

PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y LIBERTAD PARA
TESTAR

PERSONS WITH DISABILITIES AND FREEDOM OF TESTATION

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 12, febrero 2020, ISSN: 2386-4567, pp. 448-471



Paloma DE
BARRÓN
ARNICHES

ARTÍCULO RECIBIDO: 18 de octubre de 2019

ARTÍCULO APROBADO: 22 de noviembre de 2019

RESUMEN: Esta comunicación se presenta en relación con la ponencia sobre la posible reforma del Código civil en materia de discapacidad, que tuvo lugar en el VIII Congreso Internacional de Derecho de Familia: “Nuevas tendencias legislativas y jurisprudenciales en materia de discapacidad, familia y sucesiones”. En ella se realiza un análisis crítico de la vigente norma civil contenida en el CC, comparando esta normativa con la contenida en el CC de Cataluña, así como analizando la jurisprudencia más reciente en materia de capacidad para otorgar testamento notarial, que afecta a las personas que padecen alguna discapacidad, física o psíquica.

PALABRAS CLAVE: Testamento notarial; discapacidad; cabal juicio; capacidad natural; discernimiento; modificación judicial de la capacidad.

ABSTRACT: *This communication is presented in connection with the possible reform of the Spanish Civil Code on disability. This question was analysed at the VIII International Congress of Family Law: “New legislative and jurisprudential trends in disability, family and inheritance.” This paper carries out a critical analysis of the current civil norm of the CCE, comparing this regulation with the CCCat, as well as analysing the most recent jurisprudence regarding the ability to make a will, when the testator is a person who suffer some physical or psychic disability.*

KEY WORDS: *Notarial will; disability; right mind; natural capacity; discernment; judicial modification of capacity.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN. II. EL DERECHO A OTORGAR TESTAMENTO.- 1. Cómo lo aborda el Derecho sucesorio. Tratamiento legal de las diferentes formas de discapacidad.- 2. Cómo lo abordan los tribunales en los procedimientos de modificación de la capacidad.- III. LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD PARA TESTAR EN EL CASO DE LAS PERSONAS QUE NO PUEDEN OÍR O QUE NO PUEDEN VER.- IV. LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD PARA TESTAR DE LAS PERSONAS QUE PADECEN UNA MERMA DE SUS FACULTADES DE DISCERNIMIENTO.- 1. El juicio del notario sobre el discernimiento del testador.- 2. Las personas vulnerables no sometidas a un procedimiento de modificación de la capacidad.

I. INTRODUCCIÓN.

Según el último “Informe mundial sobre la Discapacidad” de la OMS, más de mil millones de personas en el mundo padecen alguna forma de discapacidad y casi doscientos millones de individuos experimentan dificultades considerables en su funcionamiento¹. Asimismo, el citado documento pone de manifiesto que, en los años venideros, la discapacidad será un motivo de preocupación aún mayor, pues su importancia cuantitativa está aumentando fruto del creciente envejecimiento de la población y del incremento de las enfermedades crónicas. Por lo que respecta a España, la última “Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia” (EDAD) del Instituto Nacional de Estadística (INE) determina que el número de personas con discapacidad alcanza aproximadamente los 3,8 millones, lo que supone el 8,5% de la población española². Sin embargo, pese a la importancia cuantitativa y cualitativa de este fenómeno, existe acuerdo en destacar la obsolescencia de la norma civil relativa a la protección de las personas con alguna discapacidad.

La Convención de Nueva York³ entró en vigor en nuestro país el 3 de mayo de 2008 y, desde entonces, forma parte de nuestro derecho interno y prevalece sobre éste, tal y como establece el artículo 31 de la Ley 25/2014 de 27 de noviembre de

-
- 1 Informe mundial sobre la discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 2011: www.who.int/disabilities/world_report/2011/es/
 - 2 Nota de prensa del Instituto Nacional de Estadística de 4 de noviembre de 2008, relativo a la Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia: www.ine.es/prensa/np524.pdf
 - 3 Convención Internacional sobre los Derechos de las personas con discapacidad aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España el 3 de mayo de 2008.

• **Paloma de Barrón Arniches**

Profesora agregada de Derecho Civil, Universidad de Lleida. Correo electrónico: pbarron@dpriv.udl.cat

tratados internacionales⁴. Además, es principio inspirador para la interpretación y aplicación de los derechos fundamentales que consagra nuestra Constitución⁵.

En cuanto a su contenido, cabe destacar que su artículo primero deja bien clara la finalidad de este instrumento internacional: “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”. De esta declaración de voluntad puede desprenderse la clara vocación de integración de las personas en situación de discapacidad por parte de la Comunidad Internacional, a través de la sustitución del modelo médico rehabilitador por el modelo social de discapacidad⁶. Ello implica que ha quedado absolutamente desfasado el planteamiento tradicional basado en la idea de que la discapacidad ha de entenderse en términos de enfermedad o ausencia de salud. Así, partiendo del principio básico de igualdad y no discriminación y siguiendo el modelo de integración de las personas en situación discapacidad, se prevén un conjunto de obligaciones o compromisos asumidos por los Estados parte, que se orientan a mejorar la situación social y jurídica de las personas con discapacidad.

En este contexto, el presente trabajo abordará un aspecto muy concreto del Derecho sucesorio, el derecho a otorgar testamento notarial para organizar la propia sucesión, en la medida en que puede verse afectado cuando pretende ejercitarse por una persona con discapacidad. El testamento es un acto personalísimo en el que no cabe la representación ni el complemento de capacidad y, por esta causa, es lógico que deba ser objeto de la decisión de los jueces que resuelven los procedimientos de modificación de la capacidad. Asimismo, el legislador debería dar una respuesta clara de protección con el objetivo de lograr que toda persona que tengan el suficiente discernimiento para ello en el momento de realizar el testamento notarial, pueda ejercer este derecho sin inconvenientes innecesarios.

El artículo 12 de la Convención hace referencia al igual reconocimiento como persona ante la ley que debe procurarse a las personas con alguna discapacidad y, al respecto, en el mes de abril de 2019 el informe del Comité Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad insistió en su preocupación ante

4 Art. 31: “Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”.

5 Art. 10.2 CE. Véase también, GARCÍA PONS, A.: *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español: la Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.

6 PALACIOS, A.; BARRIFÍ, F.: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2007, pp. 15-24 (hay versión en internet de esta obra en el siguiente enlace: <https://www.cermi.es/es/colecciones/volumen-4-la-discapacidad-como-una-cuesti%C3%B3n-de-derechos-humanos-una-aproximaci%C3%B3n-la>); JIMÉNEZ LARA, A.: “Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas más relevantes”, en AA.VV.: *Tratado sobre discapacidad* (dir. por R. DE LORENZO GARCÍA, L. C. PÉREZ BUENO), Thomson Reuters (Aranzadi), Cizur Menor, 2007, pp. 177-189.

un Código Civil español que contempla la privación de la capacidad jurídica de la persona por motivo de discapacidad, y que mantiene la sustitución en la adopción de decisiones⁷. Sin embargo, lo cierto es que el Código civil (CCE) se encuentra en proceso de reforma en materia de discapacidad con un planteamiento claramente más acorde con el mandato contenido en la norma internacional, y lo mismo ocurre con algunas normativas civiles autonómicas como la contenida en el Código civil de Cataluña (CCCat). A todo ello me referiré en las próximas líneas.

II. EL DERECHO A OTORGAR TESTAMENTO NOTARIAL.

I. Cómo lo aborda el Derecho sucesorio. Tratamiento legal de las diferentes formas de discapacidad.

La OMS sostiene que la discapacidad “es un término general que abarca las deficiencias -esto es, los problemas que afectan a una función corporal-, las limitaciones de la actividad -que son dificultades para ejecutar acciones o tareas- y las restricciones de la participación -que hacen referencia a las limitaciones para participar en situaciones vitales-”⁸. Luego, nos encontramos ante un fenómeno complejo con muy distintas vertientes, según se trate de una discapacidad física o motriz, una discapacidad mental, intelectual o psíquica o, en tercer lugar, una discapacidad sensorial consistente en la pérdida o atenuación de una o varias funciones sensoriales del ser humano. Además, cabe considerar como una forma específica de discapacidad, aquella que se deriva del paso de los años, entendida como un conjunto de limitaciones asociadas a la edad que, en ocasiones y en función del sujeto, pueden ser incapacitantes en sentido jurídico, o no serlo⁹. Ello implica que el legislador deba dar respuestas diferentes a distintos problemas, dado que el principio de no discriminación no aboca a tratar de forma igual a los desiguales, sino al contrario, tal y como ha señalado la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Cam* contra Turquía, de 23/2/2016¹⁰.

