestiones problemáticas, en Cristina de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ y María MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones y discapacidad. Retos y cuestiones problemáticas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2020, 11-105.
- BARBA, V., Testamento olografo scritto di mano dal curatore del beneficiario di amministrazione di sostegno, *Famiglia, Persone e Successioni*, núm. 6, giugno 2012.
- BELLOCH ORTÍ, C., Tecnologías de ayuda: sistemas alternativos de comunicación, disponible en www.uv.es/bellochc/pdf/pwlogo5.pdf, consultado el 2 de mayo de 2016, 4-6.
- BERROCAL LAZAROT, A.I., La capacidad y voluntad de testar dos pilares fundamentales en la sucesión testada, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 94, núm. 770, 2018, 3339 a 3371.

- CAROL ROSÉS, F., Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentificación de las personas con la capacidad judicialmente modificada y con discapacidad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 764, 3242-3265.
- CISTERNA REYES, M.^a S., Desafíos y avances en los derechos de las personas con discapacidad: una perspectiva global, *Anuario de Derechos humanos*, núm. 11, 2015, 17-37.
- CORVO LÓPEZ, F.M.^a, La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual, *Revista de Derecho Civil*, volumen VI, núm. 4 (octubre-diciembre, 2019), 135-170, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, consultada el 14 de mayo de 2020.
- CUENCA GÓMEZ, P., El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española, *REDUR* 10, diciembre de 2012, 61-94.
- La configuración de los apoyos, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, ponencia presentada en la Conferencia ALFA: Discriminación y grupos en situación de vulnerabilidad: género y discapacidad (2, 3 y 4 de septiembre de 2014, Lima, Perú), disponible en <https://idehpucp.edu.pe>, consultada el 12 de mayo de 2020.
- DÍAZ ALABART, S., *El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: problemas y posibles soluciones*, Foro de debate jurídico, Reus, Madrid, 2018.
- DÍEZ GÓMEZ, A., La supresión de los testigos en los testamentos, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 2, abril-junio de 1992, 43-68.
- ESPÍN CÁNOVAS, D., *Manual de Derecho civil español*, volumen V – Sucesiones, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957.
- FERNÁNDEZ ARCE, C., *Manual de Derecho sucesorio*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014.
- FERRER, F.M., *Cuestiones de Derecho civil. Familia y sucesiones*, con la colaboración de Francisco A.M. Ferrer, Rubinzahl Culzoni, Santa Fe, 1979.
- GARCÍA RUBIO, M.^a P., Algunas propuestas de reforma del Código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil, *Revista de Derecho Civil*, volumen V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, 173-197, 177, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, consultada el 16 de mayo de 2020.
- GIavarino, M.B., La recepción del sistema de apoyos en el nuevo Código civil y comercial, en *Estudios de Derecho privado: comentarios al nuevo Código civil y comercial de la Nación*, Liliana Abreut de Begher... [et al.]; compilado por Graciela C. Wüst, 1.^a edición adaptada, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, 115-129.
- GUILLARTE MARTÍN-CALERO, C., Capacidad para testar de persona sometida a curatela: Contenido de la sentencia de modificación de la capacidad de obrar y alcance del artículo 665 del Código civil. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (146/2018), en Mariano Izquierdo Tolsada (coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, volumen 10, 2018, 453-466.

- IGLESIAS FRECHA, J.M., Consideraciones jurídicas sobre la implementación legal de un sistema de apoyos a favor de las personas con discapacidad, *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, volumen 2 (2), 2018, 27-50.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.*, *Elementos de Derecho civil V – Sucesiones*, 4.^a edición, revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2009.
- LANATTA, R.E., *Derecho de sucesiones*, tomo II, 3.^a edición, Desarrollo, Lima, 1993.
- LORENZO ÁLVAREZ, L., Los sistemas alternativos y/o aumentativos de comunicación: la comunicación bimodal como recurso en el aula de audición y lenguaje, *Trabajo de fin de grado*, Facultad de Educación y Trabajo Social, Universidad de Valladolid, s.f., disponible en <https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/3923/1/TFG-G%20296.pdf>, consultada el 4 de mayo de 2016
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M.^a, Sucesión intestada, atribuciones “ex lege” y protección de las personas con discapacidad, en Cristina de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ y María MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *Derecho de sucesiones y discapacidad. Retos y cuestiones problemáticas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2020, 107-174.
- MEJÍA ROSASCO, R., La reforma de la capacidad de la persona en la legislación civil y notarial en el Perú: La implementación de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, en *Derechos e integración*, revista del Instituto de Derecho e integración, Colegio de escribanos de la provincia de Santa Fe, núm. 14, año X, 2019, 27-52.
- MONJE BALMASEDA, Ó., La delación testamentaria. El testamento como negocio jurídico y la capacidad para testar, en Francisco Lledó Yagüe – Ramón Herrera Campos (dirs.), Oscar Monje Balmaseda (coord.), *Sistema de Derecho civil. Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2002, 73-93.
- NÚÑEZ NÚÑEZ, M.^a, La persona con discapacidad intelectual ante el otorgamiento de testamento abierto notarial, en Montserrat Pereña Vicente (dir.), Gloria Díaz Pardo y María Núñez Núñez (coords.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Dykinson, Madrid, 2018, 511-527.
- O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho civil*, tomo V – *Derecho de sucesiones*, 2.^a edición, corregida y puesta al día, ed. Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1987.
- OLMO, J.P. y MARTÍNEZ ALCORTA, J., Artículo 12 CDPD: medidas de apoyo y de salvaguardia. Propuestas para su implementación en el régimen jurídico argentino, 8, disponible en www.articulo12.org.ar, consultada el 12 de mayo de 2020.
- OLMO, J.P., PRACH, E.M., Distinción entre medidas de apoyo y de salvaguardia. Comentario al fallo «C., H. M. s/Declaración de insania», *Revista de Derecho de Familia y Sucesiones*, Buenos Aires, núm. 6, diciembre de 2015, 30-12-2015, cita online: IJXCIV-828.
- PALACIOS, A., La configuración de los sistemas de apoyo en el contexto de la accesibilidad universal y los ajustes razonables, *paper* presentado en el Congreso internacional «Madrid sin barreras: Accesibilidad, ajustes y apoyos», A diez años de la promulgación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 24 y 25 de mayo de 2016, Universidad Carlos III de Madrid (Getafe), disponible en www.madridsinbarreras.org, consultada el 14 de mayo de 2020.