7 “Recordando su observación general núm. 1 (2014) (Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley), el Comité recomienda que el Estado parte derogue todas las disposiciones jurídicas discriminatorias, al objeto de abolir completamente los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones, reconozca la plena capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad, e implante mecanismos para la adopción de decisiones con apoyos que respeten la dignidad, la autonomía, el deseo y las preferencias de las personas con discapacidad”. Observaciones finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de España, de 9 de abril de 2019, consultable en https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fES%2fCO%2f2-3&Lang=en

8 Vid. Web oficial de la Organización Mundial de la Salud: www.who.int/es

9 Cfr. ARROYO AMAYUELAS, E.: “El deterioro cognitivo en la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad”, *Revista de Bioética y Derecho*. 2019; núm. 45, pp. 127-147.

10 El Tribunal Europeo de Derechos Humanos alude a la necesaria distinción entre discriminación y trato desigual. En este sentido, la Corte asevera que la discriminación implica tratar de forma distinta a personas que se hallan en situaciones homogéneas, careciendo de una justificación objetiva y razonable; mientras que el trato desigual supone tratar de forma desemejante a sujetos que se encuentran en situaciones distintas, concurriendo un objetivo legítimo y respetando, en todo caso, el principio de proporcionalidad. Lo único que está vedado es la discriminación, de modo que el trato desigual a determinados colectivos

En cuanto al Derecho de sucesiones, cabe señalar que la vigente regulación del testamento notarial diferencia la discapacidad sensorial (ante la que, en sede de requisitos formales del testamento notarial abierto, establece la intervención de dos testigos), y la discapacidad psíquica (ante la que, en sede de capacidad para testar, establece la intervención de dos facultativos).

Así pues, las previsiones contenidas en el CCE parten de la presunción general de capacidad contenida en el artículo 662, según el cual “pueden testar todos aquellos a quienes la ley no lo prohíbe expresamente”. El artículo 663 CCE enuncia quiénes son esas personas a las que la ley les prohíbe testar: los menores de catorce años y los que habitual o accidentalmente no se hallan en su cabal juicio, siempre sin olvidar que esta situación se ha de referir, concretamente, al momento de otorgar el testamento, no a momentos anteriores o posteriores, que resultan irrelevantes a estos efectos¹¹. De este precepto se desprende que el hecho de padecer una determinada patología que afecta a la aptitud de autogobierno no es, en principio, causa bastante para anular la posibilidad de otorgar testamento, puesto que la formalización de este negocio jurídico únicamente exige que, en el concreto momento de ordenación de la sucesión, el sujeto tenga conocimiento de sus actos y de la repercusión de los mismos, al margen de su historial clínico¹². El legislador catalán, por su parte, se refiere a la “capacidad natural”¹³. Así, reitera la presunción *iuris tantum* de capacidad de la norma estatal y prohíbe realizar este negocio jurídico *mortis causa* a los menores de catorce años y a los que no tienen capacidad natural en el momento del otorgamiento. Parece más adecuada esta expresión frente a la de cabal juicio utilizada por el CCE, más arcaica e imprecisa. Pero en un caso y en otro, lo que puede afirmarse es que la condición de persona con discapacidad no trae consigo la pérdida automática de la capacidad para testar, sino que ésta deberá ser enjuiciada en cada caso concreto y en el momento preciso de testar, por el notario autorizante del testamento.

No obstante, en efecto, las situaciones de discapacidad pueden llegar a incidir en la actuación del notario, que debe proceder de forma distinta en función de si la persona tiene o no modificada su capacidad de obrar. Si no hay sentencia

sociales, entre los que se encuentran las personas en situación de discapacidad, es absolutamente legítimo y razonable. STEDH (Sección 2ª). *Çam c. Turquía* 23 febrero 2016, nº 51500/08 (JUR 2016, 50665).

- 11 RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M.: “Comentario al artículo 663 CCE”, en AA.VV.: *Código civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Thomson Reuters (Aranzadi), Madrid, 2016, vol. II, pp. 266-274.
- 12 Señala MESA MARRERO, C.: *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, Bosch, Barcelona, 2017, p. 41, con abundante cita de jurisprudencia al respecto, que para apreciar la incapacidad del testador como consecuencia de una demencia o de cualquier otra enfermedad mental es indispensable acreditar de modo concluyente la falta de capacidad natural para testar, pues solo así podrá destruirse la presunción de validez del testamento, *cfr.* de la misma autora, “Régimen jurídico de los menores e incapaces en el Derecho sucesorio”, *Revista Jurídica del Notariado*, 2002, núm. 43, pp. 169-179.
- 13 *Cfr.* Art 421-4 CCCat. Y la recientemente aprobada Ley Foral de Navarra 21/2019 añade: “capacidad natural de entender y querer” (Ley 184), así se expresa también, entre otras, la SAP Alicante 29 junio 2016 (ROJ: SAP AL 1920/2016).

de modificación de la capacidad, el notario simplemente debe comprobar si el otorgante es consciente de lo que está haciendo y de sus consecuencias. En caso de duda, cabe que decida valerse de uno o de varios dictámenes médicos que le ilustren y ayuden en su tarea de apreciación de la capacidad del testador. Por el contrario, en el supuesto de que la persona tenga restringida su capacidad de obrar por decisión judicial, el notario debe comprobar si la sentencia contiene un pronunciamiento acerca de la capacidad para otorgar testamento. Si el fallo de la resolución anula dicha aptitud de forma expresa, el notario no autorizará el otorgamiento del testamento. En cambio, si dicho veredicto no se manifiesta sobre la capacidad de la persona para disponer mortis causa de sus bienes, el notario está legitimado para autorizar el testamento si lo estima oportuno. Ahora bien, esta posibilidad queda sometida a la condición de que dos facultativos reconozcan al testador y dictaminen a su favor con carácter previo a la autorización notarial del testamento¹⁴.

El CCCat establece un régimen parecido, aunque de forma menos taxativa, de manera que pueden generarse ciertas dudas sobre la eficacia de un testamento que se realizara con el juicio favorable de capacidad del notario, pero por ejemplo, con un solo informe médico favorable, o con un certificado del médico de cabecera. El objetivo del legislador es reafirmar que, aunque la asistencia de dos médicos profesionales tiene carácter preceptivo, la decisión acerca de la autorización del testamento corresponde única y exclusivamente al notario, es decir, lo relevante es que el testador tenga capacidad natural, y no los medios de los que se vale el notario para formar su juicio al respecto. Aunque el redactado de la norma es poco claro.

Así, el artículo 421-9 del CCCat prevé dos escenarios distintos de intervención de facultativos en el acto de otorgamiento del testamento, en función de si el testador tiene o no modificada su capacidad de obrar por sentencia firme. En este sentido, el citado precepto determina que, si la persona goza de plena capacidad de obrar, al no haber sido privada de ésta judicialmente, la intervención de dos especialistas en medicina tiene carácter esencialmente potestativo, pues el notario no está obligado a solicitar su asistencia. A sensu contrario, cuando la persona tiene limitada su capacidad de obrar por haber sido sometida a un procedimiento judicial de modificación de la misma, la presencia de dos facultativos deviene preceptiva, aunque no se establece que el juicio médico deba resultar unánimemente favorable a la capacidad del testador; como en cambio sí ocurre en el CCE¹⁵.

14 Cfr. Art. 665 CCE. Entre los autores, SANCHO GARGALLO, I.: *Incapacitación y tutela (Conforme a la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 113.