- PELOSI, C.A., *El documento notarial*, 3.^a reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1997.
- PEREÑA VICENTE, M., La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad, en Montserrat Pereña Vicente (dir.), Gloria Díaz Pardo y María Núñez Núñez (coords.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Dykinson, Madrid, 2018, 119-141.
- PÉREZ GALLARDO, L.B., El notario: función de autoridad pública, en *Ensayos de Derecho Notarial*, Gaceta Notarial, Lima, 2011, 13-36; «Testamento ológrafo y cerrado en braille en el Derecho peruano: Luces en el horizonte de las personas con discapacidad visual», *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 2017; Ley núm. 59/1987, *Código civil de la República Cuba, anotado y concordado*, 5.^a edición, ediciones ONBC, La Habana, 2019.
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A., El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad, *Revista de Derecho Notarial*, Colegios Notariales de España, año XVII, núm. CVII, enero-marzo, 1980, 255-409.
- RAMÓN FERNÁNDEZ, F., El testamento y la futura reforma del Código civil en materia de discapacidad: algunas reflexiones, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, junio 2019, 346-373.
- ROMERO COLOMA, A.M.^a, El testador anciano y los problemas de la testamentificación activa, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 85, núm. 713, 2009, 1213-1234.
- SERRANO DE NICOLÁS, Á., *Derecho de familia y sucesiones*, ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2016.
- SESTA, M., última lección de *Derecho familiar* en la Escuela de ciencias jurídicas, Universidad de Bolonia, Italia, el 22 de abril de 2020, con motivo de cierre de su vida universitaria por jubilación (cortesía del autor).
- SUÁREZ FRANCO, R., *Derecho de sucesiones*, 2.^a edición, Temis, Bogotá, 1996.
- TANTALEÓN ODAR, R.M., La discapacidad. Anotaciones al Decreto Legislativo 1384, *Derecho y cambio social*, núm. 56, abril de 2019, 199-229.
- TORRES GARCÍA, T.F. y GARCÍA RUBIO, M.^aP., *La libertad de testar. El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014.
- VALVERDE Y VALVERDE, C., *Tratado de Derecho civil español*, tomo V — *Derecho de sucesión mortis causa*, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1916.
- VARSI-ROSPIGLIOSI, E., TORRES MALDONADO, M.A., El nuevo tratamiento del régimen de la capacidad en el Código civil peruano, en *Acta Bioethica*, núm. 25 (2), 2019, 199-213.
- VAQUER ALOY, A., La protección del testador vulnerable, en *Libertad de testar y libertad para testar*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018.
- VILLAFUERTE CLAROS, A., *Derecho de sucesiones*, tomo II - Parte especial, Imprenta Riverijos Ltda., La Paz, 1995, 125.
- ZANNONI, E.A., *Manual de Derecho de las sucesiones*, 4.^a edición, actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999.
- ZÁRATE DEL PINO, J.B., *Curso de Derecho de sucesiones*, Palestra editores, Lima, 1998.

NOTAS

¹ GIAVARINO, Magdalena Beatriz, La recepción del sistema de apoyos en el nuevo Código civil y comercial, en *Estudios de Derecho privado: comentarios al nuevo Código civil y comercial de la Nación*, Liliana Abreut de Begher... [et al.]; compilado por Graciela C. Wüst, 1.^a edición adaptada, Asociación de Docentes de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016, 115-129, 115.

² ALDERETE, Claudio Marcelo, El sistema de apoyos en la toma de decisiones de las personas con discapacidad. Propuestas y comentarios, *Infojus*, 14 de septiembre de 2015, Id SAIJ: DACF150503, www.infojus.gov.ar, consultado el 10 de mayo de 2020.

³ *Ibidem*.

⁴ CUENCA GÓMEZ, Patricia, La configuración de los apoyos, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, ponencia presentada en la Conferencia ALFA: Discriminación y grupos en situación de vulnerabilidad: género y discapacidad (2, 3 y 4 de septiembre de 2014, Lima, Perú), disponible en <https://idehpucp.edu.pe>, consultada el 12 de mayo de 2020.

⁵ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, Derecho de sucesiones y discapacidad. Retos y cuestiones problemáticas, en Cristina de Amunátegui Rodríguez y María Martínez Martínez, *Derecho de sucesiones y discapacidad. Retos y cuestiones problemáticas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2020, 11-105, 20.

⁶ CUENCA GÓMEZ, P., La configuración..., cit.

⁷ OLMO, Juan Pablo y Julio MARTÍNEZ ALCORTA, Artículo 12 CDPD: medidas de apoyo y de salvaguardia. Propuestas para su implementación en el régimen jurídico argentino, 8, disponible en www.articulo12.org.ar, consultada el 12 de mayo de 2020.

⁸ CISTERNA REYES, María Soledad, Desafíos y avances en los derechos de las personas con discapacidad: una perspectiva global, *Anuario de Derechos humanos*, núm. 11, 2015, 17-37, 19.

⁹ *Vid.*, entre otros tantos, VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de Derecho civil español*, tomo V – *Derecho de sucesión mortis causa*, Talleres Tipográficos Cuesta, Valladolid, 1916, 52-53; ESPÍN CÁNOVAS, Diego, *Manual de Derecho civil español*, volumen V – *Sucesiones*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, 135; LACRUZ BERDEJO, José Luis, et al., *Elementos de Derecho civil V – Sucesiones*, 4.^a edición, revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Dykinson, Madrid, 2009, 167; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho civil V – Derecho de sucesiones*, 7.^a edición, Bosch, Barcelona, 1997, 210; ROMERO COLOMA, Aurelia María, El testador anciano y los problemas de la testamentificación activa, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año 85, núm. 713, 2009, 1213-1234, 1227; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, José A., *Derecho de sucesiones*, Instituto Pacífico, Lima, 2018, 293 y 295; SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, *Derecho de familia y sucesiones*, ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2016, 276 y 333; ZANNONI, Eduardo A., *Manual de Derecho de las sucesiones*, 4.^a edición, actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 1999, 592 y 602; FERRER, Francisco M., *Cuestiones de Derecho civil. Familia y sucesiones*, con la colaboración de Francisco A. M. Ferrer, Rubinzel Culzoni, Santa Fe, 1979, 438-440, 445, 449 y 458; ACEDO PENCO, Ángel, *Derecho de sucesiones. El testamento y la herencia*, Dykinson, Madrid, 2014, 121; LANATTA, Rómulo E., *Derecho de sucesiones*, tomo II, 3.^a edición, Desarrollo, Lima, 1993, 20 y 21; ZÁRATE DEL PINO, Juan B., *Curso de Derecho de sucesiones*, Palestra editores, Lima, 1998, 133; MONJE BALMASEDA, Óscar, La delación testamentaria. El testamento como negocio jurídico y la capacidad para testar, en Francisco Lledó Yagüe – Ramón Herrera Campos (directores), Óscar Monje Balmaseda (coordinador), *Sistema de Derecho civil. Sucesiones*, Dykinson, Madrid, 2002, 73-93, 75-76; O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Compendio de Derecho civil*, tomo V – *Derecho de sucesiones*, 2.^a edición, corregida y puesta al día, ed. Revista de Derecho Privado, EDERSA, Madrid, 1987, 119;

SUÁREZ FRANCO, Roberto, *Derecho de sucesiones*, 2.^a edición, Temis, Bogotá, 1996, 157 y 158; FERNÁNDEZ ARCE, César, *Manual de Derecho sucesorio*, Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2014, 171-172; VILLAFUERTE CLAROS, Armando, *Derecho de sucesiones*, tomo II – *Parte especial*, Imprenta Riverijos Ltda., La Paz, 1995, 125.

¹⁰ Todos los Códigos civiles del entorno así lo regulan, salvo el dominicano y el venezolano, que son omisos al respecto.

¹¹ Así se pronuncian expresamente el Código civil español (art. 670), el Código civil boliviano (art. 1115), el Código civil puertorriqueño (art. 619), el Código civil federal mexicano (art. 1295), el Código civil uruguayo (art. 782), el Código civil panameño (art. 702), el Código civil brasileño (art. 1858).