15 Esta disposición ya se hallaba en la norma catalana precedente, en el art 116 del Codi de Successions, pero la reforma de 2008 que promulga el Libro IV del CCCat, clarifica su contenido dejando claro cuando es necesario el recurso a los facultativos. Recoge así las críticas de la doctrina y de la jurisprudencia de los tribunales catalanes. Véase por ejemplo la SAP Lleida 13 abril 2000 (AC 2000, 892), que interpretaba de la siguiente forma el precedente legislativo: “El art. 116 del Código de Sucesiones no impone como

También podría ocurrir que, aunque los facultativos emitan un dictamen favorable, el notario no lo vea claro y decida negar su autorización.

Este amplio margen de discrecionalidad que la norma concede a la autoridad notarial en Cataluña trae causa del hecho de que en el juicio de capacidad no sólo influyen las cualidades intelectuales del otorgante, sino también el principio general del Derecho de mayor interés de la persona con discapacidad, que consiste en promover y garantizar sus derechos fundamentales como persona y fomentar el libre desarrollo de su personalidad. Esta previsión legal, eminentemente incluyente, refleja la voluntad del legislador catalán de que toda persona organice su sucesión, impidiendo la aplicación defectiva de las reglas de la sucesión intestada, incluidos aquellos sujetos que sufren una determinada enfermedad o deficiencia persistente que afecta a la capacidad de autogobierno. Esta es la doctrina tradicional del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, tal y como recoge en la sentencia de 21 junio 1990, con base en el principio tradicional de “favor testamenti”: “toda persona debe reputarse en su cabal juicio en tanto no se demuestre inequívoca y concluyentemente lo contrario”¹⁶.

Junto a ello, cabría preguntarse si el contenido del testamento en cada caso, es decir, el contenido y alcance de las disposiciones testamentarias que el sujeto desea realizar pueden resultar un elemento relevante para apreciar su capacidad, ¿puede el notario apoyarse en este dato y concluir, por ejemplo, que un testamento de contenido sencillo requiere un menor rigor en la exigencia de capacidad de entender y querer del testador; que un testamento de gran complejidad jurídica en sus disposiciones? ¿puede considerar también como dato relevante, la identidad de las personas favorecidas por el testamento, y su relación con el testador? ¿o el contenido de las disposiciones testamentarias realizadas en ocasiones anteriores, por el testador? A mi juicio, está claro que el notario efectúa su juicio sobre la capacidad del testador con base en un conjunto de circunstancias que rodean a esta persona, y que cuánto mejor la conozca, más posibilidades tiene de acertar en su decisión. Las normativas sucesorias del CCE y del CCCat guardan silencio sobre este aspecto, pero la jurisprudencia ha valorado reiteradamente el valor del

solemnidad adicional la intervención de los dos facultativos cuando no se trata de una persona incapacitada judicialmente. Puede ser una medida aconsejable para evitar pleitos, pero no constituye obligación del notario. Obsérvese que no se contiene previsión sobre qué sucede cuando los facultativos opinan de diversa manera entre sí respecto de las facultades mentales o respecto del criterio del notario, y que una interpretación distinta del artículo chocaría frontalmente con la presunción de capacidad que se deriva del art. 103 del mismo Código de Sucesiones. Sigue quedando a juicio del notario el juicio de capacidad del testador, sin perjuicio, insistimos, que en caso de duda es aconsejable acudir al criterio de los facultativos, por más que pueda resultar aún más azaroso un parecer opuesto entre ellos”. Entre la doctrina véase, JOU I MIRABENT, L.: “Comentari de l’art. 421-9. Intervenció de facultatius”, en AA.VV.: *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (coord. por J. EGEA I FERNÁNDEZ, J. FERRER I RIBA), Atelier, Barcelona, 2009, vol. I, pp. 184-188.

16 STSJ Cataluña 21 junio 1990 (RJ 1994, 9031).

contenido de las disposiciones testamentarias, como elemento relevante en los litigios sobre la capacidad del testador¹⁷.

Por todo ello, parece lógico plantearse el acierto de una normativa sucesoria que incide únicamente en el papel de los facultativos, en el aspecto médico como elemento determinante de la capacidad de discernimiento del testador, hasta el punto de que pueda llegar a concluirse que son estos los que, en último término, tienen el poder de decisión cuando el sujeto ha sido sometido a un procedimiento de modificación de la capacidad. Llevado hasta el extremo, la consecuencia sería que cualquier persona –aun la que hubiera resultado sometida a una modificación de su capacidad de obrar– podría exigir al notario que autorizara su testamento, siempre que acudiera a él provisto del dictamen favorable de dos facultativos. Nada más lejos del verdadero sentido de la norma¹⁸.

En segundo lugar, la discapacidad sensorial también se considera objeto de protección, tanto en el CCE como en el CCCat, no porque estas personas sean consideradas en absoluto incapaces para otorgar un testamento, sino porque se entiende que precisan de ciertos apoyos personales consistentes en la presencia de dos testigos idóneos en el momento del otorgamiento. Esta cuestión se califica acertadamente como lo que es, una formalidad necesaria, pero nunca un complemento de la capacidad del testador. El artículo 697 del CCE exige la intervención de dos testigos instrumentales en caso de que el testador padezca ceguera y/o sordera. Dichos testigos tienen la función de comprobar que la voluntad de la persona, manifestada oralmente, coincide con lo enunciado en el texto del testamento. Por su parte, el artículo 421-10 del CCCat establece una presunción general de que “en l'atorgament del testament notarial no cal la intervenció de testimonis, llevat que concorrin circumstàncies especials en el testador o que aquest o el notari ho demanin” y, en su apartado segundo, especifica a qué supuestos se refiere: “concorren circumstàncies especials en el testador si és cec o sord i si per qualsevol causa no sap o no pot signar o declara que no sap o no pot llegir per si mateix el testament”. Al respecto, se ha entendido, –especialmente por parte de las asociaciones que defienden los derechos de las personas con discapacidad¹⁹, que esta exigencia de testigos resulta discriminante

17 Cfr. SSTS 22 enero 2015 (ROJ: 195/20115) y 7 julio 2016 (ROJ: 3123/2016).

18 Y así, señala GARCÍA RUBIO, M. P., en relación con la proyectada reforma del art. 665 CCE: “Con todo, será el notario quien habrá de tomar la decisión final, de suerte que no estará vinculado por el dictamen de los especialistas. Es más, considero que, en muchos casos, especialmente ante los testamentos que pudiéramos llamar sencillos, el notario será precisamente el apoyo puntual adecuado que el testador precisa para el correcto ejercicio de su capacidad, pues su competente asesoramiento puede ser suficiente para eliminar las dificultades de comprensión que una persona pudiera tener. Creo firmemente que tal intervención notarial, asistiendo al testador y ayudándole a comprender la trascendencia de las decisiones que está tomando, constituye un genuino apoyo en el sentido exigido por el artículo 12 CDPC”. Cfr. GARCÍA RUBIO, M. 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*, 2018, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), p. 176.

19 Informe CERMI, enero 2017.

en tanto que supone una carga añadida, amén del riesgo que entraña de vulnerar la privacidad del testador por la presencia de terceros que se hacen conocedores de su voluntad mortis causa. A mi juicio, esta percepción es ciertamente equivocada, puesto que los testigos realizan una función de apoyo que, en último término, protege la libertad para testar de la persona con discapacidad sensorial. A ello me referiré en el siguiente apartado, si bien dejo ya apuntado que sí me parece, más respetuosa en las formas, la fórmula empleada por el legislador navarro, que prescinde de la terminología “ciego” y la sustituye por la expresión más general “persona que no puede leer por sí”²⁰.

2. Cómo lo abordan los tribunales en los procedimientos de modificación de la capacidad.

La jurisprudencia siempre constituye el termómetro de la realidad jurídica que en cada caso se analice y así, con respecto a la discapacidad refleja la actualidad de la cuestión, y lo complejo que puede resultar dar solución a cada caso concreto²¹.

El procedimiento judicial de modificación de la capacidad de obrar indefectiblemente ha de concluir con una sentencia que declare si la persona demandada goza o no de capacidad suficiente para regir su persona y sus bienes. Sólo en caso de que se aprecie una escasa aptitud del sujeto para realizar eficazmente actos jurídicos, la autoridad judicial deberá coartar su capacidad de obrar, concretando la extensión y los límites de la restricción acordada²², y especificando el régimen de guarda y custodia al que la persona demandada deberá quedar sometida.