¹² Con ese expreso parecer se pronuncian tanto el Código civil chileno (art. 1004) como los que traen causa de él, a saber: el Código civil ecuatoriano (art. 1074), el Código civil colombiano (art. 1060), el Código civil hondureño (art. 985) y el Código civil salvadoreño, que solo adiciona, de manera explicativa —a diferencia del resto de los mencionados—, que «*no puede conferirse poder para testar*».

Incluye también esta expresión literal en el dictado de la norma, el nuevo Código civil y comercial de la Argentina en su artículo 2465.

¹³ Al decir del artículo 935 del Código civil nicaragüense. Por su parte, el artículo 2180.1 del Código civil portugués se refiere a «*acto personal*».

¹⁴ Según el dictado del artículo 619 del Código civil español, artículo 946 del Código civil nicaragüense, artículo 982 del Código civil uruguayo, artículo 702 del Código civil panameño. Con similar dicción lo regula el artículo 2465 del Código civil y comercial argentino.

El giro que hace al efecto el artículo 577 del Código civil costarricense expresa que «*no podrá depender del arbitrio de otro*».

¹⁵ Conforme con el artículo 577 del Código civil costarricense; así también el artículo 946 del Código civil de Nicaragua, que también extiende la prohibición al «*delegado*».

¹⁶ Tal y como literalmente dispone el artículo 477 del Código civil cubano.

¹⁷ El término *influencias indebidas* es de un marcado origen anglosajón, con especial connotación en el Derecho norteamericano. VAQUER ALOY, que ha hecho un perspicaz estudio sobre el tema, marca los elementos que le caracterizan, entre ellos la captación de voluntad. Se trata de voluntades captatorias de un sujeto sobre otro, que por las peculiares circunstancias en que se encuentra resulta fácilmente manipulable. Se afecta así la libertad de testar. Al citar la doctrina norteamericana sitúa cuatro elementos que la jurisprudencia norteamericana toma en cuenta para apreciar las influencias indebidas, a saber:

«a) una relación de confianza entre el testador y quien pretendidamente ejerce la influencia; b) la persona de confianza ha intervenido de alguna manera en la preparación o la redacción del testamento; c) el testador era susceptible de *undue influence*, lo que supone atender a su edad y condiciones mentales y físicas; d) el causante realiza alguna atribución ‘no natural’ a favor de la persona de confianza, de modo que cuanto más inesperable sea la atribución testamentaria efectuada, más probabilidades de *undue influence* [...]». *Vid.* VAQUER ALOY, Antoni, *La protección del testador vulnerable*, en *Libertad de testar y libertad para testar*, Ediciones Olejnik, Santiago de Chile, 2018, 127-156 (pp. 130-131), y especialmente, también la crítica a esta doctrina, que hoy en día parece destinada a «importarse» por la jurisprudencia continental.

¹⁸ En tanto —como expresa VAQUER ALOY—, si bien tienen capacidad para testar, la voluntad exteriorizada «por la influencia recibida, no es espontánea y completamente propia», de ahí su vulnerabilidad, «la idea central radica en el otorgamiento de un testamento en que alguien ha conseguido que se exprese una voluntad que no es la real del testador». *Vid.* VAQUER ALOY, A., *La protección del..., cit.*, 137-138 y 134, respectivamente.

¹⁹ ALFARO GUILLEN, Yanet, *El otorgamiento de testamento durante la vejez: recomendaciones de lege data para la autorización notarial en Cuba*, en *Homenaje a José*

Maria Castán Vázquez. Liber amicorum, Tirant lo Blanch-Consejo General del Notariado, Madrid, 2019, 1397-1431, 1416.

²⁰ Así, entre otros, BERROCAL LAZAROT, Ana Isabel, La capacidad y voluntad de testar dos pilares fundamentales en la sucesión testada, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año 94, núm. 770, 2018, 3339 a 3371, 3348, quien expresa que «(e)l carácter personalísimo del testamento impide la posibilidad de suplir la falta de capacidad con la intervención de terceras personas —representante legal o persona que le asista—; por ello, la opción por dotar del más amplio reconocimiento a la capacidad de testar».

²¹ DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, Testamento otorgado por personas que sufren discapacidad psíquica o tienen su capacidad modificada judicialmente, *Revista de Derecho Privado*, núm. 4, julio-agosto 2018, 3-37, 6.

²² Según Agustina PALACIOS, estos pueden ser «aquellos que se requieran para la celebración de determinados actos formales; y aquellos que se requieran para realizar actividades de la vida cotidiana, que bien podrían denominarse también ‘apoyos para la vida independiente’». Pueden ser también individuales o colectivos, según las necesidades propias de cada persona. *Vid.* PALACIOS, Agustina, La configuración de los sistemas de apoyo en el contexto de la accesibilidad universal y los ajustes razonables, *paper* presentado en el Congreso internacional «Madrid sin barreras: Accesibilidad, ajustes y apoyos», A diez años de la promulgación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 24 y 25 de mayo de 2016, Universidad Carlos III de Madrid (Getafe), disponible en www.madridsinbarreras.org, consultada el 14 de mayo de 2020.

²³ ALDERETE, C.M., El sistema de apoyos..., *cit.*

²⁴ PALACIOS A., La configuración de los sistemas..., *cit.*

²⁵ CISTERNA REYES, M.S., Desafíos y avances..., *cit.* 27.

²⁶ PALACIOS, A., La configuración de los sistemas..., *cit.*

²⁷ Resulta interesante tener en cuenta lo que se ha dispuesto en el proyecto de Ley presentado en la Cámara de Diputados de la Nación Argentina (expte. 4845-D-2017) para la implementación de un régimen legal para el acceso y conformación de un sistema de apoyos en favor de las personas con discapacidad, en relación con las transformaciones operadas en dicho campo a partir de la aprobación de la Convención sobre los derechos del niño, por Ley 23.849 (*B.O.* 22/09/1990); la CDPD, por Ley 26.378 (*B.O.* 9/6/2008), y con jerarquía constitucional por Ley 27.044 (*B.O.* 22/12/2014); la Ley nacional de salud mental 26.657 (*B.O.* 03/12/2010), reglamentada por el Decreto 603/2013 y el Código civil y comercial de la Nación, aprobado por Ley 26.994 (*B.O.* 08/10/2014).

Así, en el artículo 5 proyectado se establece como funciones de los apoyos:

«a) actuar en beneficio de las personas con discapacidad como eje rector;

b) actuar respetando los deseos, metas e intereses conforme a la preferencia y manifestación de la persona, y su identidad cultural;

c) actuar de manera imparcial, asesorar, acompañar, establecer medios, modos de comunicación con la persona que requiere el apoyo para facilitar la toma de decisiones asegurando al máximo posible la accesibilidad al ejercicio de los derechos».

Según el artículo 14 proyectado, los apoyos formales para el ejercicio de la capacidad jurídica comprenden «la asistencia en la comunicación y comprensión de determinados actos jurídicos y sus consecuencias, tanto en el proceso previo como durante su celebración al manifestar la voluntad y preferencias personales». Sobre el tema, *vid.* IGLESIAS FRECHA, Juan Manuel, Consideraciones jurídicas sobre la implementación legal de un sistema de apoyos a favor de las personas con discapacidad, *Revista Latinoamericana en Discapacidad, Sociedad y Derechos Humanos*, volumen 2 (2), 2018, 27-50.