Tradicionalmente se ha diferenciado entre la modificación total de la capacidad de obrar y la restricción parcial, limitada o atenuada de la misma²³. La primera corresponde a las situaciones en que la persona demandada ha de ser privada de realizar válidamente actos jurídicos de forma íntegra, ya que padece una enfermedad o deficiencia física o psíquica persistente que anula su capacidad de autogobierno, reduciendo su situación jurídica a la que corresponde a un menor de edad. Por el contrario, la modificación parcial de la capacidad de obrar se

-
- 20 Ley 185 FN. “Intervención y número de testigos. Será necesaria la intervención de testigos:
1. En el testamento abierto notarial, y en número de dos, cuando: a) El testador o el notario lo soliciten.
b) El testador declare que no sabe o no puede firmar el testamento. c) El testador declare que no sabe o no puede leer por sí el testamento. En tal caso, los testigos leerán el testamento en presencia del notario y deberán declarar que coincide con la voluntad manifestada.”
- 21 Cfr. STS 15 marzo 2018 (RJ 2018, 1090) como la más paradigmática, aunque las audiencias ya llevan tiempo pronunciándose sobre este problema: SAP Cantabria 6 marzo 2018 (JUR 2018, 99744), SAP Valencia 15 diciembre 2017 (JUR 2018, 61592) y SAP Barcelona 10 octubre 2017 (JUR 2018, 4067).
- 22 Art. 760, I LEC.
- 23 RIBOT IGUALADA, J.: “La incapacitació, l’assistència i altres situacions relatives a persones majors d’edat”, en AA. VV.: *Dret Civil. Part general i dret de la persona*, (coord. por A. VAQUER ALOY), Atelier, Barcelona, 2013, pp. 266-269.

decreta cuando simplemente se requiere la restricción de la capacidad para efectuar determinados actos concretos. En este último caso, la autoridad judicial debe graduar la falta de capacidad del sujeto, ciñendo la limitación de la capacidad de obrar a determinadas esferas de su actividad diaria.

El método de confección del veredicto de la sentencia de modificación de la capacidad de obrar ha sufrido una importante evolución, en gran medida como consecuencia de la Convención de Nueva York. A principios del siglo XXI, el poder judicial priorizaba la incorporación de menciones genéricas a facetas o esferas de la autonomía personal o patrimonial, con el objetivo de evitar que una lista de actos que pretendía ser exhaustiva omitiese algunos otros por descuido o falta de previsión²⁴. No obstante, esta concepción colisionaba frontalmente con las exigencias de concreción e individualización contenidas en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, según la cual la sentencia debe ser un traje a medida. El Juzgado o Tribunal de instancia competente debe conocer muy bien la concreta situación de la persona demandada, “cómo se desarrolla su vida ordinaria, qué necesidades tiene, cuáles son sus intereses personales o patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda”²⁵. Mediante este análisis indagatorio del estado del sujeto, se logra un adecuado engranaje entre la situación real de la persona y el fallo de la sentencia, pues la autoridad judicial puede adquirir una convicción clara de cuál es la situación de la persona y, por lo tanto, de cuáles son las carencias que debe cubrir la institución de protección.

De lo anteriormente expuesto se deduce que la Convención pretende que el Juez o Magistrado se implique de una manera importante en el procedimiento, para así efectuar un concreto e individualizado juicio de capacidad. De hecho, “entre las pruebas previstas para ello, la exploración judicial juega un papel determinante”²⁶, hasta tal punto, que el juez no puede enjuiciar la capacidad sin haber explorado previamente las facultades cognitivas y volitivas de la persona demandada para poder hacerse una idea sobre el autogobierno de la misma. Así, el Juez o Magistrado de la jurisdicción civil asume un rol protagonista en el desarrollo del procedimiento objeto de estudio.

A la luz de estas obligaciones impuestas por la citada norma internacional y rompiendo con la visión anterior, el Tribunal Supremo, desde la STS 29 abril 2009²⁷, entiende que el procedimiento judicial de modificación de la capacidad de obrar “no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta

24 SANCHO GARGALLO, I.: *Incapacitación y tutela*, cit., pp. 111-112.

25 STS 1 julio 2014 (RJ 2014, 4518), FJ 6°.

26 STS 7 marzo 2018 (RJ 2018, 934) FJ 2°, y STS 8 noviembre 2017 (RJ 2017, 4760), FJ 5°.

27 STS 29 abril 2009 (RJ 2009, 2901).

necesidad de protección de la persona afectada". Esta característica meramente procesal se plasma en la graduación de la capacidad de obrar, que "puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas"²⁸. Añade el Tribunal Supremo²⁹ que, para que los sistemas de protección legalmente previstos funcionen adecuadamente, es preciso realizar "una valoración concreta y particularizada de cada persona, huyendo de formalismos y soluciones meramente protocolarias en su planteamiento, resolución y ejecución". Por último, conviene poner de relieve que la modificación de la capacidad de obrar "no cambia para nada la titularidad de los derechos fundamentales, aunque sí que determina su forma de ejercicio"³⁰. Consiguientemente, las normas de nuestro Ordenamiento deben interpretarse bajo la consideración de que la persona con la capacidad modificada judicialmente sigue siendo titular de sus derechos fundamentales, y que la alteración de su estado civil no es más que una forma de protección que depende exclusivamente de "la incidencia efectiva que la limitación de sus facultades intelectivas y volitivas tenga en su autogobierno"³¹.

En la práctica nos encontramos con sentencias que enumeran los actos concretos para los que es necesario que la persona cuente con algún tipo de refuerzo o representación de otra persona, y otras que proceden a la inversa, declarando una restricción general de la capacidad del sujeto, salvo para una serie de actos. Estas últimas no están, por tanto, personalizadas, sino que tienden a establecer parámetros demasiado generales (idénticos a los que aparecen en otras resoluciones judiciales), como si la Convención de Nueva York no afectara al Estado español³². En cuanto a las que sí se detienen a enumerar los actos concretos para los que el sujeto precisará de la intervención de un curador nos encontramos con que algunas de ellas no dicen nada sobre el testamento notarial³³. En este caso tendríamos que entender, siguiendo los principios inspiradores de la Convención, que el sujeto puede hacer todo aquello que no le haya sido expresamente prohibido, pero en este caso surge el interrogante respecto al alcance de determinados conceptos empleados por los tribunales, tales como "esfera patrimonial", "ámbito económico-contractual", "actos de disposición de sus bienes". Respecto a este último concepto se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencia de 15 marzo

28 Cfr. SSTS 28 abril 2009 (RJ 2009, 2901); 1 julio 2014 (RJ 2014, 4518) y 7 marzo 2018 (RJ 2018, 934).

29 STS 3 junio 2016 (RJ 2016, 2311).

30 STS 29 abril 2009 (RJ 2009, 2901).

31 SSTS 1 julio 2014 (RJ 2014, 4518) y 7 marzo 2018, (RJ 2018, 934).

32 A modo de muestra véase SAP Asturias 18 julio 2016 (AC 2016, 1524), SAP Pontevedra 17 octubre 2017 (AC 2017, 1426), SAP Barcelona 16 septiembre 2014 (JUR 2014, 268655) y SAP Madrid 23 septiembre 2009 (AC 2009, 2096). La SAP Murcia 6 junio 2016 (ROJ: SAP MU 1359/2016) presenta la particularidad de que revoca la Sentencia de Primera instancia en la que expresamente se prohibía al sujeto otorgar testamento, pero después establece una modificación parcial de la capacidad sin mencionar la capacidad para testar.

33 Por ejemplo, SAP Barcelona 17 enero 2018 (AC 2018, 16), SAP Valladolid 28 enero 2008 (AC 2008, 525) y SAP León 24 julio 2017 (ROJ: SAP LE 1327/2017).

2018³⁴, según la cual la exigencia de la intervención de un curador para realizar actos de disposición no priva automáticamente de la capacidad para otorgar testamento y, así, el testamento será válido si se otorga conforme a las formalidades legales, y no se desvirtúa el juicio de capacidad favorable del notario, mediante otras pruebas cumplidas y convincentes.