²⁸ Sobre este particular, *vid.* TANTALEÓN ODAR, Reynaldo Mario, La discapacidad. Anotaciones al Decreto Legislativo 1384, *Derecho y cambio social*, núm. 56, abril de 2019, 199-229; MEJÍA ROSASCO, Rosalía, La reforma de la capacidad de la persona en la legislación civil y notarial en el Perú: La implementación de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, en *Derechos e integración*, revista del

Instituto de Derecho e integración, Colegio de escribanos de la provincia de Santa Fe, núm. 14, año X, 2019, 27-52; Varsi-Rospigliosi, Enrique, Marco Andrei TORRES MALDONADO, El nuevo tratamiento del régimen de la capacidad en el Código civil peruano, en *Acta Bioethica*, núm. 25 (2), 2019, 199-213.

²⁹ No obstante, quizás hubiera sido recomendable que los legisladores hubieran hecho especial pronunciamiento en torno a este tema por lo polémico que suele ser, en tanto el tratamiento especial que ha tenido en el Derecho comparado, en materia de ejercicio de la capacidad jurídica, la capacidad para testar, dadas las particularidades del negocio jurídico testamentario. Tómese en cuenta, sin embargo, que el Código no le dedica precepto alguno a la capacidad para testar, siéndole aplicable entonces las normas de alcance general. Para ello funciona como puerta clave el artículo 2463, remisor a los artículos reguladores de los actos jurídicos, no solo en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica. Y en ellos está previsto el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad a trayés de apoyos y salvaguardias.

³⁰ TANTALEÓN ODAR, R.M., La discapacidad..., *cit.*, 218, al estudiar la reforma introducida al Código civil, considera que «es entendible y loable pues justamente con apoyos o ajustes razonables el sujeto con discapacidad podría dar a conocer su última voluntad al notario».

³¹ *Vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, XIV Legislatura, núm. 27-1, 17 de julio 2020, en http://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-27-1.PDF, consultado el 3 de agosto de 2020.

³² Téngase en cuenta que a diferencia del Código civil peruano, el español carece de un libro dedicado a la teoría del acto jurídico, donde en mejor medida debiera ser incluida esta reforma, aplicable no solo al testamento, sino a todo acto jurídico.

³³ Explica la profesora GARCÍA RUBIO que «(s)e trata de uno de los contados preceptos del Anteproyecto que están fundamentalmente dirigidos a discapacidades de índole sensorial (sobre todo las que afectan a la vista y al oído)». *Vid. GARCÍA RUBIO*, María Paz, Algunas propuestas de reforma del Código civil como consecuencia del nuevo modelo de discapacidad. En especial en materia de sucesiones, contratos y responsabilidad civil, *Revista de Derecho Civil*, volumen V, núm. 3, julio-septiembre, 2018, 173-197, 177, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, consultada el 16 de mayo de 2020. Dicho Anteproyecto, ya devenido Proyecto desde el 17 de julio de 2020 mantiene la misma redacción en este orden.

³⁴ *Vid. TORRES GARCÍA*, Teodora F. y María Paz GARCÍA RUBIO, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, 78 (nota 111).

³⁵ TAMARIT, *cit. pos* LORENZO ÁLVAREZ, Laura, Los sistemas alternativos y/o aumentativos de comunicación: la comunicación bimodal como recurso en el aula de audición y lenguaje, *Trabajo de fin de grado*, Facultad de Educación y Trabajo Social, Universidad de Valladolid, s.f., disponible en <https://uvadoc.uva.es/bitstream/10324/3923/1/TFG-G%202096.pdf>, consultada el 4 de mayo de 2016, 14.

³⁶ VON y MARTINSEN, *cit. pos* LORENZO ÁLVAREZ, L., Los sistemas alternativos..., *cit.*, 15.

³⁷ Según LORENZO ÁLVAREZ, L., Los sistemas alternativos..., *cit.*, 17.

³⁸ *Vid. BELLOCH ORTÍ*, Consuelo, Tecnologías de ayuda: sistemas alternativos de comunicación, disponible en www.uv.es/bellochc/pdf/pwlogo5.pdf, consultado el 2 de mayo de 2016, 4-6.

³⁹ Da cuenta DÍEZ GÓMEZ, Aurelio, La supresión de los testigos en los testamentos, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 2, abril-junio de 1992, 43-68, 54, que conforme con el párrafo segundo del artículo 695 del Código civil, tras la modificación operada por la Ley de 20 de diciembre de 1991, cuando el testador declara que no sabe o no puede firmar, uno de los testigos deberá hacerlo por él y a su ruego, intervención que

tiene carácter preceptivo, también según el tenor literal del artículo 697, que los prevé en su apartado 1.^o para estos casos y, en el 2.^o, para el supuesto en que el testador, aun pudiendo firmarlo, sea ciego o declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento.

⁴⁰ Reconocidos por la mayoría de las legislaciones notariales. Así, *v. gr.*, el Estatuto Registral y Notarial colombiano, que los regula en su artículo 69; el Código notarial de Costa Rica en su artículo 111, primer párrafo; la Ley Notarial de Puerto Rico los prevé en los artículos 21 y 25, si bien en este último artículo, se les nombra testigos instrumentales, firmantes a ruego. El Decreto Legislativo del Notariado del Perú los regula en su artículo 54, inciso g), aun cuando no les nombra como testigos, sino simplemente les identifica como «*persona, llevada por el compareciente*». La Ley del Notariado de República Dominicana los refrenda en su artículo 31, segundo párrafo *in fine* y 57 y les llama «*testigos aptos*». La Ley Orgánica Notarial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al tildarlos de «*persona a ruego*», también les reconoce en su artículo 79, inciso c), de la cual dará fe de conocimiento el notario autorizante. Incluso el Reglamento de dicha Ley, que le llama «*firmante a ruego*», en su artículo 54 *in fine*, llega a admitir que este sea «*el otro de los comparecientes si sus intereses no se contraponen con los del rogante*». El Reglamento de la Ley Orgánica del Notariado español, en su artículo 195 también les regula, pero utiliza la disyuntiva de que firme «*por el que no lo haga la persona que él designe para ello o un testigo*», de ese modo, pareciere que el primero no es testigo. Asimismo, el Código de notariado de Guatemala en su artículo 29, apartado 12, al nombrarle simplemente «*testigo*», pero con la peculiaridad de que «*si fuere varios los otorgantes que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo, por cada parte o grupo que represente un mismo derecho*».

⁴¹ Igualmente, en el artículo 35, primer párrafo, al referirse a la «*persona*» que asiste al compareciente que no sabe leer, en la lectura del documento público, cuando así lo solicita.