A pesar de todo, entiendo que los fallos de las sentencias deberían contener el listado de actos que no se permiten realizar al sujeto cuya capacidad se haya modificado, y mencionar expresamente también aquellos que sí pueden hacerse y para los que podría suponer algún problema la propia sentencia de modificación de la capacidad (por ejemplo, la facultad de otorgar testamento notarial). De esta forma, se facilitaría la tarea del notario en la aplicación de la norma civil sucesoria, puesto que lo que está fuera de toda duda es que, si el juez prohíbe testar, el notario no puede después autorizar un testamento válido. Pero si el juez no lo hace, porque expresamente lo autoriza o porque no dice nada al respecto, la validez del testamento dependerá del juicio de capacidad emitido por el notario en el momento concreto en que el sujeto lo otorga. Porque solo del notario es en último término esta responsabilidad, y así lo pone de manifiesto de forma gráfica la Sentencia de la Audiencia de Palencia, 5 octubre 2016 cuando señala: “Por el contrario de lo decidido en relación a la incapacidad de don Hugo para la realización de actos que se han determinado en los apartados III y IV de este fundamento, se declara que sí puede otorgar testamento por sí. Lo hacemos así porque consideramos que ello supone habilitar una forma de disposición patrimonial que cuenta en su favor no sólo con que la afectación mental en don Hugo no es absoluta, sino también con que cualquier disposición testamentaria que pudiera realizar está garantizada por la intervención del fedatario público autorizante, quien tiene obligación expresa de percibirse del estado mental de quien lo realice”³⁵.

En la misma línea, es necesario hacer constar que las sentencias más recientes, aproximadamente desde el año 2016 en adelante, muestran una clara tendencia a permitir el ejercicio de su derecho a otorgar testamento a los sujetos sometidos a modificación parcial de la capacidad³⁶. El problema está en que algunas de ellas

34 STS 15 marzo 2018 (RJ 2018, 1090).

35 SAP Palencia 5 octubre 2016 (AC 2016, 1873).

36 Se ha trabajado en este estudio con dos muestras de resoluciones judiciales: una primera muestra consistente en 70 sentencias de los Juzgados de Primera Instancia y Juzgados mixtos de Primera Instancia e Instrucción de nuestro país, que son los que mayoritariamente resuelven los procedimientos de modificación de la capacidad. De ellas, 20 sentencias son anteriores a la entrada en vigor de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad en España y 50 son posteriores al año 2008, en el que la Convención entró en vigor en nuestro país. Se evalúa el nivel de cumplimiento de las exigencias fijadas por la Convención, y se extraen, entre otras, las siguientes conclusiones: 1, con carácter previo a la promulgación de la norma internacional se optaba por la inclusión defectiva de cláusulas generales y abstractas, de modo que, ante el riesgo de que la persona careciese de capacidad suficiente para formalizar un determinado negocio jurídico, se exigía en todo caso la presencia del tutor o curador asignado. 2, en

establecen la necesaria intervención del curador en el otorgamiento³⁷. Con esta decisión los tribunales están evidenciando, a mi juicio, un cierto desconocimiento de la figura del testamento notarial. El testamento es un acto personalísimo, luego o lo hace la persona por sí misma, o nadie lo puede hacer por ella³⁸.

Por último, también se encuentran en este periodo bastantes resoluciones en las que no se justifica suficientemente la decisión de vedar la capacidad para otorgar testamento³⁹, limitándose a identificar esta facultad con la de realizar actos dispositivos. En general, la explicación se encuentra en el exceso de sentencias idénticas, que copian estereotipos y no reflejan una labor de elaboración de un traje a medida para cada sujeto que presenta una discapacidad.

III. LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD PARA TESTAR EN EL CASO DE LAS PERSONAS QUE NO PUEDEN OÍR O QUE NO PUEDEN VER.

La noción de la libertad para testar es diferente de la denominada libertad de testar. La primera, la que más interés presenta a los efectos de este estudio, asegura la inexistencia de condicionantes que limiten o afecten a las decisiones libres del futuro causante en el momento de organizar su sucesión⁴⁰. Mientras que la libertad de testar se refiere a la inexistencia de normas legales imperativas que coarten determinadas decisiones del causante, por ejemplo, en beneficio de algunos de sus parientes más cercanos.

cuanto a las 50 sentencias posteriores analizadas, únicamente un 24% se ajustan a los estándares de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Una segunda muestra recoge 59 sentencias del TS y de las Audiencias Provinciales. De ellas, 26 contienen el otorgamiento de testamento como una de las facultades permitidas en casos de modificación parcial de la capacidad, y todas ellas son posteriores al año 2016.

La conclusión más clara es que la Convención se ha empezado a tener en cuenta por los tribunales españoles muy posteriormente a su entrada en vigor, aproximadamente desde hace un lustro, y comenzando por las Audiencias Provinciales que siguen la doctrina algo anterior del Tribunal Supremo, siendo los Juzgados de Primera Instancia los que presentan una situación peor a estos efectos.

37 Cfr. SAP Alicante 26 octubre 2019 (JUR 2019, 42537), SAP Las Palmas 14 julio 2014 (AC 2014, 1698), SAP Cuenca 11 diciembre 2018 (ROJ: SAP CU 489/2018) y SAP Palencia 27 junio 2018 (ROJ: SAP P 320/2018).

38 Art. 670 CCE- Entre la doctrina, véase DIEZ-PICAZO, L.; GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 2004, p. 332; PUIG FERRIOL, L.; ROCA TRIAS, E.: *Institucions del dret civil de Catalunya*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 118. También cabe mencionar la STS 16 mayo 2017 (ROJ: STS 1901/2017) en la que se acuerda la modificación parcial de la capacidad de un enfermo de Alzheimer que sufre alteraciones de conducta. El TS fija una medida de apoyo, la curatela, y determina la extensión de la misma. En lo que se refiere al derecho a otorgar testamento establece: "Por tratarse de un acto personalísimo, para el otorgamiento de testamento habrá que estar a lo dispuesto en el art. 665 CC, conforme al cual el notario designará dos facultativos que previamente le reconozcan y no lo autorizará sino cuando éstos respondan de su capacidad".

39 SSTS 17 marzo 2016 (RJ 2016, 846), 27 septiembre 2017 (RJ 2017, 5913), 8 noviembre 2017 (RJ 2017, 4760), SAP Alicante 7 abril 2011 (JUR 2011, 367304), SAP Asturias 18 marzo 2019 (JUR 2019, 125968) y SAP Córdoba 4 abril 2019 (JUR 2019, 202212).

40 Cfr. DEL POZO CARRASCOSA, P.; VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Barcelona, 2017, p. 64; más tarde TORRES GARCÍA, T.; GARCÍA RUBIO, M. P.: *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, p. 17, completan este concepto señalando que la libertad para testar "implica la posibilidad de tomar las propias decisiones con plena validez jurídica, por inusuales, caprichosas o extrañas que estas sean".

La libertad para testar puede verse afectada por las condiciones del sujeto que se propone organizar su sucesión, en concreto, una dificultad para oír o para ver puede hacerle más vulnerable y, de alguna manera, condicionar su libertad en el momento de tomar decisiones testamentarias, por ejemplo, si el notario redacta un testamento total o parcialmente diferente de lo que constituye su voluntad testamentaria y el sujeto no se percibe de esta discordancia por su discapacidad sensorial. Es lo cierto que en la actualidad existen recursos para las personas que presentan una discapacidad sensorial, y cabe, por ejemplo, la posibilidad de redactar un testamento notarial con el sistema Braille, o emplear a una persona que pueda comunicarse con el testador que no puede oír, y explicarle el contenido del testamento y recabar su conformidad con el mismo, mediante el lenguaje de signos. Sin embargo, no es bueno demonizar, a priori, el recurso a los testigos. Las personas que comparecen como tales al otorgamiento del testamento notarial de quien no puede ver o no puede oír, están realizando una evidente función de apoyo y protección en un ámbito de gran trascendencia jurídica, están proporcionando el apoyo puntual que propugna la Convención para la realización de determinados actos jurídicos cuya importancia lo haga necesario. No parece lo más adecuado establecer fórmulas unívocas para todos los supuestos. Ni considerar en todo caso la presencia de los testigos como una carga o una discriminación para las personas con discapacidad sensorial.