⁴² Sostiene PELOSI, Carlos A., *El documento notarial*, 3.^a reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1997, 230 y 231, *apud* BORDA, que tratándose de testamento, la exigencia legal (prevista en el artículo 3662 del Código civil de VÉLEZ SARSFIELD y ahora en el artículo 2480 *in fine* del Código civil y comercial) de que el escribano exprese la causa por la cual el testador no puede firmar queda cumplida expresando que no lo hace en razón de la imposibilidad padecida, sin que resulte indispensable determinar con precisión la enfermedad o accidente que lo inhabilita para hacerlo. Idéntica posición ha expresado la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo cubano en su Sentencia núm. 210 de 29 de marzo del 2005, primer Considerando (ponente BOLAÑOS GASSÓ), que dispuso: «[...] al prestar confesión judicial uno de los demandados, quien había comparecido en el otorgamiento del cuestionado testamento como testigo de ruego, admitió haber presenciado que el otorgante, para negarse a firmar el instrumento notarial, ofreció argumento diferente al que plasmó el funcionario actuante, y ese extremo ha sido cumplidamente considerado en la sentencia interpelada arribando la sala de instancia a la convicción de su absoluta irrelevancia, habida cuenta que por una u otra razón actuó el notario conforme la ley exige en tales casos [...]».

En Sentencia más reciente, la núm. 49, de 31 de enero de 2019, primer Considerando (ponente VALDÉS ROSABAL), la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo también ha esclarecido que es suficiente que la imposibilidad para firmar el testamento se dé en el momento mismo del otorgamiento, y no antes. Según el parecer de la Sala «[...] no es de soslayar que solo delataría el defecto formal que aducen si las huellas dactilares plasmadas en omisión de su firma, no correspondiesen a su persona, como con acierto razona la interpelada, de lo que sigue entender que la causa de la imposibilidad para firmar en el preciso momento en que decidió disponer de su patrimonio para después de su muerte, y no antes, implique invalidar sus efectos en el tráfico jurídico [...]».

⁴³ Así, el Decreto Legislativo del Notariado del Perú, que en su artículo 54, inciso g), incluye como variante que el compareciente «*sea analfabeto, no sepa o no pueda firmar*»; la Ley del Notariado de República Dominicana, en su artículo 57, al enunciar

ambos supuestos; la Ley Orgánica Notarial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que igualmente en el artículo 79, inciso c), admite ambas circunstancias; y de la misma manera el Reglamento de la Ley Orgánica del Notariado español en su artículo 180, primer párrafo, y el Código de Notariado de Guatemala en su artículo 29, apartado 12.

⁴⁴ Este ha sido el criterio sostenido por nuestra Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, en dos Sentencias de la misma ponente (ARREDONDO SUÁREZ), la núm. 818 de 23 de septiembre de 2005, en su único Considerando, y la núm. 826 de 26 de diciembre de 2005, igualmente en su único Considerando: «[...] denunciada la infracción de lo establecido en los artículos diecisésis de la Ley número cincuenta, de Notarías Estatales y el treinta y siete de su Reglamento, tal vulneración no existe porque, sentado por la sentencia combatida que ante la situación impeditiva planteada la fedataria procedió conforme a la posibilidad que franquea el último de los preceptos señalados, soslaya en todo caso el inconforme la trascendencia de la intervención de tal funcionaria pública que además de hacer constar el juicio de identidad y el de capacidad redacta el instrumento conforme a la manifestación de voluntad del testador y, después de leerlo en alta voz, procede a la firma conjunta también bajo su dación de fe de haberse cumplido con todas las formalidades exigidas por la Ley, como lo fue, inequívocamente, el que se estamparan las huellas dactilares del otorgante por no poder firmar, lo que inequívocamente fuerza al rechazo del motivo examinado [...]».

⁴⁵ Particular que no resulta nada pacífico. Así, *v. gr.*, para el testamento se prescribe por el Código civil argentino que si el testador, sabiendo firmar, dijere que no firmaba por no saber hacerlo, el testamento será de ningún valor, aunque esté firmado a ruego por alguno de los testigos (art. 3660). *Vid. PELOSI, C.A., El documento..., cit.*, 231-233.

⁴⁶ Es dable señalar que el Código civil prevé la posibilidad, con carácter alternativo, de que cualquiera de los testigos instrumentales exigidos para el otorgamiento del testamento (art. 484.4 CC) pueda fungir a su vez como testigo de asistencia, a diferencia del artículo 37 del Reglamento de la Ley de las Notarías Estatales, que impone un testigo de asistencia, distinto de los testigos requeridos por el propio Reglamento, para proceder a la autorización del documento notarial. A mi juicio, teniendo la norma del Código civil carácter especial sobre el citado Reglamento, por referirse aquella, no a cualquier tipo de documento público notarial, sino a la escritura pública de testamento, ha de tener prevalencia en su aplicación. Téngase en cuenta que el Reglamento de la Ley notarial solo exige testigos instrumentales, además de para la autorización de la escritura de testamento, para la de matrimonio.

⁴⁷ Así, el artículo 730 del Código civil de Panamá, que exige la doble lectura en esos mismos términos. Igualmente, el artículo 1039 del Código civil de Nicaragua, artículo 648 del Código civil de Puerto Rico, artículo 957 del Código civil de Guatemala (con la preventión de que exige un testigo más, de los que tradicionalmente exige el propio Código), artículo 798 del Código civil de Uruguay, artículo 1517 del Código civil federal de México.

El artículo 1019 del Código civil de Chile también lo exige, pero con la acotación de que la segunda lectura solo le compete al testigo, no a otra persona elegida por el testador. Igualmente, artículo 1076 del Código civil de Colombia, artículo 1079 del Código civil de Ecuador, artículo 1014 del Código civil de El Salvador, artículo 998 del Código civil de Honduras.

La doble lectura la tenía prevista también el artículo 697 del Código civil peruano, pero fue suprimida acertadamente con la redacción dada por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1384/2018, de 3 de septiembre.

Los Códigos de factura más reciente, como el de Paraguay, el de Bolivia, el de Argentina, el de Cuba, no prevén esta clara discriminación en contra de las personas ciegas. Tampoco lo regula el Código de Venezuela.

⁴⁸ Tampoco comarto la crítica que algún sector doctrinal hace a la Observación General núm. 1, asumiendo —a mi juicio— una posición también absolutista o de extrema. Para TANTALEÓN ODAR, R.M., *La discapacidad..., cit.*, 205, al hacer referencia a

ella (la contenida en el párrafo 14 *in fine*) expresa que «(d)efinitivamente esta afirmación no nos parece acertada. Decir que la capacidad mental, medida siempre desde el punto de vista médico, es más bien un fenómeno que depende de los contextos sociales y políticos no es correcto. Es decir, el hecho de que una sociedad discrimine a un sujeto con discapacidad es una cosa, pero otra muy distinta es que se afirme que la capacidad mental depende del contexto socio-político»; para más adelante negar lo que él mismo viene defendiendo en su trabajo y que es la espina dorsal del modelo social y de derechos humanos con el cual la CDPD encara la discapacidad, al afirmar que «si bien es cierto es necesario corregir algunos actos discriminatorios hacia las personas con discapacidad, pero para ello no es ni adecuado ni prudente afirmar que su discapacidad está en la sociedad y no en el sujeto. En todo caso, el sujeto tiene una discapacidad y parte de la sociedad necesita entender tal situación y facilitarle un desarrollo con los ajustes razonables que fuera menester, pero esto es otra cosa» (en la propia 205).

⁴⁹ Comisión de derechos humanos de la Unión Internacional del Notariado.

⁵⁰ Así, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., Testamento otorgado por personas..., *cit.*, 3. Entre las sentencias que han seguido esa línea, sitúa la autora a la STS de 4 de noviembre de 2015 (*RJ* 2015, 5138); STS de 14 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4755); STS de 20 de octubre de 2015 (*RJ* 2015, 4900), entre otras. Amén de las dictadas por los tribunales de instancia, 19 y 20.

⁵¹ *Vid.* la más reciente doctrina española sobre el tema, entre otros, NÚÑEZ NÚÑEZ, María, La persona con discapacidad intelectual ante el otorgamiento de testamento abierto notarial, en Montserrat Pereña Vicente (dir.), Gloria Díaz Pardo y María Núñez Núñez (coords.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Dykinson, Madrid, 2018, 511-527; DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., Testamento otorgado por personas..., *cit.*, 3-37 y Derecho de sucesiones y discapacidad..., *cit.*, 54 y sigs.; CORVO LÓPEZ, Felisa María, La capacidad para testar de las personas con discapacidad intelectual, *Revista de Derecho Civil*, volumen VI, núm. 4 (octubre-diciembre, 2019), 135-170, disponible en <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>, consultada el 14 de mayo de 2020; RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca, El testamento y la futura reforma del Código civil en materia de discapacidad: algunas reflexiones, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 10 bis, junio 2019, 346-373; BERROCAL LAZAROT, A. I., La capacidad y voluntad de testar..., *cit.*, 3339 a 3371, quien llega a afirmar que «(e)l reconocimiento de los dos facultativos debe ser anterior al otorgamiento del testamento, aunque la doctrina admite que se produzca en el mismo momento del otorgamiento (el art. 698.2 CC señala, precisamente, que al otorgamiento han de concurrir tales facultativos). En todo caso, no ha de recurrir un lapso temporal amplio entre el reconocimiento y otorgamiento por el principio de unidad de acto, 3356.

⁵² Explica la profesora GARCIA RUBIO sobre el tema que «(a)unque los sectores más partidarios de una interpretación radical de la CDPD probablemente consideren que el texto transcrita mantiene resabios de la concepción médica de la discapacidad que deberían ser eliminados, lo cierto es que en él queda claro que el ejercicio de la capacidad de testar corresponde a todas las personas en igualdad de condiciones y que, ante un testamento notarial y exclusivamente en el momento del otorgamiento, el notario que tenga dudas sobre la comprensión por el interesado de lo que está haciendo, puede acudir al auxilio de los peritos especialistas que le asesoren sobre la capacidad de comprensión del testador. Con todo, será el notario quien habrá de tomar la decisión final, de suerte que no estará vinculado por el dictamen de los citados especialistas». *Vid.* GARCIA RUBIO, M.P., Algunas propuestas de reforma..., *cit.*, 176. En fin, no se trata de «resabios de la concepción médica», sino de una evidente utilización de los médicos para que sean ellos quienes determinen la «capacidad mental» del testador, a pesar de las advertencias que en tal sentido se han hecho sobre dicho concepto, lo que en nada condice con el modelo social que la CDPD establece, ni con la interpretación que del artículo 12 ha hecho el Comité de derechos de las personas con discapacidad.

⁵³ Con este parecer, GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, Capacidad para testar de persona sometida a curatela: Contenido de la sentencia de modificación de la capacidad de obrar y alcance del artículo 665 del Código civil. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (146/2018), en Mariano Izquierdo Tolsada (coord.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina: civil y mercantil*, volumen 10, 2018, 453-466, 464-465, quien ve en los facultativos, tras el notario, una segunda salvaguarda, si bien, de conformidad con el espíritu de la CDPD, considera que junto con el dictamen de los facultativos se aportara «un informe social y de la audiencia de las personas próximas al testador para que el Notario pueda hacerse una idea más precisa de la capacidad conservada». Con similar criterio, DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., Derecho de sucesiones y discapacidad..., cit., 61.

⁵⁴ Al menos la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo cubano ha sido reiterativa en tal orden. Así, Sentencia núm. 766 de 19 de diciembre de 2002, primer Considerando (ponente BOLANOS GASSÓ): «...no (ha) quedado acreditado fehacientemente como exige la Ley, la presencia de circunstancias personales en la testadora que restringieran su capacidad para la realización del debatido acto jurídico al momento de su otorgamiento [...]»; Sentencia núm. 430 de 15 de julio de 2003, primer Considerando, (ponente BOLANOS GASSÓ): «... no (ha) quedado acreditado fehacientemente, que al momento de la celebración del acto notarial que generó la Escritura [...] la otorgante del cuestionado testamento tuviera afectadas sus facultades mentales al extremo de que se lo impidiera [...]»; Sentencia núm. 714 de 25 de octubre de 2006, primer Considerando (ponente CARRASCO CASI): «... la testadora al momento de realizar el acto jurídico objeto de litis carecía de capacidad legal para efectuarlo, lo que se acreditó con el Auto dictado [...] por el Tribunal Municipal [...], que constituye el documento idóneo para justificar tal particular [...]»; Sentencia núm. 113 de 30 de abril de 2010, primer Considerando (ponente ARREDONDO SUÁREZ): «... quedó acreditado que al momento de otorgar el testamento que se impugna, la causante estaba afectada en sus facultades mentales de manera que le impedía manifestar válidamente su voluntad [...]»; Sentencia núm. 479 de 15 de diciembre de 2011, primer Considerando (ponente DÍAZ TENREIRO): «...no quedando debidamente acreditada la disminución de la capacidad jurídica del finado al momento de otorgar el acto jurídico testamentario [...]»; Sentencia núm. 449 de 31 de octubre de 2012, único Considerando (ponente ACOSTA RICART): «... sí de las actuaciones no consta acreditado que el testador al justo momento en que emitió su manifestación de voluntad al hacer su designación de heredero en el Testamento cuya nulidad se ha interesado no hubiere tenido la capacidad de obrar suficiente para ello [...]»; Sentencia núm. 644 de 30 de septiembre de 2014, primer Considerando (ponente DÍAZ TENREIRO): «...no ha quedado demostrado fehacientemente, que al momento de manifestar ante notario, su disposición de última voluntad, el testador se encontrara privado de la capacidad mental, ni presentara disminución en ese sentido para ello, pese a la enfermedad que le fuera diagnosticada [...]»; entre otras tantas sentencias que se han dictado en este orden y que constan en las anotaciones al artículo 484 del Código civil. *Vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Ley núm. 59/1987, Código civil de la República Cuba, anotado y concordado*, 5.^a edición, ediciones ONBC, La Habana, 2019.