El Anteproyecto de Ley de adaptación del CCE al nuevo modelo de discapacidad, fue elaborado por la Comisión General de Codificación (en adelante, CGC) y aprobado por el Consejo de Ministros en septiembre de 2018⁴¹. Una de las cuestiones más relevantes que se plantean como objeto de la proyectada reforma es el derecho a otorgar testamento de los mayores de edad. Así, el nuevo art. 695 admite que en el testamento abierto “el testador pueda expresar su última voluntad por cualquier medio técnico, material o humano”. Se añade además que “si el testador tiene 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”.

Esta modificación había sido intensamente reivindicada por las entidades que defienden los derechos de las personas con discapacidad y, fruto de la presión ejercida por dichas entidades, la CGC propone la eliminación del requisito de intervención de testigos en el supuesto de que el testador presente una discapacidad sensorial. Se mantiene la función de los testigos, únicamente, para el

41 El texto del Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad fue publicado en el Punto de Acceso a los trámites de consulta pública previa y de audiencia e información pública del Ministerio de Justicia el 26 de septiembre de 2018. El plazo finalizó el 19 de octubre del año pasado y, en estos momentos, resta a la espera de que continúe su tramitación.

caso en que el testador declara que no sabe o no puede firmar (en cuyo caso, lo hará por él y a su ruego uno de los testigos).

Así pues, la nueva normativa pretende no vincular la discapacidad sensorial con la presencia de testigos, y dar entrada a los medios materiales que hoy día facilitan la capacidad de interactuar con los demás, a las personas ciegas o sordas. Aunque lo cierto es que la mención de los “medios humanos” a los que el notario puede acudir para proteger al testador con discapacidad, deja la puerta abierta a la decisión de que una o más personas asistan como testigos al otorgamiento del testamento y se aseguren de que el testamento recoge fielmente la voluntad del testador. Sólo que ya no será un requisito necesario en el otorgamiento del testamento abierto de estas personas, sino una facultad del notario que puede optar por los testigos o por otros mecanismos puntuales de protección de la libertad para testar de quien no puede ver o no puede oír.

En cuanto a la vigente prohibición del testamento cerrado a las personas ciegas, el Anteproyecto la sustituye por una previsión según la cual “Las personas con discapacidad visual podrán otorgarlo, utilizando medios mecánicos o tecnológicos que le permitan escribirlo y leerlo, y se observen los restantes requisitos de validez establecidos en este Código”. Asimismo, se prevé expresamente el recurso a la tecnología en el redactado del testamento cerrado así como a la firma electrónica, que supliría el problema de los que no puedan firmar⁴².

También la actual regulación catalana en esta materia ha sido objeto de debate en el seno de la Comissió de Codificació de Catalunya. Los miembros de dicho órgano colegiado consideran necesaria una plena adaptación del CCCat a los estándares de la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad, con el objetivo de combatir la discriminación sufrida por este colectivo social. En concreto, el pasado 9 de octubre de 2019, el Parlamento catalán aprobó por unanimidad de todos los grupos, una reforma de los artículos 421-8, 421-10, 421-11 y 421-14 CCCat, y la incorporación de una disposición adicional que establece el uso de los medios técnicos que sean necesarios para suplir la discapacidad sensorial⁴³. Con respecto al art. 421-8 se produce una de las modificaciones más sustanciales dado que se ordena al notario que, ante la voluntad de testar manifestada por una persona con discapacidad sensorial, tiene que aplicar lo que prevé el Código civil de Cataluña y no la legislación notarial, y, además, tiene la obligación de ofrecer al testador –y no solo al testador, sino también al testigo o testigos–, las herramientas y medios para poder hacer efectivo este derecho sin

42 Art. 706, 3º Anteproyecto: “Si el testamento se ha redactado en soporte electrónico, deberá firmarse con una firma electrónica reconocida”.

43 Cfr. Llei 6/2019, de 23 d'octubre, de modificació del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions, per a garantir la igualtat de drets i la no-discriminació de les persones amb discapacitat sensorial, DOGC Núm. 7990, 28 octubre 2019.

que le suponga gasto adicional más allá del arancel notarial. La reforma del art. 421-10 supone la equiparación de este colectivo con la generalidad de los ciudadanos, puesto que no será necesario la presencia de testigos para que las personas con discapacidad sensorial puedan testar. En el art. 421-11 relativo a la idoneidad de los testigos, también se suprime como causa de inidoneidad la condición de sordo, ciego o mudo que pueda escribir. Por último, el artículo 421-14 también suprime la restricción que anteriormente planteaba de hacer testamento cerrado a los ciegos.

A mi juicio, estas iniciativas legislativas son loables en tanto que reflejan el deseo del legislador de respetar escrupulosamente el principio de igualdad entre todas las personas. Si bien, es importante abordar reformas de calado y con visión de conjunto, que realmente incidan en la mejora de la situación de todo el colectivo de personas con discapacidad. En este sentido, entiendo que la principal problemática en la actualidad no es el apoyo que pueden prestar o no los testigos que concurren en los casos en los que el testador no puede ver o no puede oír. La reforma importante y urgente es la que incide en el concepto de discernimiento para poder otorgar un testamento notarial. De lo que se trata es de permitir que todas las personas que tengan suficiente capacidad de discernir puedan otorgar su propio testamento. Ello sobre la base de que el testamento es un acto personalísimo y de gran trascendencia jurídica en el que no cabe por definición complemento alguno de la capacidad del testador, pero para el que sí podría resultar adecuado arbitrar algún tipo de apoyo que paliara la situación de vulnerabilidad no incapacitante, que algunas personas padecen. A ello me referiré en el siguiente apartado.

IV. LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD PARA TESTAR DE LAS PERSONAS QUE PADECEN UNA MERMA DE SUS FACULTADES DE DISCERNIMIENTO.

I. El juicio del notario sobre el discernimiento del testador.

En este apartado quiero detenerme en la defensa de la libertad para testar de aquellas personas cualquier suerte de discapacidad de tipo psíquico, en el bien entendido de que con estos términos abarcamos una realidad muy variada y compleja. El otorgamiento de un testamento notarial solo puede llevarse a cabo con plena libertad cuando se posee discernimiento suficiente para ello. El discernimiento del testador impide la manipulación o influencia indebida por parte de terceros en el momento de organizar la propia sucesión, por ello es tan importante que el notario se cerciore bien de que está ante una persona capaz para testar. Puede que haya perdido facultades para realizar otros actos con trascendencia jurídica, ya sea por causa de una enfermedad o del mero paso de los años, pero lo importante es que tiene discernimiento suficiente para disponer

mortis causa. Partiendo de aquí, las reformas que vienen para el CCE se concretan en una nueva redacción del art. 665, del siguiente tenor: "Si el que pretende hacer testamento se encontrara en una situación que hiciera dudar fundadamente al notario de su aptitud para otorgarlo, antes de autorizarlo, este designará dos facultativos que previamente le reconozcan y dictaminen favorablemente sobre dicha aptitud."

Se trata de una redacción más amplia que la vigente en la actualidad, que permite clarificar la idea de que el ejercicio de la capacidad para testar corresponde a todas las personas en igualdad de condiciones, sin discriminación alguna por razón de discapacidad, y que es el notario quien debe valorar el discernimiento del testador, pudiendo acudir, si lo precisa, al auxilio de peritos especialistas que le asesoren en la toma de tal decisión. Y esto es así, indistintamente, cuando el testador ha sido sometido a un procedimiento de modificación de su capacidad de obrar y cuando no lo ha sido.

En concordancia con este planteamiento, la vetusta regla del número segundo del artículo 663 del CCE que no permite otorgar testamento a quien habitual o accidentalmente no se halla en su cabal juicio, queda sustituida por una expresión más genérica y respetuosa con las personas con discapacidad, de manera que se impide testar a "la persona que en el momento del otorgamiento tenga afectadas las facultades de discernimiento necesarias para ello". Según García Rubio, con esta nueva transcripción "se subraya la idea de que en el nuevo sistema no es admisible en modo alguno una inhabilitación judicial ex ante para testar", de forma que "dicha capacidad ha de ser juzgada únicamente en el momento de hacer testamento, usualmente por el notario y, en su caso, por los facultativos que éste designe"⁴⁴.