⁵⁵ En uno de sus trabajos ya mencionados, la citada profesora llega a afirmar que «(d)esde luego, y sin discusión posible, el curador no puede completar la capacidad testamentaria, ni contribuir a la iniciativa del testador a la hora de otorgar testamento, por mucho que lo recoja una sentencia de modificación judicial de la capacidad, pues se conciliarían muchas de las reglas y principios de nuestro ordenamiento (personalismo material, personalismo formal, etc.)». Y añade: «además, con independencia de no poder entenderse el papel o protagonismo del curador —personas jurídicas públicas en numerosas ocasiones— en cuanto a su participación en la redacción del testamento, reconocer su hipotética colaboración o asistencia nos haría entrar de pleno en otro tipo de problemas, no sobre la capacidad, sino sobre la libertad del consentimiento, pues sin

duda se tratará de testadores vulnerables o respecto de los que cabría influencia indebida. Por otra parte deberíamos plantearnos otra suerte de cuestiones no resueltas por el momento, como ¿cuál será el proceder de los notarios si se intenta otorgar testamento en tales circunstancias?, esto es, si esgrime el curador el contenido o extensión de la sentencia en cuanto a la posibilidad de otorgar testamento con su apoyo ¿cuál será la consecuencia de su negativa por parte del notario? o, incluso más allá, ¿de su admisión procediendo a testar juntos? Sin duda, en cualquiera de los dos supuestos, estaríamos generando mayor grado de litigiosidad bien por negarse el notario a seguir el contenido de la sentencia judicial, o bien por permitir el otorgamiento de un testamento imposible a la vista de las reglas jurídicas que disciplinan la materia». *Vid. DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., Testamento otorgado por personas..., cit.*, 20. Por supuesto, compartiría tales argumentos si se trata de un curador en la visión en que se ha pretendido ver desde el Derecho español, pero en modo alguno, con la mirada que a los apoyos le da la CDPD y el Comité de derechos de las personas con discapacidad y que a mi juicio es la que corresponde dar.

⁵⁶ *DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., Derecho de sucesiones y discapacidad..., cit.*, 58 y 59.

⁵⁷ CUENCA GÓMEZ, Patricia, El sistema de apoyo en la toma de decisiones desde la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: principios generales, aspectos centrales e implementación en la legislación española, *REDUR* 10, diciembre de 2012, 61-94, 74 y 75.

⁵⁸ CAROL ROSES, Fernando, Una revisión desde la doctrina y la jurisprudencia de la testamentisacción de las personas con la capacidad judicialmente modificada y con discapacidad, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 764, 3242-3265, 3253.

⁵⁹ *Ibidem*.

⁶⁰ *Idem*, 3254.

⁶¹ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., Capacidad para testar..., *cit.*, 464.

⁶² NUÑEZ NÚÑEZ, M., La persona con discapacidad intelectual..., *cit.*, 514.

⁶³ *Vid. MARTÍNEZ MARTÍNEZ, María, Sucesión intestada, atribuciones «ex lege» y protección de las personas con discapacidad, en Cristina de AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ y María MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Derecho de sucesiones y discapacidad. Retos y cuestiones problemáticas*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2020, 107-174, 115.

⁶⁴ CUENCA GÓMEZ, P., El sistema de apoyo..., *cit.*, 73.

⁶⁵ *Ibidem*, 83.

⁶⁶ *Idem*, 84.

⁶⁷ Como ya he explicado en otra ocasión, «el artículo 707 del Código civil peruano, en su nueva redacción, ha permitido el otorgamiento por personas con discapacidad visual de testamento ológrafo. Precepto que remite a la regulación del testamento cerrado, respecto de las formalidades a cumplir, para lo cual solo se exige que la persona con discapacidad visual tenga habilidad para saber firmar de forma manuscrita cada uno de los pliegos del documento y la impresión de su huella dactilar, como vía para su identificación ulterior, dado lo imposible que ello resulta solo con la utilización del sistema de lectoescritura braille. Con ello, se permite que el propio otorgante sea quien redacte su testamento, manteniendo a buen resguardo no solo su contenido, sino el secreto sobre la propia existencia del testamento, para lo cual empleará un lenguaje que le es conocido y familiar a él, sin necesidad de acudir a terceros que le auxilien. Una vez concluida la redacción podrá estampar su firma y su huella dactilar, expresión esta última que, conforme al segundo párrafo del apartado 1 del artículo 699 del Código civil (regulador del testamento cerrado, al que remite el artículo 707), se emplea en número singular, sin que tampoco se indique la huella dactilar de qué dedo será necesaria estampar en el documento.

»Sería discutible, eso sí, la necesidad o no de la firma escrita para la identificación ulterior del testador, pues la huella dactilar es un elemento identificador e individualizante

de la persona. De modo que, conforme la redacción dada al precepto, de no saber firmar de manera convencional, no sería válido el testamento ológrafo redactado en braille, en tanto que la huella dactilar no es suficiente. No obstante, el solo hecho de su permisión en braille es una luz en el camino, signo de protección en sede sucesoria a las personas con discapacidad visual. Tanto la firma, como la huella dactilar, deberán consignarse en cada pliego del testamento». *Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., Testamento ológrafo y cerrado en braille en el Derecho peruano: Luces en el horizonte de las personas con discapacidad visual, Revista de Derecho Privado, julio-agosto de 2017, 3-29.*

⁶⁸ Si bien la norma está prevista para las personas de la tercera edad, el mismo fin existe en relación con las personas en situación de discapacidad, un número importante de ellas son personas también de la tercera edad. Así, el artículo 412.5.2 del Código civil de Cataluña, que establece entre las inhabilidades sucesorias (expresión por cierto muy técnica para referirse a esta figura) «*Las personas físicas o jurídicas y los cuidadores que dependen de las mismas que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante, en virtud de una relación contractual, solo pueden ser favorecidos en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio*».

Como alega la profesora DÍAZ ALABART al proponer soluciones ante la captación de voluntad del testador vulnerable, a través de fórmulas de este tipo «no habría una prohibición de instituir como sucesores a los cuidadores, pero sí de hacerlo en testamento ológrafo. Solamente sería válida la institución en este sentido hecha en testamento abierto, ya que en este la intervención para autorizarlo de fedatario público asegura el juicio de capacidad y podría ser cautela suficiente para evitar la captación de voluntad. Sin que esto impida —si en el caso se dieran las circunstancias suficientes para ello— que se pueda pedir la nulidad del testamento». *Vid. DÍAZ ALABART, Silvia, El testamento ológrafo de las personas mayores dependientes: problemas y posibles soluciones, Foro de debate jurídico, Reus, Madrid, 2018, 53.*

Según VAQUER ALOY, «esta norma goza de un valor indiciario y programático, pues aunque no quepa su aplicación analógica por tratarse de una norma prohibitiva, si marca una tendencia o aviso para otras profesiones que puedan desempeñar otra actividad que entraña una relación de confianza y de dependencia con el testador, además de los supuestos ya conocidos del cuidador profesional y del confesor, como enfermeras, médicos o abogados».

El propio autor referencia otras normas similares en el Derecho comparado, a saber: el §14 de la HeimGesetz, que contiene una prohibición expresa de las atribuciones testamentarias a los dueños, directores y empleados de residencias geriátricas, realizadas por quienes residen en ellas, así como a sus familiares; solo se excepcionan las que tengan escaso valor. El Código civil holandés, dentro de las inhabilidades para suceder por testamento, lo reconoce en el artículo 4:59 con el matiz que introduce el artículo 4:60. Conforme con el primero, los profesionales de la salud, en particular los de la salud mental que han asistido al testador durante su última enfermedad, no pueden ser beneficiados en el testamento otorgado durante dicha enfermedad o asistencia, en tanto el apartado 2 añade la inhabilidad para suceder de quien explota comercialmente o dirige un centro geriátrico o psiquiátrico cuando el testamento ha sido otorgado durante el ingreso. En tanto, la sección 21350 del *California Probate Code* establece la invalidez, a salvo de lo que dispone la section 21351, de cualquier transmisión a título lucrativo —lo que incluye al testamento— a favor de (apartado 6) su cuidador (care custodian) realizada por un adulto dependiente. *Vid. VAQUER ALOY, A., La protección del..., cit., 144-145 y 134, respectivamente.*

⁶⁹ Tal es el caso de España, que en el Proyecto de Ley por la que se pretende reformar la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, publicado en el *Boletín de las Cortes Generales* el 17 de julio de 2020, y al que se ha hecho referencia con anterioridad, propone una modificación al artículo 753 del vigente Código civil en los términos siguientes:

«Tampoco surtirá efecto la disposición testamentaria en favor de quien sea tutor o curador representativo del testador, salvo cuando se haya hecho después de la extinción de la tutela o curatela.