A mi juicio, el contenido de la propuesta del art. 663 es correcto, en tanto que ya no exige capacidad sino discernimiento, para poder testar, y deja claro que el discernimiento no es un criterio absoluto sino relativo al acto que se está realizando. Por lo tanto, es susceptible de graduación: un testamento más complejo requerirá un grado de discernimiento más alto que otro más sencillo, entendiendo como testamento sencillo, por ejemplo, aquel que contiene unas disposiciones que no se apartan desmesuradamente de las más usuales. Sin embargo, el art. 665 es muy mejorable, desde mi punto de vista. Está previsto para el caso de que el notario tenga dudas fundadas sobre la aptitud del testador. La palabra aptitud resulta un término poco técnico, ahora que nos encontramos en plena tarea de acuñar el concepto de discernimiento. Se hace referencia también a la situación "del que pretende hacer testamento, lo cual no se aviene demasiado con el momento del otorgamiento a que hace referencia el art. 663. Considero que si

44 GARCÍA RUBIO, M. P.: "Algunas propuestas de reforma", cit., p. 176.

el notario tiene dudas fundadas lo que hará en la práctica en la inmensa mayoría de los casos –acertadamente, además- es no autorizar el testamento, por mucho que el testador proponga la intervención de facultativos. Podría interpretarse que el precepto pretende trasladar la responsabilidad a los facultativos, que está recogiendo una “medida de apoyo” a la que tiene derecho la persona con la capacidad modificada judicialmente que quiere otorgar testamento y que, por ello, puede exigir al notario que certifique su “aptitud” con la ayuda de dos facultativos. Entiendo que no debería ser ésta la interpretación del precepto, sino que debería quedar claro que la norma pretende servir de apoyo, no al testador en este caso, sino al notario, el cual, no siendo especialista en cuestiones relacionadas con las capacidades cognitivas de las personas, puede tener dudas acerca de si el testador tiene o no suficiente discernimiento.

Si analizamos la normativa sobre la capacidad del testador en otros países, las exigencias legales se expresan de muy diferentes maneras. En Francia, el art. 902 del Código civil excluye de la facultad de disponer por testamento a las personas que la ley declara incapaces, sin excepción. Por tanto, quienes hayan estado sometidos un procedimiento de modificación de la capacidad no pueden otorgar testamento. A sensu contrario, todas las demás personas sí pueden hacerlo. En cambio, en Alemania el § 2229.4 BGB no permite testar a la persona que no es capaz de comprender la importancia de su declaración de intenciones y sus consecuencias, debido a una perturbación mental patológica, una deficiencia psíquica o un trastorno sensorial. No parece, en este caso, que la modificación de la capacidad de obrar deba estar declarada judicialmente ya que lo que se tiene en cuenta es únicamente la capacidad de discernimiento del testador. De la misma manera, en Italia se establece que no pueden testar los que lo tienen prohibido por enfermedad mental y los que no tienen capacidad de querer y entender (art. 591 del Codice civile). En Portugal, el art. 2.189 del Código civil establece que no pueden testar los incapacitados, siempre que la sentencia de incapacitación lo determine expresamente. Ni en Alemania, ni en Italia, ni en Portugal está prevista la intervención de facultativos, todo queda al juicio del notario (o del juez, si después el testamento autorizado resulta impugnado).

Así pues, vemos que, por regla general, en las legislaciones de nuestro entorno, igual que en nuestro país, la cuestión decisiva es el alcance del juicio del notario sobre el discernimiento del testador en cada caso concreto, así como la relevancia de la sentencia de modificación de la capacidad que, en su caso, se haya dictado por los tribunales respecto a dicho testador. No hay una solución perfecta y absolutamente respetuosa con el derecho a la no discriminación de las personas que padecen alguna discapacidad de tipo psíquico. Por ello, considero realmente importante que los jueces realicen el “traje a medida” de cada persona cuya capacidad de obrar sea sometida a un procedimiento judicial de modificación,

y entren a dilucidar si puede o no puede testar, obviamente sin complemento de capacidad alguna. Después, es el notario el que debe realizar su labor en los casos en que no esté vedada la facultad de testar, y enjuiciar el discernimiento del testador en el momento del otorgamiento, con ayuda de todos los medios que estime necesarios.

2. Las personas vulnerables no sometidas a un procedimiento de modificación de la capacidad.

En la línea de lo expuesto hasta aquí sobre el discernimiento del testador en el momento mismo en que pretende otorgar su testamento notarial, cabe reflexionar ahora sobre la situación de los adultos vulnerables⁴⁵, aquellos cuyas limitaciones no son incapacitantes pero sí podrían poner en entredicho su libertad para testar. Considero especialmente aquellos supuestos en los que el notario puede albergar algunas dudas, no porque la persona que desea testar adolezca de falta de capacidad para entender y querer, sino porque se percibe su fragilidad en la toma de decisiones sucesorias, su temor a desagradar a los suyos o, cuanto menos, a sufrir las consecuencias si opta por alguna disposición mortis causa que podría no ser comprendida por su círculo personal o familiar más próximo. También puede ocurrir que la persona con alguna merma de sus facultades esté obsesionada con alguien, o se haya hecho dependiente afectivamente, y esta sea la causa de su decisión testamentaria, la cual puede resultar entonces arbitraria y poco ecuánime⁴⁶.

Ahora que la Convención de Nueva York y todos los instrumentos internacionales insisten en la necesidad de proporcionar ayuda en el ejercicio de los propios derechos, dejan de lado la representación, que implica substitución en la toma de decisiones, y se centran en el apoyo para tomarlas, entiendo que hay situaciones en las que determinadas personas podrían estar necesitadas de una suerte de apoyo en la toma de decisiones testamentarias, un apoyo que encaja con la figura del asistente que contemplan algunos derechos europeos como Alemania, Italia o Suiza entre otros⁴⁷. No se trata, por tanto, de un complemento de capacidad -que no cabe en el testamento-, sino de paliar la situación de vulnerabilidad asociada a la vejez y a las últimas enfermedades.

En el Anteproyecto de reforma del CCE no se aborda la introducción de esta figura de apoyo que, sin embargo, sí está presente en el derecho civil catalán

45 CASADO, M.; RODRÍGUEZ, P.; VILÀ, A.: *Document sobre envelliment i vulnerabilitat*, Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2016, se refieren a la vulnerabilidad de las personas mayores que se manifiesta en las dificultades para tomar decisiones.

46 Cfr. VAQUER ALOY, A.: "La protección del testador vulnerable", *ADC*, 2015, núm. 2, pp. 327-368.

47 BARRIO GALLARDO, A.: "La repercusión del artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre el sistema tutelar español", en AA.VV.: *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (coord. por L. DIEZ-PICAZO), vol. 2, Thomson Reuters (Aranzadi), Cizur Menor, 2014, p. 480.

desde el 2010⁴⁸. La Asociación de Profesores de Derecho civil, en su Propuesta de un nuevo CCE, propone la introducción de esta figura en el código estatal⁴⁹. No parece seguir sus consejos el legislador estatal en el Anteproyecto de reforma, sino que prefiere reforzar la ya regulada figura del guardador de hecho, y así lo explica en su Exposición de Motivos: “reforzamiento de la figura de la guarda de hecho, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad. La realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente atendida por un guardador de hecho –generalmente un familiar; pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables–, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea”⁵⁰.

En este sentido, tanto el guardador de hecho como el asistente resultarían de utilidad a los efectos de prestar un apoyo emocional estable al testador vulnerable en el momento de otorgar su testamento. Son figuras que representan un apoyo para las personas capaces, de modo que el asistente o el guardador de hecho nunca va a prestar un complemento de la capacidad de obrar del testador; como sí corresponde en cambio al curador. Por este motivo, su presencia junto al testador en el momento del otorgamiento del testamento en ningún caso afecta al carácter personalísimo de este instrumento jurídico mortis causa.