»Será nula la disposición hecha por las personas que se encuentran internadas por razones de salud o asistencia, a favor de sus cuidadores que sean titulares, administradores o empleados del establecimiento público o privado en el que aquellas estuvieran internadas. También será nula la disposición realizada a favor de los citados establecimientos.

»Las demás personas físicas que presten servicios de cuidado, asistenciales, o de naturaleza análoga al causante, solo podrán ser favorecidas en la sucesión de este si es ordenada en testamento notarial abierto.

»Serán, sin embargo, válidas las disposiciones hechas en favor del tutor, curador o cuidador que sea pariente con derecho a suceder ab intestato».

⁷⁰ Según se explica en la propia resolución judicial comentada: «*la ELA implica, en detrimento del paciente, la pérdida progresiva de neuronas motoras centrales y periféricas, con un curso atípico variable, caso por caso, pero con resultados desfavorables que la literatura del sector no tiene dificultad para definir desastrosas para la calidad de vida, así como para supervivencia. La patología causa disfagia (es decir, pérdida progresiva e irreversible de la capacidad normal para tragar), disartria (pérdida de la articulación de palabras) y una pérdida progresiva de control de los músculos esqueléticos, con una parálisis que puede tener extensiones variables, también debido a las condiciones subjetivas concretas de la paciente. Sin embargo, la ELA no altera las funciones cognitiva y sensorial del paciente e, incluso en las etapas más avanzadas, solo afecta el sistema motor y evita todas las demás funciones neurológicas*».

⁷¹ Vid. BARBA, Vincenzo, Testamento olografo scritto di mano dal curatore del beneficiario di amministrazione di sostegno, *Famiglia, Persone e Successioni*, núm. 6, giugno 2012, 436-447.

⁷² *Ibidem*, 440.

⁷³ *Idem*.

⁷⁴ Una de las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo 1384/2018, de 3 de septiembre, es la referenciada, de manera que el apoyo podría beneficiarse del testamento otorgado por el testador, siempre que a criterio del juez se demuestre que no hay influencias indebidas, lo que se sustanciará previamente al otorgamiento del testamento, de forma que el notario que lo autorice, y que fungirá también como salvaguardia, tendría en su poder la salvaguardia judicial ya materializada.

⁷⁵ CUENCA GÓMEZ, P., El sistema de apoyo..., *cit.*, 76.

⁷⁶ La profesora PERENA VICENTE es, sin embargo, de otro parecer. A su juicio, el respeto por la voluntad y las preferencias no elimina el estándar o criterio del interés superior. Tras un agudo análisis del tema, llega a la conclusión de que «La causa y justificación de la intervención, el estándar, no puede ser la voluntad. O, al menos, no puede ser solo la voluntad. La causa no puede ser otra que la existencia de una falta de habilidad de la persona para tomar decisiones; y la justificación de la intervención no puede ser otra que salvaguardar el interés superior de la persona y asegurar el ejercicio de sus derechos, eso sí, respetando en cuanto sea posible su voluntad y preferencias. Esta debería de ser, a nuestro modo de ver, la causa y justificación que conforman el estándar de intervención». Conciliación de estándares que no resulta fácil de lograr pues pudiera ser antinómica *per se*, pero que sin dudas nos pone a pensar en si se debiera abandonar radicalmente —como proponen algunos— el estándar del interés superior de la persona. Vid. PEREÑA VICENTE, Montserrat, La protección jurídica de adultos: el estándar de intervención y el estándar de actuación: entre el interés y la voluntad, en Montserrat Pereña Vicente (dir.), Gloria Díaz Pardo y María Núñez Núñez (coords.), *La voluntad de la persona protegida. Oportunidades, riesgos y salvaguardias*, Dykinson, Madrid, 2018, 119-141, 138.

⁷⁷ OLMO, Juan Pablo, Eliana M. PRACH, Distinción entre medidas de apoyo y de salvaguardia. Comentario al fallo «C., H. M. s/Declaración de insanía», *Revista de*

Derecho de Familia y Sucesiones, Buenos Aires, núm. 6, diciembre 2015, 30-12-2015, cita online: IJXCIV-828.

⁷⁸ CAVALLÉ CRUZ, Alfonso, *El notario como garante de los derechos de las personas*, Jurista editores, Lima, 2012, 416.

⁷⁹ *Ibidem*, 417.

⁸⁰ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., El notario: función de autoridad pública, en *Ensayos de Derecho Notarial*, Gaceta Notarial, Lima, 2011, 13-36, 21.

⁸¹ RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, El notario: función privada y función pública. Su inescindibilidad, *Revista de Derecho Notarial*, Colegios Notariales de España, año XVII, núm. CVII, enero-marzo, 1980, 255-409, 272 y 273.

⁸² Y ello no quiere decir —como algunos autores sostienen— que el notario sea el apoyo idóneo —a lo cual añadiría único— para que una persona con discapacidad intelectual pueda otorgar testamento. Supuesto en el cual tendría el testador que carecer de apoyos, o despojarse de los apoyos que tiene para otorgar el testamento, exclusivamente con el asesoramiento del notario como apoyo institucional. Todo ello sobre la base de una pretensa conculcación del personalismo testamentario, tesis que he ido refutando en este trabajo. Así, para CAROL ROSÉS «(e)l Notario es el apoyo ideal —por su preparación y prestigio [...]— para las personas discapacitadas y vulnerables [...] en el ejercicio de su capacidad jurídica, tal y como exige el artículo 12.3 de la Convención [...]. *Vid.* CAROL ROSÉS, F., Una revisión desde la doctrina..., *cit.*, 3249.

Expresa DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, quien no acepta —tal y como ha quedado expuesto precedentemente— el otorgamiento de testamento con apoyos, que no le «cabe duda alguna en que la posibilidad de facilitar el otorgamiento de testamento al mayor número de personas con discapacidad tan solo podría entenderse a través de la colaboración notarial, mediante una labor de información [...], asesoramiento, evitación de influencias y constancia del deseo de testar, lo que solo posibilitaría recurrir al abierto». *Vid.* DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., *Derecho de sucesiones y discapacidad...*, *cit.*, 61.

⁸³ CUENCA GÓMEZ, P., El sistema de apoyo..., *cit.*, 81.

⁸⁴ ALFARO GUILLÉN, Y., El otorgamiento de testamento..., *cit.*, 1419 y 1420.

⁸⁵ *Ibidem*, 1422.

⁸⁶ Tal y como expone el profesor de la Universidad de Bolonia Michele SESTA, en su última lección de Derecho familiar, el 22 de abril de 2020, con motivo de cierre de su vida universitaria por jubilación (cortesía del autor).

(Trabajo recibido el 29-7-2020 y aceptado para su publicación el 24-9-2020)