Si se realiza una búsqueda de la realidad del funcionamiento de la asistencia en Cataluña desde la introducción de esta figura de apoyo, la jurisprudencia permite constatar la escasez de supuestos en los que se recurre a ella. Es lo cierto, que la adopción de esta figura solo cabe a petición del propio sujeto necesitado de ayuda, y por el procedimiento de jurisdicción voluntaria⁵¹. Pero el motivo fundamental de su inaplicación es el desconocimiento por parte de los ciudadanos y también de sus asesores. En estos tiempos que vivimos en una sociedad envejecida, el recurso habitual a los procedimientos de modificación de la capacidad para solicitar el nombramiento de un tutor o de un curador para una persona mayor, está a la orden del día. Hasta el punto de que encontramos supuestos en los que es la propia

48 Art. 226-1 a 7 CCCat. Cfr. DE BARRÓN ARNICHES, P.: “La asistencia: una institución para la protección de las personas capaces en situación de vulnerabilidad”, *ADC*, 2013, núm. 4, pp. 1605-1663.

49 Cfr. arts. 177-1 a 4, dentro del Libro I, de las Personas.

50 PARRA LUCAN, M. A.: “La guarda de hecho de las personas con discapacidad”, en AA.VV.: *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (coord. por L. DIEZ-PICAZO), vol. 2, Thomson Reuters (Aranzadi), Cizur Menor, 2014, pp. 2483-2509.

51 Comenta con acierto Esther Arroyo que hubiera sido preferible que el legislador catalán siguiera el ejemplo del Derecho alemán y se limitara a establecer que la asistencia [o un asistente determinado] no puede ser impuesta contra la voluntad de la persona vulnerable (así, § 1896(Ia) BGB). Cfr. ARROYO AMAYUELAS, E.: “El deterioro cognitivo”, cit., p. 138.

Audiencia Provincial la que, tras reintegrar la capacidad de obrar al sujeto al que le ha sido arrebatada mediante Sentencia de Primera Instancia, opta por ordenar el nombramiento de un asistente, sobre la base de la propia petición del afectado en el acto de la Vista oral: "Recurre la Sra. Gracia la sentencia de primera instancia que ha declarado su incapacidad parcial para el gobierno de su persona y bienes nombrándole como curadores a las personas por ella designadas como tutores en la escritura notarial de autotutela, los Sres Desiderio y la Sra. Purificación. Solicita la demandada en su recurso que se mantenga su plena capacidad y el Ministerio Fiscal se opone al recurso y solicita la confirmación de la sentencia recurrida. En el acto de la Vista celebrada en esta alzada procedimental la defensa de la Sra. Gracia solicita el nombramiento de un asistente legal, con mantenimiento de su plena capacidad"⁵². A partir de ahí, y prescindiendo de que se trata de un procedimiento judicial contencioso la Audiencia Provincial nombra un asistente para realizar determinadas funciones. En otros supuestos el Tribunal no va tan lejos y se limita a recomendar al sujeto al que reintegra su plena capacidad de obrar que nombre un asistente⁵³.

En ninguna de las resoluciones analizadas se plantea por el juez que el asistente deba acompañar a la persona a realizar su testamento notarial, ni acudir a la notaría ni cerciorarse de que entiende y decide libremente, de la misma manera que lo haría el tan denostado testigo que acompaña a la realización de un testamento notarial por parte de una persona invidente, sin influirle, pero protegiéndole. A mi entender, el acompañamiento del asistente en el otorgamiento del propio testamento notarial puede constituir un mecanismo más para paliar las situaciones de vulnerabilidad que proliferan hoy día entre nuestros mayores.

Como se ha señalado ya en este estudio, el legislador no habría de optar por extinguir garantías con el objetivo de ofrecer una imagen de respeto al principio de no discriminación, sino que su papel debe ser el de adaptar la legislación a la realidad social, buscando soluciones con las que poder ofrecer diferentes grados de protección, o distintos mecanismos de apoyo, en función del colectivo que, en cada caso, y por un motivo o por otro, presente un patrón de vulnerabilidad. Esta y no otra es la finalidad última de la Convención de Nueva York. De hecho, la opción de algunas Audiencias catalanas por forzar la aplicación de la figura de la asistencia en el marco de un procedimiento contencioso de modificación de la capacidad que se salda con un resultado negativo, es ciertamente imaginativa y, sin duda, puede potenciar la aplicación de otro tipo de apoyos, no invasivos y muy necesarios, para las personas mayores no incapacitadas, que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

52 SSAP Barcelona 28 noviembre 2016 (JUR 2018, I8702); 22 julio 2019 (ROJ: SAP B 9560/2019).

53 SAP Barcelona 10 diciembre 2018 (ROJ: SAP B 12231/2018).

BIBLIOGRAFÍA.

ARROYO AMAYUELAS, E.: "El deterioro cognitivo en la vejez. Entre la vulnerabilidad y la discapacidad", *Revista de Bioética y Derecho*. 2019, núm. 45, pp. 127-147.

BARRIO GALLARDO, A.: "La repercusión del artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre el sistema tutelar español", en AA.VV.: *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (coord. por L. Díez-Picazo), vol. 2, Thomson Reuters (Aranzadi), Cizur Menor, 2014, p. 480.

CASADO, M.; RODRÍGUEZ, P.; VILÀ, A.: *Document sobre envelliment i vulnerabilitat*, Edicions de la Universitat de Barcelona, Barcelona, 2016.

DE BARRÓN ARNICHES, P.: "La asistencia: una institución para la protección de las personas capaces en situación de vulnerabilidad", *ADC*, 2013, núm. 4, pp. 1605-1663.

DEL POZO CARRASCOSA, P.; VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E.: *Derecho civil de Cataluña. Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Barcelona, 2017, p. 64.

DÍEZ-PICAZO, L; GULLÓN, A.: *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, Tecnos, Madrid, 2004, p. 332.

GARCÍA PONS, A.: *Las personas con discapacidad en el Ordenamiento Jurídico español: la Convención Internacional de 13 de diciembre de 2006*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2008.

GARCÍA RUBIO, M. 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*, 2018, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), p. 176.

JIMÉNEZ LARA, A.: "Conceptos y tipologías de la discapacidad. Documentos y normativas más relevantes", en AA.VV.: *Tratado sobre discapacidad* (dir. por R. DE LORENZO GARCÍA, L. C. PÉREZ BUENO), Thomson Reuters (Aranzadi), Cizur Menor, 2007, pp. 177-189.

JOU I MIRABENT, L.: "Comentari de l'art. 421-9. Intervenció de facultatiu", en AA.VV.: *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions* (coord. por J. EGEA I FERNÁNDEZ, J. FERRER I RIBA), Atelier, Barcelona, 2009, vol. I, pp. 184-188.

MESA MARRERO, C.: "Régimen jurídico de los menores e incapaces en el Derecho sucesorio", *Revista Jurídica del Notariado*, 2002, núm. 43, pp. 169-179.

MESA MARRERO, C.: *La capacidad para testar: aspectos problemáticos y criterios jurisprudenciales*, Bosch, Barcelona, 2017, p. 41.

PALACIOS, A.; BARIFFI, F.: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Ediciones Cinca, Madrid, 2007, pp. 15-24.

PARRA LUCAN, M. A.: "La guarda de hecho de las personas con discapacidad", en AA.VV.: *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel* (coord. por L. Díez-PICAZO), vol. 2, Thomson Reuters (Aranzadi), Cizur Menor, 2014, pp. 2483-2509.

PUIG FERRIOL, L.; ROCA TRIAS E.: *Institucions del dret civil de Catalunya*, vol. III, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, p. 118.

RIBOT IGUALADA, J.: "La incapacitació, l'assistència i altres situacions relatives a persones majors d'edat", en AA. VV.: *Dret Civil. Part general i dret de la persona*, (coord. por A. VAQUER ALOY), Atelier, Barcelona, 2013, pp. 266-269.

RODRÍGUEZ GUITIÁN, A. M.: "Comentario al artículo 663 CCE", en AA.VV.: *Código civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES LASO, P. DE PABLO CONTRERAS, J. ORDUÑA MORENO, R. VALPUESTA FERNÁNDEZ), Thomson Reuters (Aranzadi), Madrid, 2016, vol. II, pp. 266-274.

SANCHO GARGALLO, I.: *Incapacitación y tutela (Conforme a la Ley 11/2000, de Enjuiciamiento Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 113.

TORRES GARCÍA, T.; GARCÍA RUBIO, M. P.: *La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2014, p. 17.

VAQUER ALOY, A.: "La protección del testador vulnerable", *ADC*, 2015, núm. 2, pp. 327-368.